



Radicado ANM No: 20181200265101

Bogotá D.C., 12-04-2018 19:07 PM

Señor:
Giovanny Dalberto Muñoz Bello

RESERVADO

Asunto: Acuerdos Municipales - Temas contractuales

Cordial saludo,

En atención a su solicitud de concepto, presentada ante el Ministerio de Minas y Energía y remitido a esta Agencia mediante radicado No. 20185500430402 del 7 de marzo de 2018, a través de la cual, formula una serie de inquietudes, relacionadas con las consultas populares y Acuerdos Municipales que buscan prohibir el desarrollo de actividades mineras y el perfeccionamiento de los contratos de concesión minera, nos permitimos dar respuesta, previas las siguientes consideraciones:

I. Acuerdos Municipales

La Constitución Política de 1991 estableció entre otros principios, aquellos que orientan la organización estatal, entre los cuales se encuentra el principio de Estado Unitario (artículo 1), conforme al cual *"Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general"*. Teniendo en cuenta lo anterior, el Estado Colombiano está organizado de forma tal que todas las manifestaciones y facultades de decisión se encuentran concentradas, entre ellas las políticas, que comprenden la constituyente derivada y la legislativa, así como la función judicial y la función electoral. De tal forma, el territorio forma una sola unidad, con una descentralización para el cumplimiento de funciones administrativas y una autonomía de sus entes territoriales.

En este sentido es dable afirmar que por ser Colombia un estado unitario se rige por una sola Constitución Política, y las entidades territoriales no cumplen funciones constituyente, legislativa

✱



Radicado ANM No: 20181200265101

judicial, razón por la cual no ostentan competencias para organizar, entre otras cosas, el manejo del subsuelo y los recursos naturales no renovables que por disposición del artículo 360 de la Constitución corresponde al Estado.

Así, en desarrollo del principio de Estado Unitario, las entidades territoriales no pueden desconocer que Colombia es un estado social de derecho organizado en forma de república unitaria, y que por lo tanto, se encuentran sujetas a un régimen constitucional y legal para el ejercicio de sus funciones.

Al respecto, la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia ha señalado:

"la naturaleza del Estado unitario presupone la centralización política, lo cual, por un lado, exige unidad en todos los ramos de la legislación, exigencia que se traduce en la existencia de parámetros uniformes del orden nacional y de unas competencias subordinadas a la ley en el nivel territorial y, por otro, la existencia de competencias centralizadas para la formulación de decisiones de política que tengan vigencia para todo el territorio nacional. Del principio unitario también se desprende la posibilidad de intervenciones puntuales, que desplacen, incluso, a las entidades territoriales en asuntos que de ordinario se desenvuelven en la órbita de sus competencias, pero en relación con los cuales existe un interés nacional de superior entidad"¹.

En este orden de ideas, la Constitución Política de 1991 en su artículo 311 estableció que los municipios, como entidades fundamentales de la división política administrativa se encuentran sujetos a las funciones que le asignen la Constitución y las leyes. Así, el artículo 312 superior dispone que cada municipio tendrá una corporación político administrativa de elección popular para un período de cuatro (4) años, que se denominará Concejo Municipal, la cual no tiene asignadas funciones de carácter legislativo, sino que materializa la descentralización territorial con el fin de dar cumplimiento a la función administrativa del Estado.

En este punto, es pertinente aclarar que los Concejos Municipales carecen de potestad legislativa que son propias del Congreso de la República, como órgano político de representación plural nacional. Si bien los Concejos Municipales ejercen, por disposición constitucional potestades reglamentarias y dictan normas generales en su respectivo municipio, éstas están limitadas a los asuntos propios locales. Es así como el principio de descentralización supone el traslado, por virtud de la Constitución, la ley o el reglamento, de una función pública administrativa para lograr los fines estatales.

¹ Corte Constitucional C-149 de 2010. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio. Referencia: expedientes D-7828 y D-7843.



Radicado ANM No: 20181200265101

Lo anteriormente mencionado, es reiteración de anteriores pronunciamientos de la Honorable Corte Constitucional, en el sentido de que:

"Si bien los concejos municipales están conformados por personas de la localidad, elegidas directamente por sus conciudadanos, constituyéndose por ello en sus voceros y agentes, y representando sus intereses y voluntad, ello no puede servir para pretender erigirlos como un "órgano legislativo de carácter local". Esto significa que los concejos carecen de ciertas potestades que son propias del Congreso, como órgano político de representación plural nacional que es. Así, si bien los concejos ejercen una facultad reglamentaria y dictan normas generales válidas en el respectivo municipio, en sentido estricto carecen "de potestad legislativa porque ella está concentrada en el Congreso de la República." (Subrayo fuera del texto)"²

Así, el carácter no legislativo de las corporaciones públicas, implica que las mismas no sean competentes para proferir Acuerdos que suplan las competencias legislativas del Congreso de la República de Colombia.

- **El subsuelo y los recursos naturales no renovables**

Ciertamente el artículo 80 de la Carta Política señala que el Estado será el encargado de planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. Igualmente, deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones a las que haya lugar y exigir la reparación de los daños causados.

En consonancia con la disposición anterior, el artículo 332 constitucional establece que el Estado es el propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, de acuerdo a lo dispuesto en la Constitución Política: "Artículo 322. *El Estado es propietario del subsuelo y de los recursos no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes*". Es decir que, en lo relacionado con el manejo de los recursos naturales, el texto constitucional es claro en dotar de amplias facultades al Estado en sus distintos niveles para dirigir el desarrollo y conservación de los recursos en beneficio del interés general.

Así mismo, el artículo 6º del Código de Minas dispone que la propiedad estatal sobre los recursos naturales no renovables es inalienable e imprescriptible, lo que quiere decir que no se puede vender, ceder, o transferir. Al respecto, la Corte Constitucional ha considerado: "(...)El carácter exclusivo,

² Corte Constitucional. C-405 de 1998. MP: Alejandro Martínez Caballero.



Radicado ANM No: 20181200265101

*inalienable e imprescriptible de la propiedad estatal sobre los recursos mineros corresponde a la prevalencia del interés general allí comprometido, por ser la minería una actividad de utilidad pública e interés social (Artículo 13, Código de Minas), así como un claro mandato constitucional (Artículo 332)"*⁴. Así, el artículo 13 del Código de Minas, dispone que la actividad minera es una actividad económica legítima, constitucionalmente reconocida y legalmente promovida, declarada de utilidad pública y de interés social, de conformidad con el artículo 583 de la Constitución Política.

En tal sentido, las compensaciones y regalías generadas por la industria minera, las cuales se dejarían de recibir, resultan determinantes para el desarrollo económico y social no sólo de las regiones, sino de todo el país. Ello revela el carácter de utilidad pública e interés social de esta actividad económica, la cual no puede ser restringida ni mucho menos prohibida a través de un acto administrativo de aplicación local.

El artículo 360 de la Constitución Política de Colombia instituyó que la explotación de los recursos naturales no renovables, generará a favor del Estado una contraprestación económica a título de regalía que deja a salvo cualquier otra compensación o retribución que se pacte entre las partes. Ciertamente la actividad minera contribuye a cumplir con los fines esenciales del Estado consagrados en el artículo 2 de la Constitución Política: "(...) servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (...)". De manera que la naturaleza de utilidad pública e interés social que le dio el constituyente, no tiene otra finalidad que proteger los intereses de todos los habitantes del territorio colombiano.

De este modo, la Constitución Política estableció en sus artículos 332 y 360 y el Código de Minas en el artículo 6, que el subsuelo y los recursos naturales no renovables son propiedad del Estado, esto quiere decir de todos los colombianos y no de un grupo determinado de colombianos, y que la explotación de dichos recursos causará a favor del Estado, una contraprestación de naturaleza económica a título de regalía, disposiciones que fueron modificadas por el Acto Legislativo 05 de 2011, que estableció el sistema General de Regalías, y fijó su funcionamiento, ingresos, distribución de sus recursos, entre otros, y cuya regulación quedaba bajo la responsabilidad del legislador.

³ Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social. La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica. El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad. Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa-administrativa, incluso respecto del precio.



Radicado ANM No: 20181200265101

Teniendo en cuenta que la propiedad del recurso natural no renovable que recae en cabeza del Estado, la prohibición de actividades mineras no es un asunto que concierne únicamente al ente territorial en cuyo subsuelo se ubican los minerales, sino que siendo dicho subsuelo del Estado y los recursos naturales de todos los colombianos, así como la regalía que la explotación de dicho recurso genera la cual se incorpora al Sistema como mecanismo de distribución de ingresos de todo el Estado, esto incluye todos los entes territoriales que lo conforman.

De allí que, la prohibición de actividades mineras resulta ser un asunto de trascendencia nacional que desborda, por voluntad del constituyente el ámbito local. Contraría toda lógica que una Corporación Pública del orden municipal tome decisiones sobre la explotación de un recurso natural que por mandato constitucional le pertenece al Estado y cuyas competencias en relación con la política general corresponde a la nación y el cual genera unos recursos que no solo benefician a una región sino que se distribuyen también a otros entes territoriales.

De tal forma, es claro que las actividades mineras son un asunto que excede la competencia de los Concejos Municipales no sólo por la naturaleza y la propiedad del recurso, el cual reiteramos le pertenece al Estado, pero también por la pertenencia de las regalías cuyos beneficiarios no sólo resultan ser los entes territoriales en donde se desarrolla la actividad, sino todos los colombianos.

Es así como un acuerdo que busca prohibir la actividad minera, al ser proferido por una autoridad que carece de competencia para regular el uso del subsuelo, no cumple con el requisito de validez que debe dotar a todo acto administrativo, dado que, para que el mismo sea válido, se requiere que sea emitido por el órgano y funcionario que cuenta con la expresa atribución constitucional, legal o reglamentaria para ejercerla, en la medida en que la asignación de competencia hace parte, tanto de la estructura del debido proceso (artículo 29 de C.P.) como del principio de legalidad fundado en el cual los funcionarios públicos sólo están autorizados para realizar las actividades expresamente establecidas en el ordenamiento.

Al respecto, el Consejo de Estado ha dicho que: *"La noción de competencias es, por tanto, la base de todo derecho público, y en virtud de ella ningún organismo público puede ejercer su actividad fuera del cuadro de la competencia jurídica que le haya sido otorgada"*⁴

Es claro que, si el acto administrativo es emitido desconociendo las competencias señaladas en la constitución y en la ley, el acto es ilegal, en tanto, una autoridad administrativa pretende mediante un Acuerdo Municipal, prohibir una actividad de utilidad pública, cuya planificación, manejo y aprovechamiento le corresponde al Estado, tal como lo prescribe el artículo 80 de la Constitución Política de Colombia y cuya regulación corresponde al Congreso de la República.

⁴ Consejo de Estado. Expediente 5497.



Radicado ANM No: 20181200265101

I. El contrato de concesión: requisitos para su validez y perfeccionamiento

El Capítulo II del Código de Minas, establece que a partir de su vigencia, únicamente se podrá constituir, declarar y probar el derecho a explorar y explotar las minas de propiedad estatal, mediante el contrato de concesión minera (art.14), el cual se encuentra definido como un contrato de adhesión(art 49) *"(...) que se celebra entre el Estado y un particular, para efectuar, por cuenta y riesgo de este, los estudios, trabajos y obras de exploración de minerales de propiedad estatal que puedan encontrarse dentro de una zona determinada y para explotarlos en los términos y condiciones establecidos en este código."* (art 45), que debe estar contenido en un documento redactado en idioma castellano, estar suscritos por las partes, y que para su perfeccionamiento y prueba solo se requiere su inscripción en el Registro Minero Nacional (art 50).

La jurisprudencia ha definido el contrato de concesión como un contrato de naturaleza estatal de derecho público, en el que se plasma un acuerdo de voluntades que hace nacer una relación bilateral, que tiene por objeto *"(...) otorgar a una persona llamada concesionario, la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad contratante, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valoración o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden"*⁵.

Por su parte, el Capítulo XXIX del mismo Código regula lo relativo al Registro Minero, definiéndolo como un servicio de información de cubrimiento nacional, de acceso público, a cargo de la entidad facultada para su manejo, que desde el punto de vista procedimental del servicio, constituye el medio de autenticidad y publicidad de los actos y contratos sujetos a su inscripción, constituyendo ésta la única prueba de los actos y contratos sometidos a este requisito (arts. 327, 331, 332 y 333).

No obstante, conforme a los artículo 332 y 50 de la Ley 685 de 2001, el Registro Minero cumple dos funciones, la primera de ellas puramente instrumental, como la de todo requisito público, cual es la publicidad de los actos sujetos a registro y su oponibilidad frente a terceros, y la segunda, referida al perfeccionamiento del contrato, es decir, que el contrato de concesión sin su inscripción en el Registro Minero Nacional, no es un contrato perfecto, y por lo mismo de él no se derivan efectos jurídicos. En suma, el Registro Minero, desempeña un doble papel: es un requisito de perfeccionamiento del contrato de concesión que conlleva a que surta los efectos que le son propios (art 50) y es un mecanismo de publicidad, oponibilidad, autenticidad y única prueba de su existencia (art. 328 y 331).

⁵ Ver sentencias C-250 de 1996 y C-389 de 2016.



Radicado ANM No: 20181200265101

En este sentido, es importante resaltar que el contrato de concesión produce efectos como tal, una vez se ha perfeccionado el mismo, a través de su inscripción en el Registro Minero Nacional. Lo anterior, se encuentra plasmado en la Cláusula Vigésima Quinta de la minuta actualmente vigente, acogida mediante Resolución 409 del 22 de junio de 2015, la cual establece: *"Perfeccionamiento. Las obligaciones que por este contrato adquiere EL CONCESIONARIO, producen efectos desde su perfeccionamiento. El presente contrato se considera perfeccionado una vez se encuentre inscrito en el Registro Minero Nacional, según lo establecido en el artículo 50 del Código de Minas"*.

Proceso de suscripción y perfeccionamiento del contrato de concesión minera

En el proceso de concesión minera, se pueden identificar dos momentos distintos, cuyas etapas son preclusivas y que son: i) La de gestión administrativa, ii) la Inscripción del contrato en el Registro Minero Nacional a efectos de su perfeccionamiento, etapas que conllevan distintos efectos y entrañan derechos diversos para las partes.

En la primera fase de gestión administrativa, se presentan dos escenarios: el primero de ellos, en que la Autoridad Minera evalúa la documentación aportada por el proponente, se analiza la libertad del área solicitada, se requiere al (o los) proponente (s) para que subsanen la propuesta, acepten el área recortada y la Autoridad Minera decide si se aplican o no las causales de rechazo consagradas en el artículo 274 del Código de Minas. En este momento, el proponente tiene únicamente el derecho de prelación frente a propuestas posteriores, es decir, que la presentación de su propuesta le otorga una posición privilegiada para el análisis, respecto a otras solicitudes sobre esa misma área, sin que tenga un derecho ante la Autoridad Minera, distinto a que, de conformidad con los postulados legales, se evalúe y analice su propuesta. Esta etapa se extiende desde la presentación de la propuesta, hasta el momento en que se suscriba el contrato de concesión por las partes, conforme al artículo 279 del Código de Minas.

La segunda etapa de la gestión administrativa, entendida desde el momento de la suscripción del contrato de concesión por la administración y los proponentes, que significa la manifestación del Estado sobre el cumplimiento de los requisitos que establece la ley para el otorgamiento de un título minero, siendo por lo tanto el único requisito pendiente de cumplir, una carga de la administración, esto es, proceder a su inscripción en el Registro Minero Nacional, que trae como resultado el perfeccionamiento del mismo. Ciertamente en esta etapa surgen derechos y obligaciones para las partes, pero no de índole contractual, pues el contrato no se perfecciona, sino legal, como lo son: el derecho del proponente de exigir la inscripción de la minuta en el Registro Minero Nacional y la Constitución de la póliza minero ambiental, y la obligación del Estado de efectuar la inscripción en el Registro Minero Nacional.

Derechos adquiridos y meras expectativas

X



Radicado ANM No: 20181200265101

El artículo 58 de la Constitución Política consagra la protección de los derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores, y estipula que cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

La Corte Constitucional en su jurisprudencia se ha referido a los derechos adquiridos y a su diferenciación con las meras expectativas, precisando que los derechos adquiridos son aquellas situaciones individuales y subjetivas que se han creado y definido bajo el imperio de una ley y, que han instituido en favor de sus titulares un derecho subjetivo que debe ser respetado frente a las leyes posteriores y que no se puede afectar lo legítimamente obtenido al amparo de una ley anterior; por el contrario, ha señalado que las meras expectativas, consisten en probabilidades de adquisición futura de un derecho que, por no haberse consolidado, pueden ser reguladas por el Legislador, con sujeción a parámetros de justicia y equidad⁶.

Al respecto, la Corte Constitucional se ha pronunciado en diversos fallos, entre los que se puede resaltar la sentencia C-983 de 2010 en la que la Corte examinó la constitucionalidad de los incisos segundo y tercero del artículo 12 de la Ley 1382 de 2010, que preveían requisitos y procedimientos para la legalización de explotaciones mineras en terrenos en donde existían concesiones y del párrafo 2º del artículo 16 de la Ley 1382 de 2010, en cuanto preveía el requisito de acreditación del canon superficiario a la primera anualidad para las propuestas de concesión que se encontraban en trámite a la entrada en vigencia de la ley y para los títulos mineros que no hubieran pagado dicho canon, dentro de los tres (3) meses siguientes a la promulgación de la Ley 1382 de 2010, al estatuir una nueva causal de caducidad aplicable a las propuestas presentadas antes de la vigencia de la Ley 1382 de 2010, por desconocer el derecho subjetivo adquirido mediante la presentación de la propuesta, por la vulneración del debido proceso (art. 29 superior) y los derechos adquiridos (art. 58 superior).

La Corte en esta providencia, hizo un recuento jurisprudencial sobre el alcance constitucional de los derechos adquiridos y sus diferencias con las meras expectativas, haciendo mención entre otras a las sentencias C-168 de 1995, C-189 de 1996, C-174 de 1997, C-596 de 1997, C-926 de 2000, C-058 de 2002, C-754 de 2004, C-781 de 2003, C-663 de 2007, para concluir que los derechos adquiridos, protegidos constitucionalmente por el artículo 58 Superior, se refieren a derechos subjetivos consolidados e intangibles, que cumplen con las condiciones contempladas en la ley, y que son plenamente exigibles, mientras que las expectativas, son situaciones no consolidadas de conformidad con los requisitos de ley vigentes, aunque resulte factible que lleguen a consolidarse en el futuro, y que por tanto pueden ser modificadas por una nueva normatividad.

⁶ Corte Constitucional C.242 de 2009.



Radicado ANM No: 20181200265101

En el análisis de constitucionalidad de las disposiciones acusadas, la Corte consideró que estas no violaban el artículo 58 Superior por cuanto lo que se pretendía de manera general y en particular el artículo 12 de la misma normativa, era fortalecer los procesos de formalización de las explotaciones mineras de la minería tradicional, mediante las respectivas solicitudes de legalización, los contratos de concesión y el registro minero, con el fin de lograr mayores niveles de racionalidad, competitividad, seguimiento y control de la explotación minera en Colombia, sino que adopta in trámite y nos requisitos de forma y de fondo para su legalización, regulando una situación de transición para quienes han ejercido de tiempo atrás la minería tradicional en Colombia-amparados en el derecho al trabajo-art.58, al ejercicio de la libertad de empresa y de competencia económica – art.333 CN- y amparados en la disposición legal del Código de Minas-art.39-.

En relación con el inciso segundo del precipitado artículo, concluyó la Corte que no se observaba violación referida, pues lo que se pretendía con dicha norma era que, si existía una causal de caducidad en el contrato legalmente otorgado, se beneficiara con la primera opción de trámite a la solicitud de legalización, pero una vez se declare la caducidad del contrato minero, condicionado siempre a la existencia de una causal de incumplimiento del contrato que dé lugar a ello.

Frente al inciso tercero del artículo 12 de la Ley 1382 de 2010, la Corte concluyó que tampoco vulneraba el artículo 58 constitucional, pues esta norma no despoja, en ningún de sus apartes, al titular minero de sus derechos adquiridos mediante el contrato de concesión, ni lo priva de ejercitar las actividades mineras que se derivan de dicho título.

En lo atinente al artículo 16 que modifica el artículo 230 de la Ley 685 de 2001 y que regula el tema del canon superficiario, la Corte concluyó que no se evidencia vulneración alguna ni al debido proceso administrativo –art.29 CN-, ni a los derechos adquiridos –art.58 CP-, y precisó:

“(i) La norma demanda hace relación a dos situaciones distintas: de un lado a las propuestas que se encuentren en trámite, y de otro lado, a los títulos mineros que no hubieren pagado la anualidad, ambas situaciones referidas al momento de entrada de la Ley 1382 de 2010, para estipular como causal de rechazo o de caducidad, según el caso, el que no se hubiere pagado el canon superficiario, el cual deberá pagarse dentro de los tres meses siguientes a la promulgación de la ley.

ii) En el caso de las propuestas presentadas que se encuentren en trámite, es claro para la Corte que no afecta ni el debido proceso administrativo, ni los derechos adquiridos. Lo anterior, por cuanto el Legislador, de una parte, fija un requisito para la prosperidad de la propuesta, con pleno respeto de las garantías inherentes al debido proceso



Radicado ANM No: 20181200265101

administrativo, y de otra parte, si la propuesta se encuentra en trámite, es claro que no existe todavía una situación consolidada para el proponente que constituya un derecho adquirido, ya que mientras la propuesta se encuentre en trámite y no se haya perfeccionado el contrato de concesión minera, no existen derechos adquiridos de los proponentes. En este caso, encuentra la Corte que lo que hace el Legislador, es determinar que se concede un término de tres meses para que se pague el canon superficiario por parte del proponente, disposición que no puede considerar violatoria del debido proceso administrativo, ni de derechos adquiridos, por cuanto en este caso existen meras expectativas legítimas".

En suma, la Corte Constitucional ha conceptualizado de manera reiterada los derechos adquiridos como *"las situaciones jurídicas individuales que han quedado definidas y consolidadas bajo el imperio de una ley y que, en tal virtud, se entienden incorporadas válida y definitivamente o pertenecen al patrimonio de una persona y los ha distinguido de las meras expectativas, consideradas como las probabilidades de adquisición futura de un derecho que, por no haberse consolidado, pueden ser reguladas por el Legislador, con sujeción a parámetros de justicia y de equidad"*.

Ahora bien, frente a los derechos que adquiere el solicitante que presenta una propuesta para su estudio y evaluación, el Ministerio de Minas en su concepto 2020026198 del 14 de mayo de 2012, dijo: *"(...) Frente al Estado, el solicitante solamente tiene la expectativa de obtener el respectivo título toda vez que debido a los trámites progresivos que tiene la propuesta de concesión, mientras estos no se hayan terminado en su totalidad, los interesados apenas tienen una mera expectativa de obtener el título. No obstante, no ocurre lo mismo con los contratos de concesión debidamente otorgados los cuales al momento de ser suscritos configuran Derechos adquiridos, que ingresados al patrimonio del concesionario, son susceptibles de ser amparados por la legislación"*.

En este orden de ideas, se puede concluir que una minuta de contrato de concesión suscrita por las partes no surte los efectos contractuales que por ministerio de la ley se exigen para el contrato de concesión minera, hasta tanto no se haya inscrito en el Registro Minero Nacional, pero tampoco puede considerarse una propuesta de contrato, en la medida que con la suscripción de la misma, se agotó la etapa de análisis sobre los documentos y requisitos exigidos por la ley para el otorgamiento del contrato y que en consecuencia, la administración consistió en la celebración, llegando a un acuerdo de voluntades. En efecto, firmada la minuta del contrato, no puede la administración volver a la etapa de análisis y evaluación, en tanto se trata de etapas preclusivas en la que en virtud del principio de confianza legítima la Administración ha actuado de forma tal, que ha manifestado su clara e inequívoca voluntad de otorgar un título y generar obligaciones. Al respecto, el Consejo de Estado en providencia de fecha 1º de marzo de 2016, al decretar la medida cautelar de suspensión provisional dentro del proceso números 110010326000201500126-01, en el cual se demandó la



Radicado ANM No: 20181200265101

nulidad de las resoluciones números 003177 de 11 de agosto de 2014 y 004597 del 12 de noviembre del mismo año⁷, proferidas por el Vicepresidente de Contratación y Titulación Minera de la Agencia Nacional de Minería, dijo:

"(...) Del examen normativo en torno a los cargos de suspensión esgrimidos por el accionante, es importante resaltar que con la suscripción del contrato de concesión concluye la etapa de evaluación administrativa de los requisitos para la legalización de minería de hecho a través de las propuestas de contrato de concesión establecidos en el Código de Minas y su decreto reglamentario, pues si bien la norma establece que la autoridad concedente podrá revisar en cualquier etapa del procedimiento la superposición de áreas, una vez suscrito el contrato cesa su competencia para ello por cuanto se trata de etapas preclusivas y de la consolidación de una situación a favor del proponente, es decir, a la cual se llega como evidencia del cumplimiento de los requisitos de legalización. Lo contrario sometería al administrado a la indefinición del trámite y a la prolongación injustificada del mismo, cuando el ordenamiento tan solo estableció como requisito de perfeccionamiento su inscripción, sin someterlo a una nueva evaluación o verificación final. (Negrilla y subrayas fuera de texto).

Y finalmente como requisito para el perfeccionamiento del contrato de concesión, está la inscripción en el Registro Minero Nacional, obligación que desde la creación de la Agencia Nacional de Minería a través del Decreto Ley 4134 de 2011, se encuentra a su cargo.

En síntesis, frente al proceso de otorgamiento de un título minero, podemos resumir las anteriores consideraciones en el cuadro que se presenta a continuación, en la cuales se adecuan a etapas o fases del proceso:

INICIO	ACTIVIDAD	DERECHOS QUE ADQUIERE	EFFECTOS
Presentación de la propuesta de contrato- termina con la firma del contrato de concesión	-Evaluación de la propuesta: -Cumplimiento requisitos. -Libertad de área. -Requerimientos para	-Derecho a que la propuesta sea evaluada. -Meras expectativas del otorgamiento del título.	-Una vez finalizada, esta etapa se encuentra agotada. -No puede volverse a ella. -No pueden exigirse

⁷ Por medio de las cuales se rechazó la solicitud de legalización de minería de hecho No. LH0257-17, presentada por los señores Luis Carlos Mejía y Arley Yimmy Cardona Ceballos, para la explotación de un yacimiento de minerales de oro, minerales de plata y sus concentrados, en terreno localizado en jurisdicción del municipio de Marmato, departamento de Caldas.



Radicado ANM No: 20181200265101

	subsanan. -Subsanar exigencias.	-Derecho de preferencia frente a propuestas posteriores.	de nuevos requisitos.
Firma del contrato de concesión	Suscripción por parte de todos los contratantes y la Autoridad Minera	Derechos legales derivados de la suscripción del contrato v.g. que el contrato sea inscrito en el RM.	-El contrato no genera efectos jurídicos derivados de su contenido contractual, sino legales. -Surge una obligación legal a cargo de la autoridad minera de la inscripción del contrato en el Registro Minero Nacional ⁸ .
Inscripción en el Registro Minero	-La Autoridad Minera procede a la inscripción en el Registro Minero. -El concesionario constituye la Póliza minera.	-Ejecución del contrato. -Derechos y obligaciones derivados del contrato.	-Contrato Perfeccionado. -Produce efectos jurídicos.

Ahora bien, con relación a la normatividad aplicable al contrato de concesión, el artículo 46 del Código de Minas establece que le serán aplicables durante el término de su ejecución, las leyes mineras vigentes al momento de su perfeccionamiento, sin excepción o salvedad alguna. Sin embargo, señala la norma que *"si dichas leyes mineras fueren modificadas o adicionadas con posterioridad, al concesionario le serán aplicables estas últimas en cuanto amplíen, confirmen o mejores sus prerrogativas exceptuando aquéllas que prevean modificaciones de las contraprestaciones económicas previstas en favor del Estado o de las Entidades Territoriales"*.

Aplicación de nuevas normas

Para definir el impacto que sobre el proceso de otorgamiento de un título minero genera un cambio

⁸ Ley 685 de 2001, artículo 333 que señala que: "La inscripción de los actos y documentos sometidos a Registro deberán inscribirse dentro de los quince (15) días siguientes a su perfeccionamiento o vigencia".



Radicado ANM No: 20181200265101

de legislación, se hace necesario identificar la etapa en que dicho proceso se encuentra. Lo anterior, por cuanto debe establecerse si en ella se ha generado para el solicitante un derecho adquirido o una mera expectativa.

Sobre el particular, el artículo 16 de la Ley 685 de 2001 señala que: *"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, solo confiere al interesado, un derecho de prelación o preferencia para obtener dicha concesión si reúne para el efecto, los requisitos legales"*.

Al respecto, el Ministerio de Minas y Energía en su concepto 2012026198 del 14 de mayo de 2012, dijo: *"(...) Frente al Estado, el solicitante solamente tiene la expectativa de obtener el respectivo título toda vez que debido a los tramites progresivos que tiene la propuesta de concesión, mientras estos no se hayan terminado en su totalidad, los interesados apenas tienen una mera expectativa de obtener el título. No obstante, no ocurre lo mismo con los contratos de concesión debidamente otorgados los cuales al momento de ser suscritos configuran Derechos adquiridos, que ingresados al patrimonio del concesionario, son susceptibles de ser amparados por la legislación"*.

Por su parte, la Corte Constitucional en la Sentencia C-983 de 2010, señaló que las propuestas presentadas y mientras se encontraren en trámite, significan para el proponente una mera expectativa, las cuales pueden ser modificadas por un cambio legislativo, al siguiente tenor:

"En caso de las propuestas presentadas que se encuentren en trámite, es claro para la Corte que no afecta el debido proceso administrativo, ni los derechos adquiridos. Lo anterior, por cuanto el Legislador, de una parte, fija un requisito para la prosperidad de la propuesta, con pleno respecto de las garantías inherentes al debido proceso administrativo, y de otra parte, si la propuesta se encuentra en trámite, es claro que no existe todavía una situación consolidada para el proponente que constituya un derecho adquirido, ya que mientras la propuesta se encuentre en trámite y no se haya perfeccionado el contrato de concesión minera, no existen derechos adquiridos de los proponentes. En este caso, encuentra la Corte que lo que hace el legislador, es determinar que se concede un término de tres meses para que se pague el canon superficiario por parte del proponente, disposición que no puede considerarse violatoria del debido proceso administrativo, ni de derechos adquiridos, por cuanto en este caso existen meras expectativas legítimas".

Además, como se anotó en el Concepto 20161200172763 del 20 de diciembre de 2016 de esta Oficina Asesora Jurídica:



Radicado ANM No: 20181200265101

“Lo anterior significa que en razón a que entre la presentación de la propuesta de concesión, y la suscripción del contrato de concesión, el proponente tan solo tiene una mera expectativa de que le sea evaluada la propuesta y pueda eventualmente obtener el título, cualquier modificación a los requisitos o procedimientos que surja como consecuencia de la expedición de una nueva ley o de una nueva norma consecuencia de una sentencia de inconstitucionalidad, cambiará las condiciones de otorgamiento del título y podrá ser exigida por la autoridad minera al proponente, en virtud de que su situación no alcanzó a consolidarse en vigencia de la normatividad anterior y su protección jurídica es precaria.

En este orden de ideas, todas las propuestas presentadas a la autoridad minera y que a la fecha de la decisión del fallo contenido en la Sentencia C-389 de 2016 no habían culminado su trámite con la suscripción del contrato de concesión, por estar cobijadas de una garantía precaria al tratarse de meras expectativas, quedaron sujetas a las nuevas normas nacidas como consecuencia de la exequibilidad condicionada, debiendo por lo tanto cumplir con los nuevos requisitos establecidos en la sentencia.

Distinta es la situación de quienes habiendo presentado la propuesta antes de la sentencia, lograron culminar el trámite y suscribieron el contrato de concesión respectivo con antelación a la emisión de la sentencia C-389 de 2016, por parte de la Sala Plena de la Corte Constitucional, que declaró la exequibilidad condicionada de los artículos 16, 53, 570 y 271 de la Ley 685 de 2001, pues se trata de derechos adquiridos y consolidados que no están sujetos al cumplimiento de las condiciones que el Alto Tribunal estableció para considerarlos ajustados a la Constitución, en tanto su situación había sido definida en forma definitiva cuando las normas estaban cobijadas por la presunción de constitucionalidad, al no haber sido demandadas, ni declaradas inexequibles por la Corte Constitucional, no pudiendo ser sometidas a un nuevo estudio.

Lo anterior, en virtud de la protección constitucional de los derechos adquiridos, que al igual que en los casos de tránsito de legislación, se configuran cuando las situaciones jurídicas individuales han quedado definidas y consolidadas bajo el imperio de una ley y que, en tal virtud, se entienden incorporadas válida y definitivamente o pertenecen al patrimonio de una persona, en tanto que las meras expectativas reciben una protección más precaria en la medida que una nueva ley sí puede regular ciertas situaciones o hechos jurídicos que aun cuando han acaecido o se originaron bajo la vigencia de una ley, no tuvieron la virtud de obtener su consolidación de manera definitiva.



Radicado ANM No: 20181200265101

II. Respuesta a los cuestionamientos planteados

De conformidad con lo antes expuesto, podemos llegar a las siguientes conclusiones generales, frente a los cuestionamientos planteados en su solicitud de concepto:

6. ¿El ejercicio de objetar proyectos mineros mediante acuerdos municipales, ¿Sustrae las competencias constitucionales y legales que se le facultan a la CAR y a la ANM?, ¿Por qué (si o no)?

De conformidad con lo antes expuesto, se estima que los concejos municipales al expedir acuerdos que prohíban el desarrollo de actividades mineras, están desconociendo el marco de competencias atribuidas por la Constitución y la ley en materia de regulación del subsuelo y los recursos naturales no renovables yacientes en el mismo, pretermitiendo que las decisiones que pueden adoptarse mediante acuerdo, tienen por disposición constitucional un carácter limitado, que se concretan en: (i) **la necesidad de que sus decisiones se ajusten a los asuntos de competencias e interés del respectivo nivel territorial de que se trata y ii) en la prohibición de contrariar la Constitución o desconocer derechos constitucionales mediante el empleo de un Acuerdo municipal.**

Así las cosas, la prohibición de adelantar actividades mineras en un determinado territorio excede el marco competencial de los Concejos Municipales por virtud constitucional y desarrollo legal (Ley 388 de 1997), en la medida en que carecen de potestades legislativas que son propias del Congreso, como órgano político de representación plural nacional. Si bien los concejos ejercen por disposición constitucional ciertas potestades reglamentarias y dictan normas generales en su respectivo municipio, estas están limitadas por la Constitución y la Ley.

En los anteriores términos, la decisión de excluir un territorio del desarrollo de actividad minera mediante un acuerdo municipal es inconstitucional e ilegal por falta de competencia, debido a que el manejo de los recursos naturales y la propiedad del subsuelo son del Estado, que en cabeza de la Agencia Nacional de Minería como actual Autoridad Minera se encarga de 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, así como efectuar la fiscalización a los títulos de propiedad privada del subsuelo cuando le sea delegada esta función por el Ministerio de Minas y Energía⁹.

⁹ En virtud del artículo 3 del Decreto 4134 de 2011, le corresponde a la Agencia Nacional de Minería "...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 le sea delegada esta función por el Ministerio de Minas y Energía de conformidad con la ley. En la actualidad la única gobernación que conserva dichas funciones es la de Antioquia, frente a la cual se ha prorrogado la delegación.

4



Radicado ANM No: 20181200265101

7. A través de la Sentencia C-273 de 2016, la Honorable Corte Constitucional de Colombia declaró inexecutable el artículo 37 de la Ley 685 de 2011. Así las cosas:

a) ¿Cuáles son los efectos sobre los contratos de concesión minera celebrados con el Estado e inscritos en el registro minero nacional en fecha anterior a esta sentencia?

Sea lo primero decir, que el efecto de la inexecutable del artículo 37 que establecía que “ninguna autoridad regional, seccional o local podrá establecer zonas del territorio que queden permanente o transitoriamente excluidas de la minería. Esta prohibición comprende los planes de ordenamiento territorial de que trata el siguiente artículo”, no afecta la titularidad de los derechos adquiridos de los contratos de concesión minera suscritos e inscritos en el Registro Minero Nacional, ni el proceso de titulación que viene adelantando esta Agencia.

Por un lado, los fallos de inexecutable emitidos por la Corte Constitucional, tienen en principio efectos hacia el futuro – ex nunc- a menos que la Corte exprese en el texto de la sentencia de manera expresa un efecto distinto¹⁰, situación que no señaló la H. Corte en la Sentencia C-273 de 2016; de manera que no tienen la potencialidad de afectar situaciones jurídicas efectivamente consolidadas, como es el caso de los contratos que ya fueron suscritos con antelación al fallo respectivo, toda vez que constituyen derechos adquiridos que ya han ingresado válidamente al patrimonio de una persona¹¹.

Así las cosas, esta Agencia en virtud de lo consagrado en el artículo 58 de la Constitución Política de 1991 y lo dispuesto por el H. Consejo de Estado y la Corte Constitucional, los contratos deberán seguir su ejecución de acuerdo con las normas que los rigen al momento de su perfeccionamiento, y por tanto, se debe respetar los derechos o cargas reconocidas y no pueden ser afectados legítimamente bajo el amparo de una ley, ordenanza, acuerdo o sentencia.

En todo caso, es menester aclarar que, si bien el artículo 37 del Código de Minas fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la Sentencia C-273 de 2016, su inconstitucionalidad no se refirió a su contenido material, que ya había sido definido en la sentencia C-123 de 2014, sino en la forma en que dicha norma fue expedida, al considerar que dado que su contenido se refería a la distribución de competencias entre la nación y los entes territoriales, ésta debía haberse expedido a través de una ley orgánica y no mediante una ley ordinaria, conforme al mandato del artículo 288 Superior. Igualmente su inconstitucionalidad no invalida o afecta el proceso de titulación minera pues su contenido no tiene relación con el proceso de titulación.

¹⁰ Al respecto ver sentencias C-619 de 2003, C-243 de 2005, entre otras.

¹¹ Concepto No. 20161200172763 del 20 de diciembre de 2016, Oficina Asesora Jurídica Agencia Nacional de Minería.



Radicado ANM No: 20181200265101

Dicho lo anterior, no puede entenderse que la expulsión del artículo 37 del Código de Minas del ordenamiento jurídico, signifique la sustracción de competencias de la Agencia Nacional de Minería en el proceso de titulación minera, pues la constitución es clara en establecer que el manejo de los recursos naturales y la propiedad del subsuelo son del Estado, en cabeza de la Agencia Nacional de Minería como autoridad minera o concedente en el territorio nacional, que dentro de sus competencias se encuentra la facultad de conceder o rechazar un título minero.

8.¿En qué momento puede decirse que un contrato de concesión minera está perfeccionado?

Teniendo en cuenta lo consagrado en el artículo 50 de la Ley 685 de 2001, el contrato de concesión minera se entiende perfeccionado una vez esté inscrito en el Registro Minero Nacional.

En los anteriores términos, damos respuesta a su solicitud, aclarando que la presente se emite de conformidad con lo previsto en el artículo 28 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.

Atentamente,


LAURA CRISTINA QUINTERO CHINCHILLA
Jefe de la Oficina Asesora Jurídica

Anexos: 0

Copia: No aplica.

Elaboró: Diana Camila Andrade Velandia – Asesora Oficina Asesora Jurídica.

Revisó: No aplica.

Fecha de elaboración: 12-04-2018 18:59 PM .

Número de radicado que responde: 20185500430402

Tipo de respuesta: Total.

Archivado en: Conceptos OAJ.

X