

Bogotá D.C., 24-07-2019 13:15 P.M

Señora



Asunto: Temas mineros sobre capacidad económica- formalización minera- áreas de reserva especial y licencias de explotación.

En atención a la comunicación radicada en la Agencia Nacional de Minería bajo el número 20199050362792, por medio de la cual eleva consulta sobre diversos temas mineros relacionados con la capacidad económica, solicitudes de formalización minera, áreas de reserva especial y licencias de explotación, se dará respuesta en el mismo orden temático planteado en su comunicación en los siguientes términos:

1. CAPACIDAD ECONÓMICA.

Sobre la posibilidad de que el aval financiero sea certificado por parte del operador minero – inversionista que tenga capacidad económica en los términos de lo establecido en el parágrafo 2 del artículo 5 de la Resolución 352 de 2018, es importante precisar que el artículo 22 de la Ley 1753 de 2015 determinó que la Autoridad Minera Nacional para el otorgamiento de títulos mineros y cesiones de derechos y de áreas debe requerir a los interesados para que acrediten la capacidad económica para la exploración, explotación, desarrollo y ejecución del proyecto minero.

En ese sentido, la Agencia Nacional de Minería expidió la Resolución 352 del 4 de julio de 2018¹, en la cual se determina que corresponde a los interesados acreditar la capacidad económica según el tamaño de minería, siguiendo la fórmula de acuerdo con la clasificación de la minería.

Al respecto, resulta pertinente aclarar que a quien le corresponde acreditar la capacidad económica de la propuesta de un contrato de concesión minera o de una solicitud de una cesión de derechos o cesión de áreas es al solicitante/proponente y al respectivo cesionario, teniendo en cuenta que son ellos quienes se obligan ante la autoridad minera a ejecutar las obligaciones emanadas del título minero que celebrarán o, mantendrán una relación contractual con el Estado a través de la

¹ "Por la cual se fijan los criterios para evaluar la capacidad económica de las solicitudes de contrato de concesión, cesión de derecho y cesión de áreas de que trata el artículo 22 de la Ley 1753 de 2015, se deroga la Resolución No. 831 del 27 de noviembre de 2015 y se dictan otras disposiciones"

autoridad minera y, por lo tanto les corresponde acreditar la seriedad y capacidad de ejecutar o mantener el respectivo proyecto minero.

Lo anterior, es importante precisarlo teniendo en cuenta que de conformidad con lo establecido en el artículo 45 de la Ley 685 de 2001² el contrato de concesión minera es el 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 la Ley 685 de 2001.

En ese orden de ideas, la Ley 685 de 2001 no regula de manera expresa el contrato de operación minera, sin embargo, se faculta al titular minero para subcontratar todas las actividades y trabajos mineros a que está obligado en virtud del título minero, en los términos del artículo 27 de la Ley 685 de 2001 que establece lo siguiente:

Artículo 27. Subcontratos. El beneficiario de un título minero podrá libremente realizar todos los estudios, obras y trabajos a que está obligado, mediante cualquier clase de contratos de obra o de ejecución que no impliquen para los subcontratistas subrogarse en los derechos y obligaciones emanados del título, ni les confieran derecho a participar en los minerales por explotar. Para los contratos mencionados no se requerirá permiso o aviso alguno a la autoridad minera.

A su vez, el artículo 87 del citado Código de Minas dispone:

Artículo 87. Dependientes y subcontratistas. El concesionario podrá ejecutar todos los estudios, trabajos y obras de exploración, por medio de sus dependientes o por medio de subcontratistas. En ambos casos será directamente responsable ante la autoridad concedente, de los actos u omisiones de unos y otros hasta por la culpa leve. Frente a terceros dicha responsabilidad se establecerá en la forma y grado en que prevén las disposiciones civiles y comerciales ordinarias. (Subrayado fuera del texto).

De la lectura de las normas transcritas se tiene que estos subcontratos denotan las siguientes características:

- i) No implica para el subcontratista la subrogación en los derechos y obligaciones emanados del título minero.
- ii) El titular minero sigue siendo responsable ante la autoridad minera de la ejecución del contrato.
- iii) El subcontrato no le confiere al subcontratista el derecho a participar en los minerales por explotar.
- iv) No requiere permiso o aviso alguno a la Autoridad Minera.

² Ver concepto Oficina Asesora Jurídica ANM 20181200263661 del 7 de febrero de 2018.



Esta clase de contratos se constituyen como la manifestación de la autonomía con la que la legislación minera dota la titular para ejecutar su proyecto minero, es así como el artículo 57 del Código de Minas dispone que el concesionario es considerado como contratista independiente para efectos de todos los contratos civiles, comerciales y laborales que celebre por causa de sus estudios, trabajo y obras de exploración y explotación, por lo tanto en desarrollo de la autonomía empresarial el concesionario tiene plena autonomía técnica, industrial, económica y comercial para la ejecución de los estudios, trabajos y obras de exploración, construcción, montaje, explotación, beneficio y transformación derivados del título minero en los términos del artículo 60 de la Ley 685 de 2001, así:

"Artículo 60. Autonomía empresarial. En la ejecución de los estudios, trabajos y obras de exploración, montaje, construcción, explotación, beneficio y transformación, el concesionario tendrá completa autonomía técnica, industrial, económica y comercial. Por tanto podrá escoger la índole, forma y orden de aplicación de los sistemas y procesos y determinar libremente la localización, movimientos y oportunidad del uso y dedicación del personal, equipos, instalaciones y obras. Los funcionarios de la entidad concedente o de la autoridad ambiental, adelantarán sus actividades de fiscalización orientadas a la adecuada conservación de los recursos objeto de la actividad minera a cargo del concesionario, y garantizar el cumplimiento de las normas de seguridad e higiene mineras y ambientales".
(Subrayado fuera del texto).

Por lo tanto, el contrato de operación deberá regirse por las normas del derecho privado y bajos las cláusulas que se estipulen entre el titular minero y el operador minero, así lo manifestó el Ministerio de Minas y Energía mediante concepto número 200703336 del 31 de julio de 2007 en el que se determinó que: "desde el punto de vista legal, el contrato que el beneficiario de un título minero realice con un tercero para realizar estudios, obras y trabajos, en aplicación del artículo 27 de la Ley 685 de 2001, se rige por las normas del derecho privado, esto es por el Código Civil, pues el Código de Minas no establece ningún requisito para su celebración, ni siquiera requiere de permiso o aviso alguno a la autoridad minera". (Subrayado fuera del texto).

Así, las obligaciones y derechos que se estipulen en ese negocio jurídico escapan a la regulación del Código de Minas y al control y fiscalización de la autoridad minera, por cuanto, se reitera que es una negociación de carácter privado que celebra el titular minero con un tercero para desarrollar estudios, trabajos y obras propias de la actividad minera en desarrollo de la autonomía empresarial que se deriva del contrato de concesión minera.

En consecuencia, es el titular minero o el cesionario, en cada caso y, no el subcontratista de operación, quienes deben garantizar los recursos del proyecto minero y cumplir con la suficiencia financiera utilizando simultáneamente sus recursos propios y el aval financiero en los términos del párrafo 2 del artículo 5 de la Resolución 352 de 2018.

Ahora bien, respecto de la figura del aval financiero, se tiene en los términos del párrafo 1 del artículo 5 de la Resolución 352 de 2018 prevé la posibilidad de usar una o varias de las siguientes alternativas:

- i) Garantía bancaria.
- ii) Carta de Crédito.
- iii) Aval bancario.
- iv) Cupo de crédito.

En los cuales debe señalarse el beneficiario, el valor, el plazo y la destinación de los recursos para el proyecto minero y debe garantizar que el proponente o cesionario dispondrá de los recursos suficientes para asegurar la ejecución del proyecto minero de acuerdo con el Programa Mínimo de Exploración o para desarrollar las inversiones pendientes de ejecutar según lo informado en el Programa de Trabajos y Obras presentado por el cedente.

Entonces, de conformidad con el análisis normativo expuesto, se concluye que no es posible que el aval financiero pueda certificarse por un operador inversionista que tenga capacidad económica, en los términos de la Resolución 352 de 2018, bajo la suscripción de un contrato de operación o cualquier otra figura que determine la inversión real frente al título.

2. SOLICITUDES DE FORMALIZACIÓN MINERA.

De conformidad con lo establecido en el artículo 325 de la Ley 1955 de 2018 frente al trámite de solicitudes de formalización de minería tradicional, si es posible que las personas naturales, grupos o asociaciones que presentaron solicitud de formalización de minería tradicional hasta el 10 de mayo de 2013 ante la autoridad minera competente y que a la fecha de promulgación de esta ley se encuentran vigentes y en área libre puedan continuar con su trámite y, en consecuencia explotar, comercializar y pagar regalías por los minerales explotados, por cuanto el inciso 4 de la mencionada norma así lo expone:

"Art. 325. TRÁMITE SOLICITUDES DE FORMALIZACIÓN DE MINERÍA TRADICIONAL. (...)

"A partir de la promulgación de esta Ley y mientras no se resuelva de fondo el trámite de la solicitud de formalización de minería tradicional no habrá lugar a la aplicación de las medidas previstas en los artículos 161 y 306 de la Ley 685 de 2001, ni a proseguir las acciones penales señaladas en los artículos 159 y 160 de esta misma ley, sin perjuicio de la aplicación de las medidas preventivas y sancionatorias de carácter ambiental, así como las relacionadas con la seguridad minera". (Subrayado fuera del texto).

Así las cosas, los alcaldes municipales no podrán efectuar el decomiso provisional de los minerales que se transporten o comercialicen, ni podrán ordenar la suspensión de las explotaciones mineras realizadas por parte de los solicitantes de formalización de minería tradicional de hecho, a que hace referencia el citado artículo 325 de la Ley 1955 de 2019.

Ahora bien, respecto a su inquietud de la posibilidad de que un solicitante de formalización de minería tradicional presentada hasta el 10 de mayo de 2013 superpuesta con una propuesta de contrato de concesión pueda explotar minerales, es importante mencionar que el inciso 1 del citado



artículo 325 de la Ley 1955 de 2019, establece que la solicitud de formalización debe realizarse sobre área libre so pena de rechazo, excepto que se presente sobre un área superpuesta con un título minero, caso en el cual procederá el trámite de mediación y en caso de no lograrse se rechazará la solicitud, así:

ARTÍCULO 325º. TRÁMITE SOLICITUDES DE FORMALIZACIÓN DE MINERÍA TRADICIONAL. *Las personas naturales, grupos o asociaciones que presentaron solicitud de formalización de minería tradicional hasta el 10 de mayo de 2013 ante la autoridad minera competente y que a la fecha de promulgación de esta ley se encuentran vigentes y en área libre, continuarán su trámite con el fin de verificar la viabilidad técnica del desarrollo del proyecto minero de pequeña minería. Si la solicitud no se encuentra en área libre³ esta se rechazará salvo lo dispuesto en el inciso tercero del presente artículo. En caso que la superposición sea parcial se procederá a los recortes respectivos. La autoridad minera resolverá estas solicitudes en el término de un (1) año contado a partir de la viabilidad técnica de la solicitud.*

(...)

En el evento en que las solicitudes de formalización de minería tradicional se hayan presentado en un área ocupada totalmente por un título minero y se encuentre vigente a la fecha de promulgación de la presente Ley, la autoridad minera procederá a realizar un proceso de mediación entre las partes. De negarse el titular minero a la mediación o de no lograrse un acuerdo entre las partes, se procederá por parte de la autoridad minera al rechazo de la solicitud de formalización. (Subrayado fuera del texto).

En concordancia con el artículo 16 del Código de Minas⁴, el estudio de la viabilidad tanto de las propuestas de contrato de concesión, como de las solicitudes de formalización de minería tradicional de hecho, obedece a un orden cronológico de acuerdo con la radicación de las mismas (principio primero en el tiempo, primero en el derecho) y, especialmente para las solicitudes de formalización, siguiendo el procedimiento previsto en el artículo 325 de la Ley 1955 de 2019, el cual "(...) *permitirá a la autoridad minera verificar a través del marco probatorio dispuesto, el cumplimiento de los requisitos exigidos por la Ley y por ende enmarcar su trámite dentro de cualesquiera de los escenarios en los cuales no resulta procedente continuar con el trámite de la solicitud citada o por el contrario arrojará como resultado la viabilidad (o no) de continuar con el mismo*"⁵ (Texto en paréntesis fuera del texto).

3

⁴ "Artículo 16. *Validez de la propuesta. La primera solicitud o propuesta de concesión, mientras se halle en trámite, no confiere, por sí sola, frente al Estado, derecho a la celebración del contrato de concesión. Frente a otras solicitudes o frente a terceros, sólo confiere al interesado, un derecho de prelación o preferencia para obtener dicha concesión si reúne para el efecto, los requisitos legales*". (Subrayado fuera del texto).

⁵ Agencia Nacional de Minería. Oficio 20192110283161 del 19 de Julio de 2019 Coordinación Grupo de Legalización Minera- Vicepresidencia de Contratación y Titulación Minera.



De acuerdo con lo anterior, es claro que tanto las propuestas de contrato de concesión, como las solicitudes de formalización de minería tradicional, son meras expectativas y, por lo tanto, no configuran un derecho adquirido y consolidado ante la ley, situación que se predica de los Títulos Mineros debidamente otorgados e inscritos en el Registro Minero Nacional.

Entonces, de acuerdo con lo expuesto, (...) *si el área de interés de una solicitud de minería tradicional se encuentra ocupada por una propuesta de contrato, la Entidad procede a la terminación del trámite de la solicitud, cuando la superposición sea total, o al recorte de área en caso que la superposición se presente en forma parcial, (...)*⁶ atendiendo el principio de primero en el tiempo, primero en el derecho, a que hace referencia el mencionado artículo 16 de la Ley 685 de 2001, "(...) *que no es otra cosa que el derecho de prelación o preferencia frente a terceros, como una mera expectativa sobre el área solicitada, situación que se materializa en el momento de radicación de la solicitud, por lo que en el caso de superposiciones de solicitudes sobre la misma área, se continuará el trámite con la primera que haya sido radicada, sin tener en cuenta la etapa procesal en que se encuentra, (...)*"⁷.

Así las cosas, se considera que mientras no se resuelva de fondo por parte de la autoridad minera la solicitud de formalización, se podrán seguir desarrollando las actividades extractivas de minería tradicional, conforme a lo previsto en el inciso final del artículo 325 de la Ley 1955 de 2019, mencionado previamente. Sin perjuicio que la ejecución de las labores mineras sean objeto de decisiones adoptadas o que se adopten dentro de los procesos de amparos administrativos, procesos judiciales o dentro de las actividades de control que se emitan en virtud de las normas que regulen la explotación y comercialización de minerales, así como de las medidas de seguridad adoptadas en virtud de los reglamentos de seguridad e higiene minera.

En conclusión, las solicitudes de Formalización de Minería Tradicional cuentan con la prerrogativa de explotar desde el momento en que entra en vigencia la Ley del Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022, es decir, por mandato de la Ley se encuentran facultados para continuar las labores de explotación en el área relacionada con las solicitudes, hasta que dicho trámite sea resuelto de fondo. En este punto, resulta pertinente mencionar que la explotación debe realizarse sin el uso de dragas, mini dragas, retroexcavadoras y demás equipos mecánicos, en los términos del artículo 106 de la Ley 1450 de 2011, so pena de la aplicación de las medidas previstas en el Decreto 2235 de 2012.

3. ÁREAS DE RESERVA ESPECIAL

Sobre la posibilidad de que los estériles que se sacan de una mina debidamente declarada y delimitada como área de reserva especial para la explotación de oro y metales preciosos, puedan tener manejo y aprovechamiento por parte de un tercero como agregados de materiales de construcción, se considera lo siguiente.

⁶ Concepto citado en la nota de pie de página No. 4.

⁷ Concepto citado en la nota de pie de página No. 4.

En primer lugar, es importante mencionar que en los términos del artículo 31 de la Ley 685 de 2001⁸ la autoridad minera procederá de oficio o por solicitud de una comunidad minera en donde existan explotaciones tradicionales de minería informal, declarar y delimitar zonas en las cuales temporalmente no se admitirán nuevas propuestas, sobre todos o algunos minerales.

En ese sentido, la prerrogativa de explotación concedida por la Agencia Nacional de Minería sólo procede sobre los minerales en los que se haya determinado las explotaciones tradicionales por parte de una comunidad minera, sin que proceda la adición de minerales, por lo tanto, sólo podrá extraerse los minerales frente a los cuales se demostró la explotación tradicional, para el caso que nos ocupa, oro y metales preciosos.

Sin perjuicio de lo anterior, es importante aclarar que se entiende en la normativa minera por “estériles”, en los términos de la Resolución 4 0599 de 2015, expedida por el Ministerio de Minas y Energía “Por medio de la cual se adopta el Glosario Técnico Minero”, con el fin de determinar que de acuerdo con su naturaleza, composición y posibilidad de aprovechamiento no se constituyen en mineral, de acuerdo con la definición contenida en la Ley 685 de 2001, por lo que para su utilización, desde la normativa minera no se requiere de concesión o autorización temporal, sin perjuicio de las autorizaciones, permisos o licencias que deban expedir las autoridades ambientales o municipales, de acuerdo con sus competencias para la disposición de dichos materiales, así⁹:

“Residuos

Cualquier sustancia, objeto o materia no productiva que puede ser gaseosa, líquida o sólida; generada durante los procesos de extracción, beneficio, transformación, producción, consumo, utilización, control o tratamiento, cuya calidad no permita usarlo nuevamente en el proceso que lo generó y que puede representar algún valor económico para terceros, como material reciclable o reutilizable”.

Residuos mineros

1. Residuos producto de la extracción y la explotación de minerales.
2. Desmontes, escombreras, colas, desechos y escorias resultantes de las actividades minero metalúrgicas”.

“Estéril

1. Se dice de la roca o del material de vena que prácticamente no contiene minerales de valor recuperables, que acompañan a los minerales de valor y que es necesario remover durante la operación minera para extraer el mineral útil.
2. En carbones, del estrato sin carbón, o que contiene mantos de carbón muy delgados para ser minados.

⁸ Modificado artículo 147 del Decreto-Ley 019 de 2011.

⁹ Ver conceptos Oficina Asesora Jurídica ANM 20131200140503 del 22 de octubre de 2013, 20143310214391 del 2 de julio de 2014, 20141200239011 del 22 de julio de 2014, 20171200106531 del 8 de mayo de 2017, 20181200264681 del 26 de marzo de 2018. Ver concepto INGEOMINAS 20101100179521.

3. En depósitos minerales lixiviados, se dice de una solución de la cual los minerales de valor disueltos han sido removidos por precipitación, intercambio de iones, o por extracción por solventes.

4. Escombros que se forman cuando se explotan las minas. En las explotaciones mineras se utiliza el mineral aprovechable, pero el resto del material que acompaña al mineral y no es útil (ganqa) se deja acumulado cerca de las galerías o explotaciones mineras en forma de derrubios.

5. Material sin valor económico que cubre o es adyacente a un depósito de mineral y que debe ser removido antes de extraer el mineral. (Subrayado fuera del texto)".

Entonces, de acuerdo con los anteriores conceptos, cuando se trate de uso de material estéril o sobrante se considera que la Agencia Nacional de Minería carece de competencia para autorizar o celebrar contratos de concesión minera para la utilización o reutilización de dichos residuos, residuos mineros, desechos, material sobrante o estériles para la ejecución de obras como quiera que éstos no son minerales y por definición técnica son materiales sin valor económico y que no contiene minerales de valor recuperables y, en ese sentido, no son susceptibles del pago de contraprestación alguna a favor del Estado.

Sin perjuicio de lo anterior, es necesario aclarar que cuando en el desarrollo de obras se requiera el uso y aprovechamiento de minerales o materiales de construcción, en los términos del artículo 11 de la Ley 685 de 2001, deberá obtenerse autorización o concesión por parte de la autoridad minera, como quiera que estos se regulan íntegramente por el Código de Minas por lo cual su extracción debe ceñirse a las disposiciones de esta norma y cuyo procedimiento es de competencia de la autoridad minera.

4. LICENCIAS DE EXPLOTACIÓN

Respecto a la pregunta sobre si el titular de una licencia de explotación que solicita la conversión o derecho de preferencia, para que se le otorgue un contrato de concesión minera, en los términos de la Ley 685 de 2001, requiere la demostración de la capacidad económica para su celebración conforme al estimativo de la inversión señalado en el Programa de Trabajos y Obras –PTO- se considera que de conformidad con lo establecido en el artículo 22 de la Ley 1753 de 2015, si se requiere la acreditación de la capacidad económica para el otorgamiento de títulos mineros.

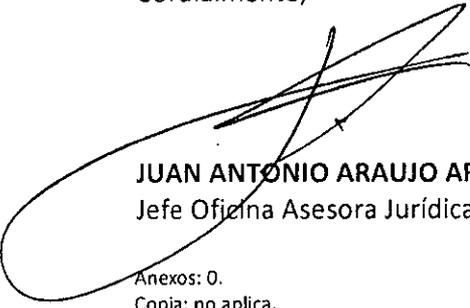
Ahora bien, respecto de los criterios para evaluar la capacidad económica deberá seguirse lo previsto en el artículo 5 de la Resolución 352 de 2018 “Por la cual se fijan los criterios para evaluar la capacidad económica de las solicitudes de contrato de concesión, cesiones de derecho y cesión de áreas de que trata el artículo 22 de la Ley 1753 de 2015, se deroga la Resolución 831 del 27 de noviembre de 2015 y se dictan otras disposiciones”.



Radicado ANM No: 20191200271441

En los anteriores términos damos respuesta a su solicitud la cual el presente se emite de conformidad con lo establecido en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015, por lo cual su alcance no es de obligatorio cumplimiento o ejecución.

Cordialmente,



JUAN ANTONIO ARAUJO ARMERO
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Anexos: 0.

Copia: no aplica.

Elaboró: Mónica María Muñoz Buitrago.- Contratista OAJ.

Revisó: no aplica.

Fecha de elaboración: 22/07/2019.

Número de radicado que responde: 20199050362792

Tipo de respuesta: Total.

Archivado en: conceptos OAJ.

