

CONTRATO DE CONCESION DE MINAS - Régimen aplicable / CONTRATO DE CONCESION DE MINAS - Causales de nulidad aplicables

La Sala de Consulta y Servicio Civil emitió concepto respecto del régimen aplicable y ha reconocido que a los contratos que tienen por objeto la exploración, explotación y comercialización de recursos naturales, así como a los demás contratos que celebren las entidades en cuyo objeto social figuran estas actividades, no les resulta aplicable la Ley 80 de 1993. (...) Así pues, al contrato ahora cuestionado le resultaba aplicable el Código de Minas Vigente para esa época, contenido en el Decreto-ley 2655 de diciembre 23 de 1988 (...) Ahora bien, dado que este Código no hizo una referencia expresa al tema de las causales de nulidad absoluta de los contratos mineros, se trata de examinar cuáles serán entonces las reglas aplicables en ese caso concreto. Para el Tribunal Administrativo a quo, ante el vacío normativo, debían aplicarse las causales de nulidad absoluta consagradas en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, en tanto se trataba de un contrato estatal de régimen especial; no obstante, para la Sala esta asimilación no resulta acertada, por cuanto, como antes se dijo, el tema es objeto de reserva de ley y no se encuentra fundamento normativo alguno que permita acudir a tal ordenamiento, dado que según prescribe el ya citado artículo 61 del Decreto-ley 2655 de 1988 “Los contratos mineros de concesión (...) se regulan íntegramente por las normas señaladas en este Código”. Resulta oportuno destacar que la ausencia de regulación especial acerca de esta materia no autoriza al juez administrativo a acudir, de manera indistinta y a su arbitrio a las disposiciones contenidas en la Ley 80 de 1993, o en las normas civiles o comerciales y, en este caso, debe tenerse como regla que a la aplicación de los preceptos mercantiles habrá de acudirse cuando el respectivo acto sea también mercantil para alguna de las partes, con lo cual se cumple la directriz consagrada en el artículo 22 del C. de Co. En esa dirección, ha de concluirse entonces que si el respectivo acto puede catalogarse como civil para las partes del correspondiente contrato, han de consultarse las disposiciones del Código Civil y sólo en ausencia de regulación expresa sobre la materia específica dentro de ese cuerpo normativo, en cumplimiento de los mandatos consagrados en el artículo 8 de la Ley 153 de 1887, será posible acudir a las normas de carácter comercial. Así pues, en este caso, dado que el contrato fue celebrado con una sociedad de carácter comercial –Cementos Diamante S.A.- se debe acudir a las normas previstas en el estatuto mercantil, concretamente a las previsiones del artículo 899.

FUENTE FORMAL: DECRETO - LEY 2655 DE DICIEMBRE 23 DE 1988 - ARTICULO 61 / LEY 80 DE 1993 / CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 22 / CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 899 / LEY 153 DE 1987 - ARTICULO 8

IMPACTO AMBIENTAL - Declaración. Exigencia

La Sala que si bien en el contrato no se hizo mención expresa acerca del cumplimiento con la declaración del impacto ambiental, sí se observa que en el mismo se hizo referencia al cumplimiento de las obligaciones previstas en los artículos anteriores, entre los cuales se encontraba el informe del impacto ambiental; así pues considera la Sala que no se acreditó en este proceso que la sociedad contratista no hubiere cumplido con este requisito, dado que no se desvirtuó la afirmación contenida en el aparte del contrato antes transcrito.

LICENCIA AMBIENTAL - Exigibilidad. Requisito de ejecución que su no expedición no invalida el negocio jurídico

La Sala que para la época de celebración del contrato la licencia ambiental constituía un requisito para su ejecución y no se trataba de un requisito para otorgarle valor jurídico al mismo y, por esa razón, en el evento de que no se contase con la licencia ambiental no se afectaba la validez del negocio jurídico celebrado, simplemente éste resultaba inejecutable, por lo cual la falta de este requisito no puede acarrear la nulidad absoluta del contrato.

COSTAS - No condena

El Tribunal Administrativo a quo condenó en costas a la entidad pública demandada, no obstante, dado que para el momento en que se dicta el presente fallo el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y, en el *sub lite*, ninguna actuó de esa forma, en el presente asunto no habrá lugar a imponerlas.

FUENTE FORMAL: LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 55 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 171

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION A

Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON

Bogotá D.C., febrero veintitrés (23) de dos mil once (2012)

Radicación número: 25000-23-26-000-1997-04173-01(18929)

Actor: GERMAN CAVELIER GAVIRIA

Demandado: MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA - SOCIEDAD CEMENTOS DIAMANTE

Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACION SENTENCIA)

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por el Ministerio de Minas y Energía, en contra la sentencia de febrero veinticinco (25) de 2000, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, mediante la cual se dispuso:

“PRIMERO: Decláranse no probadas las excepciones propuestas.

“SEGUNDO: Declárase la nulidad absoluta del Contrato de Concesión para Mediana Minería de fecha 26 de marzo de 1996, suscrito entre la NACION

COLOMBIANA-Ministerio de Minas y Energía- y la Sociedad CEMENTOS DIAMANTE S.A.

“TERCERO: Ordénase la cancelación de la inscripción en el Registro Minero del mencionado Contrato.

“CUARTO.- Condénase en costas a la parte demandada. Por la Secretaría tásense”

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.

El día 29 de mayo de 1997 el ciudadano Germán Cavelier Gaviria, por intermedio de apoderado, en ejercicio de la acción de controversias contractuales, formuló demanda con el fin de obtener las siguientes declaraciones y condenas¹:

“2.1 Que se decrete la nulidad absoluta del contrato de concesión para mediana minería, N° 16223, celebrado entre el Ministerio de Minas y Energía y la sociedad CEMENTOS DIAMANTE S.A., el día 26 de marzo de 1996.

“Que como consecuencia de lo anterior se ordene al Ministro de Minas y Energía, Señor Rodrigo VILLAMIZAR ALVARGONZALES, dar por terminado el contrato de concesión N° 16233, y cancelar el registro minero correspondiente”

2. Los hechos.

En el escrito de demanda, en síntesis, la parte actora narró los siguientes hechos:

1. Que mediante la Resolución distinguida con el número 5-2777 de diciembre 10 de 1992, confirmada por la número 5-1094 de marzo 10 de 1993, el Ministerio de Minas y Energía, previa solicitud, concedió a la sociedad Cementos Diamante S.A., la licencia No 16223 para la exploración de materiales de construcción, sin el lleno de los requisitos legales.

2. Que con base en la licencia de exploración número 16223, el 26 de marzo de 1996 se celebró el contrato de concesión para mediana minera entre el Ministerio de Minas y Energía y la sociedad Cementos Diamante S.A.

3. Que el 28 de junio de 1993 -fecha anterior a la celebración del contrato de concesión pero posterior al otorgamiento de la licencia No 16223- el señor Cavelier Gaviria, mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, demandó ante el Consejo de Estado las Resoluciones números 5-2777 y 5-1094 emanadas del Ministerio de Minas y Energía.

4. Que el 22 de abril de 1996 el Consejo de Estado declaró la nulidad de las resoluciones demandadas.

5. Que en vista de que los actos administrativos que dieron origen al contrato de concesión minera número 16223 fueron declarados nulos mediante sentencia de abril 22 de 1996, el ahora demandante solicitó al Ministerio de Minas y Energía que lo diera por terminado por cuanto se configuraba una de las situaciones previstas en el artículo 45 de la Ley 80 de 1993.

¹ Folios 1 a 11 cuaderno 1

6. Que a pesar de lo anterior, hasta la fecha en la cual se presentó la demanda, el Ministerio de Minas y Energía aún no había dado por terminado el contrato concesión minera No 16223.

3. Normas violadas y concepto de la violación.

Sostuvo el demandante que el contrato de concesión número 16223 se encuentra viciado de nulidad, en virtud de las previsiones contenidas en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, toda vez que el Consejo de Estado declaró la nulidad de las Resoluciones mediante las cuales se le otorgó a la sociedad Cementos Diamante S.A., la licencia de exploración minera y que además sirvieron de soporte para la suscripción del mismo.

A la anterior conclusión llegó el demandante tras haber citado las siguientes normas legales: el artículo 44 de la Ley 80 de 1993; las Resoluciones números 5-2777 y 5-1094, emanadas del Ministerio de Minas y Energía; los artículos 16, 61, 24 y 44 del Código de Minas vigente para la época de celebración del contrato; así como el contrato de concesión número 16223 de 1993 y la Sentencia del Consejo de Estado calendada el 22 de abril de 1996, mediante la cual fueron declaradas nulas las Resoluciones antes mencionadas.

4. Actuación procesal.

El 19 de junio de 1997 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, admitió la demanda² y confirmó la decisión mediante auto de febrero 26 de 1998³; en el mismo auto ordenó la notificación personal al Ministro de Minas y Energías, al Ministerio Público y a la sociedad Cementos Diamante S.A., en calidad de litis consorte necesaria, por tener interés directo en el proceso; también dispuso la providencia la fijación en lista para los fines previstos en el numeral 5º del artículo 207 del Código Contencioso Administrativo y reconoció personería adjetiva al apoderado de la parte demandante.

Revisado el expediente, la Sala advierte que la demanda se notificó personalmente al Ministerio Público⁴ y a Cementos Diamante S.A., el 28 de noviembre de 1997⁵ y al representante legal del Ministerio de Minas y Energía el 5 de noviembre de 1997⁶.

5. Contestación de la demanda por parte del litis consorte necesario, Cementos Diamante S.A.

La sociedad Cementos Diamante S.A., dio respuesta oportuna⁷ a la demanda presentada por el ciudadano Germán Cavelier, en la cual se opuso a las pretensiones de la demanda, aceptó los hechos y presentó las siguientes excepciones: **i)** Falta de competencia del Tribunal y **ii)** Falta de legitimación por

² Folio 20 cuaderno 1.

³ Folios 69 y 70 cuaderno 1.

⁴ Reverso folio 20 cuaderno 1.

⁵ Folio 24 a 32 cuaderno 1

⁶ Folio 23 cuaderno 1.

⁷ Folios 52 a 61 cuaderno 1.

activa.

Como fundamento de su oposición a las pretensiones sostuvo que el contrato de concesión No 16223 se celebró de conformidad con los dictados del Código de Minas vigente para la época, por el Decreto 2655 de 1988 y demás normas que le eran aplicables

Expresó que la causal de nulidad absoluta de los contratos estatales consagrada en el numeral 4 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993⁸, no le era aplicable al contrato de concesión demandado, razón por la cual la declaratoria de nulidad de las Resoluciones números 5-2777 y 5-1094 no implicaba la nulidad del contrato, toda vez que el artículo 76 de la Ley 80 de 1993 excepcionó la aplicación de esta Ley para los contratos de exploración y explotación de recursos naturales mineros y petroleros.

También sostuvo que en el evento de que el numeral 4 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 le fuese aplicable al mencionado contrato, no habría lugar a declarar su nulidad por cuanto la licencia de exploración minera constituye un acto administrativo autónomo e independiente del contrato y no uno que antecede a su celebración. Al respecto expresó lo siguiente:

“(...) es un acto administrativo autónomo que constituye por sí mismo un título minero completo que no se liga, en cuanto a su validez, al eventual contrato de concesión que no necesariamente deba nacer a la vida jurídica después de concedido y ejecutado aquel como un derecho principal y separado. (...)”

7. Contestación de la demanda por parte del Ministerio de Minas y Energía.

El demandado contestó oportunamente la demanda⁹, en cuyo escrito se opuso a las pretensiones, tuvo como ciertos todos los hechos y planteó la excepción de falta de legitimación por activa.

Consideró que la causal de nulidad establecida en el numeral 4 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 no le era aplicable a los contratos de concesión para la explotación de recursos naturales no renovables, por cuanto el artículo 76 de la misma Ley los excluyó de su regulación; asimismo sostuvo que la declaratoria de nulidad de las Resoluciones 5-2777 y 5-1094 no implicaba la nulidad del contrato, toda vez que la licencia de exploración minera era independiente de aquél.

Traslado de excepciones propuestas.

Mediante memorial obrante en folios 76 a 89 del primer cuaderno, la parte demandante se pronunció acerca de las excepciones propuestas por los demandados. En síntesis expresó lo siguiente:

Al referirse a la falta de legitimación en la causa por activa planteada por los demandados, insistió en que sí se encontraba legitimado para demandar la nulidad del contrato de concesión de la referencia, en virtud de que los artículos 44 y 45 de la Ley 80 de 1993 habilitan a cualquier tercero para ejercer esta acción sin la necesidad de *“(...) acreditar una legitimación más allá de la que la ley exige para el ejercicio de las acciones de nulidad.”*

⁸ “4o. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten;”

⁹ Folios 71 a 75 cuaderno 1.

Se opuso a la excepción de “*declinatoria de jurisdicción*” propuesta por Cementos Diamante, porque, en su criterio, ella no constituye en el proceso contencioso administrativo una excepción de mérito sino una causal de nulidad.

8. Decreto de pruebas.

A través de auto calendarado el 19 de noviembre de 1998¹⁰, se abrió el proceso a pruebas y se aceptaron como tales los documentos aportados con la demanda¹¹ y se ordenó que por Secretaría se librasen los oficios pedidos por la sociedad Cementos Diamante S.A.¹²

9. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público.

Mediante auto de noviembre 11 de 1999¹³, el Tribunal Administrativo a quo ordenó dar traslado a las partes y al agente del Ministerio Público para que presentasen sus respectivos alegatos de conclusión.

Tanto la parte demandante¹⁴ como la demandada¹⁵ presentaron sus alegatos en término, mientras que la sociedad Cementos Diamante S.A., y el Ministerio Público guardaron silencio.

9.1. Alegatos del demandante, Germán Cavelier Gaviria.

Se opuso a las excepciones de mérito planteadas por las demás partes del proceso.

Sostuvo que las causales de nulidad absoluta de los contratos estatales,

¹⁰ Folios 92 y 93 cuaderno 1.

¹¹ Cuaderno 2 folios 1 a 49

¹² Folio 60 cuaderno 1:

“5.1 Se oficie al Ministerio de Minas y Energía para que informe: a) Si en el área de la Concesión No 16223 de Cementos Diamante S.A., el concesionario ha dado formalmente la iniciación de las obras y trabajos de montaje, construcción y explotación; b) Si está pendiente de la tramitación de la correspondiente licencia ambiental el registro del contrato y la iniciación formal de la explotación.

“5.2. Se pida a la Secretaría de ese H. Tribunal agregue copia auténtica de la Sentencia de 31 de julio de 1995 y de la del H. Consejo de Estado de 16 de mayo de 1996, confirmatoria de la primera, que declaran la nulidad del Decreto 1677 de 31 de julio de 1990 de la Gobernación de Cundinamarca.

“5.3 Se solicite al Ministerio de Minas y Energía copia auténtica de la Resolución No 3-1364 de 3 de agosto de 1992, que declaró una zona como restringida para la minería en la región de Tabio, departamento de Cundinamarca.

“5.4 Se solicite al Ministerio de Minas y Energía informe si el área correspondiente al Contrato de Concesión No. 16233 de Cementos Diamante S.A., está fuera de la zona restringida para la minería señalada por la Resolución No 3-1364 de 3 de agosto de 1992.

“5.5 Se oficie a la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca C.A.R., para que informe si se halla en trámite la solicitud de Cementos Diamante S.A., para la licencia ambiental correspondiente al Contrato de Concesión No 16233 (Expediente No 13 457)”

¹³ Folio 102 cuaderno 1.

¹⁴ Folios 103 a 117 cuaderno 1.

¹⁵ Folios 118 a 133 cuaderno 1.

contenidas en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, sí le eran aplicables a los contratos de concesión minera y que la licencia de exploración no constituía un acto administrativo autónomo e independiente del contrato de concesión y que era un requisito previo a su celebración.

9.2 Alegatos del demandando, Ministerio de Minas y Energía.

La parte demandada sostuvo que si bien el Consejo de Estado declaró la nulidad de la licencia de exploración, contenida en las Resoluciones 5-2777 y 5-1094, en razón de que se vulneraba el Decreto número 01677, emanado de la Gobernación de Cundinamarca, este último Decreto fue declarado nulo posteriormente por la misma Corporación, por lo cual, en aplicación de la teoría de la *“Convalidación del Acto”*, la ilegalidad de dichas Resoluciones había desaparecido.

Anexo a sus alegatos copia simple de la sentencia de mayo 24 de 1999 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante la cual se resolvió desfavorablemente el recurso extraordinario de súplica interpuesto por el ahora demandante en contra de la sentencia de mayo 16 de 1999, proferida por la Sección Primera de esta Corporación, que confirmó la nulidad del Decreto 01677 de la Gobernación de Cundinamarca.

10. La sentencia impugnada.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, profirió sentencia - en el presente asunto- el 25 de febrero de 2000¹⁶, con aclaración de voto¹⁷ del Magistrado Juan Carlos Garzón Martínez, mediante la cual declaró no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada, accedió a las pretensiones de la demanda y condenó en costas al Ministerio de Minas y Energía.

En síntesis, expresó que la declaratoria de nulidad de las Resoluciones a través de las cuales se otorgó la licencia de exploración minera a la sociedad Cementos Diamante S.A., mediante sentencia de abril 22 de 1996 de esta Corporación, configuró la causal de nulidad absoluta de los contratos estatales contenida en el numeral 4 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993¹⁸, en el entendido de que dicha normativa sí le era aplicable a los contratos de concesión minera porque el código minero de la época no regulaba la validez de esos contratos y, en consecuencia, *“(...) en ausencia de legislación especial sobre la materia, ella se rige por las disposiciones que regulan lo atinente a la validez o legalidad de los Contratos del Estado y es la Ley 80 de 1993, precisamente, la que se ocupa de reglar tal temática”* y porque a partir de la interpretación del artículo 44 del código de minas de la época, se colige que el acto administrativo mediante el cual se otorga una licencia de exploración *“(...) sirve de fundamento al Contrato Minero de Concesión, (...)”*.

Asimismo, sostuvo el a quo que aún si se aceptara que al contrato celebrado no le resultaba aplicable el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, si se tenían en cuenta las prescripciones contenidas en la Ley 99 de 1993, también éste se encontraba afectado de nulidad absoluta por objeto ilícito - artículos 1741, 1523 y 1519 del Código Civil-, dada la ausencia tanto de los estudios ambientales como de la

¹⁶ Folios 135 a 147 cuaderno Consejo de Estado.

¹⁷ Folios 161 a 165 cuaderno Consejo de Estado

¹⁸, *“Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:....4. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten...”*,

licencia ambiental, los cuales, según el Tribunal, constituían un requisito legal para otorgarle valor jurídico al contrato de concesión minera, en consideración a su naturaleza.

Afirmó que además se vulneró el artículo 9º del Decreto-ley 2655 de 1988, en tanto se celebró el contrato en una zona de reserva paisajística, declarada por el Decreto Departamental número 1677 de 1990.

11. El recurso de apelación.

11.1. Inconforme con la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la parte demandada interpuso -en tiempo oportuno- recurso de apelación¹⁹, el cual fue concedido por *a quo*, mediante auto de mayo 6 de 2000.²⁰

11.2. Esta Corporación, por medio de auto calendado el 20 de octubre de 2000²¹, admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, quien lo sustentó en escrito obrante a folios 183 a 188; en síntesis, sostuvo lo siguiente:

i) Que el Tribunal Administrativo *a quo* al declarar nulo el contrato de concesión No 16223, mediante la sentencia apelada, debió haber considerado el concepto de *"purga de ilegalidad"* de las Resoluciones 5-2777 y 5-1094, como consecuencia de la nulidad del Decreto 1677 de la Gobernación de Cundinamarca, declarada por el Consejo de Estado²² mediante la Sentencia de mayo 24 de 1999, toda vez que para la fecha de su expedición, febrero 25 de 2000, ya se había anulado el mencionado Decreto y que debía tenerse presente que la violación del mencionado Decreto fue el motivo por el cual se sacaron del ordenamiento jurídico las Resoluciones números 5-2777 y 5-1094 mediante las cuales se otorgó la licencia de exploración minera.

ii) Que el Tribunal no debió haber declarado la nulidad con base en la falta de presentación del estudio de impacto ambiental antes del vencimiento de la licencia de exploración, por cuanto este aspecto no fue planteado en la demanda, además de que la sociedad demandada cumplió con todos los requisitos exigidos para celebrar el contrato, según se desprendía de los considerandos plasmados en el mismo.

iii) Que la falta de obtención de la licencia ambiental como requisito para la suscripción del contrato de concesión, argumento acogido por el Tribunal en la sentencia apelada, no es acertado porque *"(...) es indispensable resaltar que desde ningún punto de vista la Ley 99 de 1993 condicionó el otorgamiento de títulos mineros a la obtención de licencias ambientales (...)"*.

iv) Que en virtud de lo dispuesto por el artículo 76 de la Ley 80 de 1993, esta Ley y por ende su artículo 44, relativo a las causales de nulidad absoluta de los contratos, no le era aplicable al contrato demandado.

12. Actuación en segunda instancia.

¹⁹ Folio 167 cuaderno Consejo de Estado.

²⁰ Folio 172 cuaderno Consejo de Estado.

²¹ Folio 189 cuaderno Consejo de Estado.

²² Sentencia que resolvió el recurso extraordinario de súplica interpuesto por el ahora demandante en contra de las sentencias que decretaron la nulidad del Decreto 1677 de julio 31.

12.1. Esta Corporación, por medio de auto proferido el 19 de enero de 2001²³, corrió traslado a las partes para que presentasen sus alegaciones finales y al Ministerio Público para que rindiese su concepto.

12.1.2. En el escrito contentivo de los alegatos de conclusión²⁴, el demandante se opuso a los cargos planteados por la demandada en su recurso de apelación, a saber: **i)** manifestó su desacuerdo con la propuesta de “*purga de la ilegalidad*” del contrato de concesión número 16223, por haber sido declarada la nulidad del Decreto 1677 de la Gobernación de Cundinamarca, en tanto su nulidad fue posterior a la sentencia mediante la cual el Consejo de Estado anuló las Resoluciones 5-2777 y 5-1094; **ii)** reiteró que la causal de nulidad contenida en el numeral 4 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, sí le era aplicable al contrato de la referencia, por cuanto las Resoluciones 5-2777 y 5-1094, mediante las cuales se otorgó la licencia de explotación minera, se constituyeron en actos administrativos que dieron origen al contrato de concesión número 16223; **iii)** expresó que la aplicación del régimen de nulidades del Código Civil hecha por el Tribunal a quo al contrato objeto de discusión, sí fue acertada porque “(...) *la aplicación de dichas normas son válidas (sic) en la medida de que se acepte la tesis de que los contratos mineros no son objeto del control de legalidad establecido en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, evento en el cual entra a operar la primera parte del artículo 44 de la ley 80 de 1993.*”; **iv)** sostuvo que la no obtención de la licencia ambiental, como razón adicional para declarar la nulidad del contrato de concesión, fue acertada en la medida en que la normativa exigía que para la suscripción de contratos de concesión se debía obtener licencia ambiental previa presentación de una “*declaración de impacto ambiental*”.

12.1.3. El Ministerio Público rindió su concepto el 20 de abril de 2001, en el cual solicitó la confirmación de la decisión proferida en la primera instancia, con base en argumentos coincidentes con los expuestos por el Tribunal Administrativo a quo.²⁵

II. CONSIDERACIONES :

Para adelantar el estudio de los distintos temas que constituyen materia de la litis, se avanzará en el siguiente orden: 1) Competencia del Consejo de Estado; 2) Las pruebas aportadas al proceso; 3) El régimen jurídico del contrato y la legitimación en la causa; 4) Causales de nulidad absoluta aplicables al contrato celebrado; 5) El caso concreto.

1. Competencia del Consejo de Estado para conocer del asunto.

El contrato de concesión para mediana minería fue celebrado entre la Nación Colombiana-Ministerio de Minas y Energía y la sociedad Cementos Diamante S.A., el día 26 de marzo de 1996.

²³ Folio 206 cuaderno Consejo de Estado.

²⁴ Folio 207 a 215 cuaderno Consejo de Estado.

²⁵ Folios 216 a 231 cuaderno Consejo de Estado-.

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación en virtud de lo dispuesto por el artículo 75²⁶ de la Ley 80, expedida en el año de 1993, el cual prescribe, expresamente, que la competente para conocer de las controversias generadas en los contratos celebrados por las entidades estatales es la Jurisdicción Contencioso Administrativa, por cuanto, para los efectos de dicha Ley, tanto la Nación Colombiana como el Ministerio de Minas y Energía tienen el carácter de entidades estatales.²⁷

Al respecto, la Jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la naturaleza del contrato no depende de su régimen jurídico, puesto que según las normas legales vigentes, por cuya virtud se acogió un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, hay lugar a concluir que deben considerarse contratos estatales aquellos que celebren las entidades que participan de esa misma naturaleza. En este sentido se ha pronunciado esta Sala:

“De este modo, son contratos estatales ‘todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales’, y estos últimos, donde encajan los que celebran las empresas oficiales que prestan servicios públicos domiciliarios, son objeto de control por parte del juez administrativo, caso en el cual las normas procesales aplicables a los trámites que ante éste se surtan no podrán ser otras que las del derecho administrativo y las que en particular existan para este tipo de procedimientos, sin que incida la normatividad sustantiva que se le aplique a los contratos.”²⁸ (Negrilla fuera del texto)

De conformidad con lo anterior, se tiene entonces que en el marco del ordenamiento vigente la determinación de la naturaleza jurídica de los contratos radica en el análisis particular de cada entidad, pues la naturaleza de ésta definirá, directamente, la del contrato que ha celebrado.

Así pues, adquiere relevancia en este punto la naturaleza de cada entidad, por lo cual si se considera que determinado ente es estatal, por contera habrá de concluirse que los contratos que la misma celebre deberán tenerse como estatales, sin importar el régimen legal que les deba ser aplicable.

²⁶ Artículo 75, Ley 80 de 1993. “Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa.”

²⁷ Se aplica el artículo 75 considerando que las normas procesales son de aplicación inmediata sin importar, como ocurre en el caso concreto, que al contrato no le resulte aplicable la Ley 80 de 1993, teniendo en cuenta que la demanda fue presentada el día 29 de mayo de 1997, esto es luego de haber entrado en vigencia esta Ley. Al respecto, el Consejo de Estado ha sostenido:

“Es decir, como bien lo ha manifestado la jurisprudencia de esta Corporación, después de entrar en vigencia la Ley 80 de 1993 (...), no hay lugar a discutir la naturaleza del contrato celebrado por una entidad estatal - si lo es administrativo o de derecho privado-, para determinar la jurisdicción a la cual compete el juzgamiento de las controversias que de él se deriven, pues es suficiente con que el contrato haya sido celebrado por una entidad estatal, como en el caso que aquí se estudia, para que su juzgamiento corresponda a esta jurisdicción, como expresamente lo dispone el artículo 75 (...).” (CONSEJO DE ESTADO. Sala Contencioso Administrativa. Sección Tercera. Sentencia de diciembre 3 de 2007. Exp. 24.710. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.)

²⁸ Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Auto de 20 de agosto de 1998. Exp. 14.202. C. P. Juan de Dios Montes Hernández. Esta posición ha sido expuesta en otros fallos, entre los cuales se encuentra la sentencia de 20 de abril de 2005, Exp: 14519; Auto de 7 de octubre de 2004. Exp. 2675.

Esta afirmación encuentra soporte legal en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, disposición que al tratar de definir los contratos estatales adoptó un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, apartándose así de cualquier juicio funcional o referido al régimen jurídico aplicable a la parte sustantiva del contrato:

“Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación (...)”²⁹

Adicionalmente, el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, que a su vez fue modificado por el artículo 1 de la Ley 1107 de 2006, prescribe que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas.

En efecto, el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por la Ley 1107 de 2007, define el objeto de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en los siguientes términos:

“Artículo 1°. El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, quedará así:

“Artículo 82. Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.

“Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de Gobierno.

²⁹ Según este artículo, son contratos estatales aquellos celebrados por las entidades descritas en el artículo 2° de la Ley 80 de 1993, el cual dispone:

“Para los solos efectos de esta ley:

“1o. Se denominan entidades estatales:

*“a) **La Nación**, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.*

*“b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, **los ministerios**, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos.*

“(...)”

“La jurisdicción de lo contencioso administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley. Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, no tendrán control jurisdiccional”. (Negrillas fuera de texto)

“Artículo 2. Derógase el artículo 30 de la Ley 446 de 1998 y las demás normas que le sean contrarias.

“Parágrafo. Sin perjuicio de lo previsto en el presente artículo, se mantiene la vigencia en materia de competencia, de las Leyes 142 de 1994, 689 de 2001 y 712 de 2001.” (Negrillas fuera de texto)

La norma legal transcrita, al definir el objeto de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, determinó que a la misma le compete *“juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas”*, en lugar de *“juzgar las controversias y litigios administrativos”*, como disponía el anterior artículo 82 del Código Contencioso Administrativo.

Respecto de su alcance se pronunció la Sala mediante auto de febrero 8 de 2007, radicación 30.903, en el cual, a propósito de los asuntos que interesan al caso que aquí se examina, señaló:

“A manera de síntesis, puede resumirse la nueva estructura de competencias de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con la entrada en vigencia de la ley 1.107 de 2006, de la siguiente manera:

“i) Debe conocer de las controversias y litigios precontractuales y contractuales en los que intervenga una entidad pública, sin importar su naturaleza, ni el régimen jurídico aplicable al contrato, ni el objeto del mismo.

“(…)”

2. Las pruebas aportadas al proceso.

De conformidad con las prescripciones contenidas en el artículo 168 del Código Contencioso Administrativo³⁰ y en los artículos 252, 253 y 254 del C. de P. C., los siguientes documentos, debidamente decretados como pruebas, se allegaron al proceso en original o en copia auténtica, razón por la cual serán valorados como pruebas válidas:

2.1. Certificado de existencia y representación legal de la sociedad Cementos Diamante S.A., expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá (fl. 12 a 17 y 33 a 34 C1).

2.2. Resolución número 5-2777 de 10 de diciembre de 1.992, proferida por el Ministerio de Minas y Energía, por medio de la cual se otorgó a la sociedad

³⁰ Artículo 168, C.C.A.: *“PRUEBAS ADMISIBLES. En los procesos ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo se aplicarán en cuanto resulten compatibles con las normas de este Código, las del Procedimiento Civil en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración.”*

Cementos Diamante S.A., la Licencia número 16223 para la exploración técnica de un yacimiento de materiales de construcción, ubicado en jurisdicción del municipio de Tabio, departamento de Cundinamarca, con una extensión superficial de 104 hectáreas y 1824 M2 y una duración de dos años, contados a partir de la fecha de su registro, prorrogables por uno más años, a solicitud de la interesada; al vencerse cada año de vigencia de la Licencia, la beneficiaria debía presentar un resumen del programa de exploración ejecutado, las inversiones realizadas y los resultados obtenidos, así como un resumen del programa de obras y trabajos a adelantarse en la anualidad siguiente; al vencerse el período de exploración o el de su prórroga, la beneficiaria debía presentar el informe final de exploración, el programa de trabajos e inversiones, la delimitación de la zona escogida para adelantar las obras y los trabajos de explotación y la declaración del impacto ambiental; la titular de la Licencia debía tomar las medidas pertinentes para la conservación y la protección de la Zona Paisajística, declarada por el Decreto No. 1677 de 1.990. (fls. 1 a 4 C No. 2).

2.3. Resolución número 5-1094 de 10 de marzo de 1.993, emanada del Ministerio de Minas y Energía, mediante la cual se resolvió un recurso de reposición interpuesto por el señor Germán Cavelier, contra la Resolución No. 5-277 de 10 de diciembre de 1.992, confirmándola en todas sus partes (fls. 5 a 9 C2).

2.4. Contrato de Concesión para mediana minería, suscrito el 26 de marzo de 1.996 entre la Nación Colombiana-Ministerio de Minas y Energía- y la sociedad Cementos Diamante S.A., en cuyo encabezamiento se hace constar que la Concesionaria es titular de la Licencia de Exploración No. 16223, que el Ministerio aprobó los informes a que hace relación el artículo 39 del Código de Minas, que el proyecto fue calificado como de mediana minería y que la beneficiaria de la Licencia de Exploración cumplió con las obligaciones a su cargo, de conformidad con el artículo 44 del mismo Código.

El objeto del Contrato consiste en la explotación y apropiación por la Concesionaria del mineral "*Materiales de Construcción*", con un mínimo anual de explotación de 84.000 metros cúbicos que se encuentran en la zona que el mismo Contrato identifica, así como los que se hallen asociados o en liga íntima o resultaren como subproductos de la explotación, excluyendo los minerales radiactivos y sus subproductos, el carbón, la sal gema y las piedras preciosas y semipreciosas; el área de la explotación es la misma señalada en la Licencia de Exploración, con la delimitación que allí se indica; la duración del Contrato es de 30 años, contados a partir de su inscripción en el Registro Minero.

Se señala en el contrato una serie de obligaciones a cargo de la concesionaria, relacionadas con aspectos de orden técnico de la explotación, con el pago de las regalías a las respectivas entidades, así como los impuestos y las participaciones, de conformidad con la Ley 141 de 1.994; el contrato también hace referencia a la facultad de la Concedente para imponer multas, declarar la caducidad del Contrato y su reversión y a las garantías que deben otorgarse a cargo de la Concesionaria; se anotó en el documento que la ejecución del Contrato requiere de la licencia ambiental y de la inscripción del título en el Registro Minero, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1º del Decreto No. 501 del 24 de marzo de 1.995 (fls. 10 a 17 C. No. 2).

2.5. Sentencia de esta Corporación, calendada el 22 de abril de 1996 -Expediente No. 8616, Actor: Germán Cavelier Gaviria-, mediante la cual se declara la nulidad de las Resoluciones Nos. 5-2777 de diciembre 10 de 1.992 y 5-1094 de 10 de marzo de 1.993 y se niega la pretensión, que a manera de restablecimiento del

derecho, se dirigió a que se ordenara el Ministerio de Minas y Energía que en lo sucesivo no se admitiera ni se concedieran licencias de exploración ni de explotación en la zona a que se referían tales Resoluciones. Se sostiene en la providencia que para la expedición de la Licencia No. 16223 no se hicieron los estudios previos acerca del impacto ambiental y ecológico que podría darse sobre el área correspondiente, como tampoco sobre el potencial, las reservas, la conservación y la restauración de los recursos naturales existentes en el área referida, ni se adelantaron los estudios encaminados a establecer los posibles daños que sobre el paisaje podrían ocasionarse.

Se sostiene en la sentencia que el Ministerio de Minas, en busca de ajustarse a las disposiciones legales, practicó en marzo y en octubre de 1993 visitas de seguimiento minero ambiental al municipio de Tabio, cuyos informes de visitas *“resultaban inadecuados e impertinentes (...) para proponerlos como respaldo de las Resoluciones del Ministerio de Minas y Energía, cuya nulidad se pretende en este proceso”*.

También se afirma que en relación con las explotaciones de materiales de construcción en el municipio de Tabio, el día 8 de junio de 1993, INGEOMINAS emitió concepto y recomendó, entre otros aspectos, que se debía contar con *“un conocimiento adecuado de las características físico-mecánicas de los materiales allí acumulados. Debe lograrse un plan de manejo integral de esta industria, basado en el conocimiento del ambiente y del depósito, los usos y las expectativas de la comunidad...”*.

Se sostiene en la providencia que el Ministerio de Minas y Energía hizo caso omiso tanto de las normas del Código Minero, como del Decreto Departamental, pues no hubo restricción al otorgar la licencia sobre una superficie de 104 hectáreas y 1.824 metros cuadrados, a pesar de conocer que por un Decreto Departamental la cuenca superior del río Frío era zona restringida para la minería y expidió una licencia de exploración, sin agotar previamente los estudios sobre la proyección de la actividad minera en el medio ambiente, el paisaje la agricultura y la ganadería de la región.

Se expresa en la Sentencia que las disposiciones contenidas en la Ley 23 de 1.973 y en el Código de Recursos Naturales –Decreto 2811 de 1.974- no fueron estrictamente acatadas al expedir las Resoluciones demandadas, por cuanto se requería de un estudio ambiental y ecológico previo a la obtención de la licencia y que, además, constituía un derecho de la comunidad el disfrutar de paisajes urbanos y rurales que contribuyeran a su bienestar físico y espiritual (fls. 18 a 48 C2).

2.6. Certificación calendada el 19 de octubre de 1999, emanada de la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca, en la cual se hace constar que ante esa entidad se radicó solicitud de Licencia Ambiental, por parte de la sociedad Cementos Diamante S.A., para el desarrollo del proyecto de explotación de materiales de construcción en el municipio de Tabio –departamento de Cundinamarca-, en desarrollo del Contrato de Explotación número 16.223; se expresa en el certificado que las diligencias fueron remitidas a esa regional en el mes de abril, con ocasión del Programa de Descentralización Administrativa y que se procedió a iniciar el trámite administrativo correspondiente, el cual a la fecha de la comunicación se encontraba activo (fl. 52 C2).

3. Régimen jurídico del contrato y la legitimación en la causa.

El Contrato de Concesión para mediana minería fue suscrito el 26 de marzo de 1996 entre la Nación Colombiana-Ministerio de Minas y Energía- y la sociedad Cementos Diamante S.A., época para la cual se encontraba vigente la Ley 80, expedida en el año de 1993, en cuyo artículo 76 se dispuso lo siguiente:

“Artículo. 76.—De los contratos de exploración y explotación de los recursos naturales. Los contratos de exploración y explotación de recursos naturales renovables y no renovables, así como los concernientes a la comercialización y demás actividades comerciales e industriales propias de las entidades estatales a las que correspondan las competencias para estos asuntos, continuarán rigiéndose por la legislación especial que les sea aplicable. Las entidades estatales dedicadas a dichas actividades determinarán en sus reglamentos internos el procedimiento de selección de los contratistas, las cláusulas excepcionales que podrán pactarse, las cuantías y los trámites a que deben sujetarse.

“Los procedimientos que adopten las mencionadas entidades estatales, desarrollarán el deber de selección objetiva y los principios de transparencia, economía y responsabilidad establecidos en esta ley.

“En ningún caso habrá lugar a aprobaciones o revisiones administrativas por parte del Consejo de Ministros, el Consejo de Estado ni de los Tribunales Administrativos.”

De conformidad con el contenido de la citada norma y tal como ha sido reconocido por la Jurisprudencia de la Corporación *“los contratos celebrados para el desarrollo de actividades de exploración y explotación minera de recursos naturales renovables y no renovables, no se encuentran sujetos al régimen previsto por el Estatuto de Contratación Estatal, por cuanto éste, de manera expresa, ha dispuesto que sean gobernados por la legislación especial que les es aplicable³¹, es decir, por el régimen minero”.*³²

La Sala de Consulta y Servicio Civil emitió concepto respecto del régimen aplicable y ha reconocido que a los contratos que tienen por objeto la exploración, explotación y comercialización de recursos naturales, así como a los demás contratos que celebren las entidades en cuyo objeto social figuran estas actividades, no les resulta aplicable la Ley 80 de 1993; en efecto, así se pronunció:

“La Corte Constitucional en Sentencia C-949 de 2001, al declarar exequible el artículo 76, en cuanto remite a los reglamentos internos la definición de los procedimientos de selección de los contratistas, las cláusulas excepcionales, las cuantías y los trámites a que deben sujetarse, manifestó:

‘No ve la Corte como pueda prosperar el cargo relativo a la supuesta inconstitucionalidad del artículo 76 de la ley 80 de 1993, por violación de la unidad del Estatuto Contractual cuando está claramente establecido que el propósito del constituyente al autorizar la expedición de un estatuto general de contratación estatal en los términos del artículo 150 de la Carta, no acarrea el deber para el legislador de adoptar en un solo cuerpo normativo que condensara en forma exclusiva toda la legislación existente en este campo.

³¹ Original de la Sentencia en cita: Así lo ordenaba el Parágrafo del artículo 16 del Decreto-ley 222 de 1983 y también lo establece actualmente el artículo 76 de la Ley 80 de 1993.

³² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de agosto 13 de 2008, Expediente 34594, C.P. Myriam Guerrero de Escobar.

‘Tampoco encuentra reparo alguno de constitucionalidad a la facultad de las entidades dedicadas a desarrollar la exploración y explotación de recursos naturales y demás actividades enunciadas en la norma bajo análisis, de determinar en sus reglamentos internos el procedimiento de selección de los contratistas, las cláusulas excepcionales, las cuantías y los trámites que deben sujetar la celebración de los contratos correspondientes, puesto que simplemente se trata de desarrollar el deber de selección objetiva replicando en dichos reglamentos los principios de transparencia, economía y responsabilidad que están consagrados en la ley 80 de 1993, determinación que además es congruente con la autonomía administrativa que la ley les atribuye para el cabal desempeño de la gestión que les ha sido encomendada por la ley.(...)

“La Sala comparte el pronunciamiento de la Corte Constitucional transcrito, pues encuentra que el artículo 76 de la misma, más allá de consagrar el régimen aplicable a los contratos que celebren las entidades encargadas de la exploración, explotación y comercialización de los recursos naturales renovables y no renovables, las autoriza a expedir un reglamento interno que regule el procedimiento de selección, cláusulas excepcionales, cuantías y trámites, que deba adelantar la empresa o entidad en desarrollo de su objeto social.

“(...)

“Los procedimientos que se adopten por las entidades estatales competentes, en los términos del artículo 76 de la ley 80, deben desarrollar, como lo afirma la Corte Constitucional en la sentencia C-949 de 2001, el deber de selección objetiva y los principios consignados en la ley 80 de 1993 con el fin de que le permita contar con mecanismos adecuados para competir en el mercado en igualdad de oportunidades frente a los demás agentes económicos, se insiste, dando cumplimiento a los principios sin sacrificar su eficiencia.

“Hace notar la Sala que la facultad del artículo 76 que se analiza no consiste en reglamentar los artículos 24 a 30 de la ley 80 de 1993. Se está en presencia de una atribución especial derivada de la “autonomía administrativa que la ley les atribuye para el cabal desempeño de la gestión que les ha sido encomendada” según lo expuso con toda claridad la Corte Constitucional en la sentencia citada, que le permite dictar sus propios procedimientos de selección de contratistas, los trámites, las cuantías y las cláusulas excepcionales que se puedan aplicar, cumpliendo los principios, para obtener los resultados económicos queridos por el legislador.

“En cuanto al contenido de los contratos y las reglas aplicables en el aspecto sustantivo de los mismos, han de aplicarse los artículos 13 y 40 de la ley 80 de 1993, según los cuales los contratos “se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo las materias particularmente reguladas en la ley” y las estipulaciones “serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, le “correspondan a su esencia y naturaleza”.³³

También se resaltan, en apoyo a la no aplicación del Estatuto General de Contratación, contenido en la Ley 80 de 1993, las palabras mediante las cuales el Gobierno Nacional llamó la atención del legislador sobre la importancia de sustraer

³³ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de septiembre 8 de 2005, Expediente 1667, C.P. Enrique José Arboleda.

del régimen general previsto en el proyecto de ley, los contratos a través de los cuales las entidades estatales actuaran en competencia con los particulares:

“El objeto de la actividad de dichas entidades, así como el hecho de que actúan en competencia con los particulares, determina la necesidad de dotarlas de mayor flexibilidad y autonomía en el campo de la gestión contractual frente a los otros entes estatales, con el propósito de facilitar la cabal realización de sus objetivos, dentro de un marco de acción que no implique desventaja en términos de eficiencia, competencia y agilidad, frente a las condiciones en que los particulares cumplen o desarrollan actividades similares.

“(…)

“La inconveniencia de aplicar el artículo 24 de las empresas industriales y comerciales del Estado y a las sociedades de economía mixta se manifiesta también cuando éstas entidades deben adquirir o vender bienes en mercados internacionales, pues estas negociaciones no son compatibles con la estructura de los procesos de selección establecida por el proyecto de ley. Esta situación particularmente se manifiesta en relación con aquellas empresas que cumplen actividades en el sector de los recursos no renovables.”³⁴

Así pues, al contrato ahora cuestionado le resultaba aplicable el Código de Minas Vigente para esa época, contenido en el Decreto-ley 2655 de diciembre 23 de 1988³⁵, así como por la Ley 99 de 1993 -*“Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones-*

De conformidad con el contenido de los artículos 56 y 57 del Decreto ley - 2655 de 1988³⁶, el negocio jurídico celebrado entre La Nación-Ministerio de Minas y Energía y la sociedad Cementos Diamante S.A., tenía el carácter de contrato minero; asimismo, según las prescripciones del artículo 61 de la misma codificación *“Los contratos de concesión son administrativos y se regulan íntegramente por las normas señaladas en este Código”*.

Ahora, si bien al contrato de concesión minera no le resulta aplicable la Ley 80 de 1993, bueno es precisar que para la época en la cual se presentó la demanda el

³⁴ Gaceta del Congreso No. 296 de 1993.

³⁵ Este estatuto fue derogado expresamente por la Ley 685 de 15 de agosto de 2001, por la cual se expidió un nuevo Código Minero (art. 361).

³⁶ Ello se desprende de lo previsto en los artículos 56 y 57 de este decreto a cuyo tenor: *“Artículo 56. CONTRATOS MINEROS. Son contratos mineros los que crean derechos y obligaciones cuyo objeto principal es la exploración, montaje de minas, explotación, y beneficio de minerales. Estos contratos, además de los requisitos que deben llenar por razón de su clase y naturaleza, deberán inscribirse en el Registro Minero.”*;

“Artículo 57. CLASES DE CONTRATOS MINEROS. Por la naturaleza de la entidad contratante y la forma y condiciones a que están sujetos, habrá dos clases de contratos mineros: Los de concesión, celebrados por el Ministerio de Minas y Energía y los de cualesquiera otras denominaciones y forma, celebrados por las entidades descentralizadas, adscritas o vinculadas a ese despacho, y cuyas materias se refieran a lo dispuesto en el artículo anterior.”

texto vigente del artículo 87 del C.C.A.³⁷ permitía que la nulidad absoluta del contrato pudiera ser alegada por las partes, por el agente del Ministerio Público o por cualquier persona, en virtud de lo dispuesto por el artículo 45 de la misma Ley 80 -por medio del cual se modificó en este punto el mencionado artículo 87-, luego, en este caso, el actor se encontraba legitimado en la causa para solicitar la nulidad absoluta del contrato celebrado entre la Nación-Ministerio de Minas y Energía y la sociedad Cementos Diamante S.A., sin necesidad de acreditar el interés que le asistía.

4. Causales de nulidad absoluta, aplicables al contrato cuestionado.

En principio es evidente que tanto los actos como los contratos gozan de validez en tanto se ajusten al ordenamiento jurídico; no obstante, los mismos pueden encontrarse viciados de nulidad cuando se presenta la falta de algún requisito prescrito por el ordenamiento jurídico para otorgarles valor como tales, pero no cualquier transgresión acarrea la nulidad de los mismos, pues sólo la generan aquellas irregularidades señaladas expresamente por el legislador, pues este asunto constituye una reserva de ley, en tanto sólo el legislador se encuentra facultado para establecer tales causales³⁸. Sobre este tema se ha pronunciado la Corporación³⁹:

“[L]a jurisprudencia y la doctrina han establecido que la determinación de los vicios que afectan a los actos jurídicos, como la nulidad de un contrato, por ejemplo, gozan de reserva de ley, debido a que la libertad negocial hace parte de la libertad de acción, la cual sólo puede ser restringida por la Constitución o la ley, de modo que no es posible que otro tipo de normas creen causales constitutivas de vicios de los actos jurídicos, pues se trata de una afectación a la libertad negocial”⁴⁰

Asimismo se destaca que las disposiciones que integran el régimen de las nulidades ameritan una interpretación restrictiva, teniendo en cuenta los precisos y claros términos que utilizan las normas legales que las consagran.

³⁷ Al respecto, es necesario tener en cuenta que el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo fue modificado por la Ley 446 de 1998 y según su tenor actual, la nulidad absoluta del contrato puede ser pedida por el Ministerio Público “...o cualquier tercero que acredite un interés directo ...”.

³⁸ Sobre este tema ver Consulta del Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente 28010 de marzo 22 de 2007. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

³⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 16 de agosto de 2006, Exp. 31480, M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

⁴⁰ Cita original del Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de agosto 16 de 2007, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez: *“En este sentido se expresa Guillermo Ospina Fernández, quien dice que cuando un acto reúne los elementos esenciales de todo acto jurídico, la ley lo reconoce como una de esas manifestaciones de la voluntad privada jurídicamente eficaces “Pero la concesión de esta visa no es incondicional ni irrevocable, sino que su conservación está sujeta a que el acto cumpla además otros requisitos específicos que la ley prescribe con miras a la preservación del orden público y a la protección de los terceros y aún de los mismos agentes. Tales son los requisitos para el valor de los actos jurídicos a que se refiere el artículo 1740 del código civil, y cuya nulidad de tales actos, sanción que los condena a ser privados de la eficacia normativa que la ley, en principio, atribuye a las manifestaciones de voluntad privada. O dicho de otro modo: la nulidad es la descalificación que el propio legislador decreta cuando la llamada ley contractual o ley particular incurre en quebranto de normas de jerarquía superior. (Teoría general del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos, editorial Temis, Bogotá, 1995, cuarta edición, pág. 445)”*.

Como antes se mencionó, al contrato ahora cuestionado le resultan aplicables las normas contenidas en el Código de Minas vigente para la época de celebración del contrato –Decreto-ley 2655 de 1998-.

Ahora bien, dado que este Código no hizo una referencia expresa al tema de las causales de nulidad absoluta de los contratos mineros, se trata de examinar cuáles serán entonces las reglas aplicables en ese caso concreto.

Para el Tribunal Administrativo a quo, ante el vacío normativo, debían aplicarse las causales de nulidad absoluta consagradas en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, en tanto se trataba de un contrato estatal de régimen especial; no obstante, para la Sala esta asimilación no resulta acertada, por cuanto, como antes se dijo, el tema es objeto de reserva de ley y no se encuentra fundamento normativo alguno que permita acudir a tal ordenamiento, dado que según prescribe el ya citado artículo 61 del Decreto-ley 2655 de 1988 *“Los contratos mineros de concesión (...) se regulan íntegramente por las normas señaladas en este Código”*.

Resulta oportuno destacar que la ausencia de regulación especial acerca de esta materia no autoriza al juez administrativo a acudir, de manera indistinta y a su arbitrio a las disposiciones contenidas en la Ley 80 de 1993, o en las normas civiles o comerciales y, en este caso, debe tenerse como regla que a la aplicación de los preceptos mercantiles habrá de acudirse cuando el respectivo acto sea también mercantil para alguna de las partes, con lo cual se cumple la directriz consagrada en el artículo 22 del C. de Co. En esa dirección, ha de concluirse entonces que si el respectivo acto puede catalogarse como civil para las partes del correspondiente contrato, han de consultarse las disposiciones del Código Civil y sólo en ausencia de regulación expresa sobre la materia específica dentro de ese cuerpo normativo, en cumplimiento de los mandatos consagrados en el artículo 8 de la Ley 153 de 1887, será posible acudir a las normas de carácter comercial.

Así pues, en este caso, dado que el contrato fue celebrado con una sociedad de carácter comercial –Cementos Diamante S.A.- se debe acudir a las normas previstas en el estatuto mercantil, concretamente a las previsiones del artículo 899, según las cuales, *“será nulo absolutamente el negocio jurídico en los siguientes casos:”*

- “1º) Cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa;*
- “2º) Cuando tenga causa u objeto ilícitos, y*
- “3º) Cuando se haya celebrado por persona absolutamente incapaz”.*

Ahora bien, para entender y determinar el sentido y el alcance de conceptos que resultan fundamentales para la estructuración de las causales de nulidad absoluta consagradas en el mencionado artículo 899 del C. de Co., obligatoriamente deberá acudirse al examen sistemático de las disposiciones pertinentes recogidas en el Código Civil pero incorporadas al régimen mercantil con la misma fuerza y preeminencia que corresponde a las normas que integran el propio Código de Comercio, por virtud del mandato consagrado en su artículo 822, a cuyo tenor y sin perjuicio de acatar las disposiciones mercantiles que regulen en sentido especial o diverso las materias de orden obligacional y contractual, *“... los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles”*.

5. El caso concreto.

El Tribunal Administrativo a quo, estimó que había lugar a declarar la nulidad absoluta del contrato, de conformidad con los siguientes argumentos:

5.1. En aplicación del numeral 4º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, consideró que la licencia de exploración constituía un acto previo, en el cual se fundamentaba el contrato de concesión.

Sea lo primero anotar que, como antes se expresó, al contrato en cuestión no le eran aplicables las normas contenidas en la Ley 80 de 1993, por lo cual no podría válidamente declararse su nulidad con base en esta norma legal, dado el carácter restrictivo de las disposiciones relativas tanto a la consagración como a la aplicación de las causales de nulidad absoluta, en tanto las mismas restringen la libertad negocial.

Encuentra la Sala que aún en el evento de que se aceptase que al contrato minero le resultare aplicable el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, habría que concluir que la Licencia de exploración⁴¹ constituye por sí misma un título minero, del cual no necesariamente dependen la celebración y la validez del contrato y si bien puede conceder el derecho a que con el cumplimiento de ciertos requisitos, una vez culminada, se otorgue la licencia de explotación o se celebre el contrato⁴², no tiene el carácter de acto precontractual preparatorio del contrato de concesión y bien puede ocurrir que, previa licencia, se adelante la exploración, ésta se culmine normalmente y no se celebre el contrato de concesión minera.

5.2. De manera oficiosa el Tribunal Administrativo a quo declaró la nulidad absoluta del contrato, en tanto consideró que se presentaba ilicitud del objeto por la ocurrencia de los siguientes vicios: **i)** se desconoció el artículo 9º del Decretoley 2655 de 1988; **ii)** se omitieron requisitos que la ley prescribe para el valor del contrato, en consideración a su naturaleza: **a)** no se efectuaron los estudios ecológicos y ambientales al terminar la exploración y **b)** no se obtuvo la licencia ambiental previa a la celebración del contrato.

La nulidad fue declarada por el Tribunal con base en los artículos 1741⁴³, 1519 y 1523 del Código Civil.

⁴¹ DECRETO 2655 DE 1988. "ARTICULO 24. LICENCIA DE EXPLORACION. La licencia de exploración es el título que confiere a una persona el derecho exclusivo a realizar dentro de una zona determinada, trabajos dirigidos a establecer la existencia de depósitos y yacimientos de minerales y sus reservas, en calidad y cantidad comercialmente explotables."

⁴² DECRETO 2655 DE 1988. "ARTICULO 44. OTORGAMIENTO DEL DERECHO A EXPLOTAR. al vencimiento de la licencia de exploración, si el titular ha dado cumplimiento a sus obligaciones de acuerdo con los artículos anteriores, tendrá derecho a la correspondiente licencia de explotación si se trata de un proyecto de pequeña minería, o a que con él se suscriba el contrato de concesión, sin ninguna exigencia, requisito o condición distinta de las señaladas en este Código."

⁴³ "ARTICULO 1741. La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que lo ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.

"Hay así mismo nulidad absoluta en los actos o contratos de personas absolutamente incapaces.

"Cualquier otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato."

Pues bien, como antes se mencionó, al contrato cuestionado le son aplicables las causales de nulidad absoluta previstas en el artículo 899 del Código de Comercio y si bien existen muchas similitudes entre los regímenes legales de nulidad absoluta contenidos en los Códigos de Comercio y Civil, lo cierto es que un análisis detallado de los mismos, a partir de las causales que los integran, evidencia diferencias que los separan y que, a su turno, impiden confundirlos o equipararlos.

El ordinal segundo del artículo 899 dispone que será absolutamente nulo el negocio jurídico cuando tenga causa u objeto ilícito; así pues, dada la incorporación que de las normas civiles correspondientes dispuso el propio legislador de los asuntos comerciales, se examinarán los cargos de ilegalidad formulados por el a quo, a la luz de las normas invocadas, con el propósito de examinar si, en efecto, se presenta ilicitud en el objeto del contrato y si éste se encuentra afectado de nulidad absoluta.

Establece el artículo 1519 del C.C.:

“ARTICULO 1519. OBJETO ILICITO: Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación. Así, la promesa de someterse en la república a una jurisdicción no reconocida por las leyes de ella, es nula por el vicio del objeto.”

Sobre esa disposición se pronunció esta Corporación en los siguientes términos⁴⁴:

“En estas condiciones, está viciado de objeto ilícito el contrato que se celebra contraviniendo el derecho público, como ocurre cuando un ente público se obliga a entregar un bien de uso público a un particular para su uso y goce, con desconocimiento del derecho constitucional y legal que le asiste a todo administrado, de conformidad con lo previsto en lo artículos 63 de la Constitución Política, 674 del Código Civil y 5 de la ley 9 de 1989.”

Por su parte, el artículo 1523 del Código Civil Colombiano determina:

“ARTICULO 1523. OBJETO ILICITO POR CONTRATO PROHIBIDO. Hay así mismo objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes.”

Respecto del alcance de la prohibición ha dicho la Sala de Sección que la misma debe ser expresa y, además, ha resaltado la necesidad de que en cada caso se analice el contenido de la norma para determinar si, en efecto, contempla una prohibición a la celebración de un contrato:

“Hay que añadir,(...) que la prohibición debe estar contenida en la Constitución o en la ley, en los términos dichos, la prohibición constitucional o legal ha de ser expresa, bien en relación con i) el tipo contractual, como cuando las normas no permiten que el Estado haga donaciones a los particulares –art. 355 CP⁴⁵-, o en

⁴⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente 12249. Sentencia de julio 6 de 2005. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

⁴⁵ Original de la sentencia en cita: “Art. 355. Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado.

relación con ii) la celebración de un contrato, dadas ciertas condiciones, como cuando no se autoriza que una concesión portuaria supere 20 años –ley 1 de 1991-, o un comodato supere 5 años –ley 9 de 1989, etc.

“(…) Es necesario analizar, en cada caso concreto, el contenido de la norma, para determinar si contempla una prohibición a la celebración de un contrato o si contiene simplemente otro tipo de requisitos, cuya trasgresión o pretermisión pudiera generar la nulidad absoluta del contrato o una consecuencia diferente”.⁴⁶
(Negrillas fuera del texto)

Se efectuará entonces el examen de cada una de las situaciones a las cuales se refirió el a quo, con el propósito de determinar si el contrato se encontraba viciado de nulidad absoluta.

5.2.1. Vulneración del Decreto 1677 de 1990.

Sostuvo el Tribunal que el contrato minero se encontraba afectado de nulidad absoluta porque al otorgar la licencia de exploración se desconoció el artículo 9º del Decreto 2655 de 1988⁴⁷, en virtud de que el Decreto Departamental número 1677 de 1990 declaró la cuenca del Río Frío como zona de protección del paisaje. Afirmó que *“al omitir las limitaciones a que se ha hecho relación se contravino el orden público y se delimitó el objeto del contrato contra expresa prohibición legal”*.

Expresó el Tribunal a quo que si bien el Decreto 1677 de 1990 fue anulado por la Sala Plena de esta Corporación, mediante fallo dictado el 24 de mayo de 1999 –expediente No. S-628–Recurso Extraordinario de Súplica interpuesto por el ahora demandante-, el mismo se encontraba vigente cuando se celebró el contrato y gozaba de presunción de legalidad.

Para la Sala no se tipifica en este caso la causal contenida en el artículo 1523, toda vez que el contrato minero se encuentra previsto en el artículo 56 del

“El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia.”

⁴⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 16 de agosto de 2006, Exp. 31480, M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

⁴⁷ *“ARTICULO 9o. SEÑALAMIENTO DE ZONAS RESTRINGIDAS PARA LA MINERIA. El Ministerio podrá señalar, de acuerdo con estudios previos, zonas en las cuales no deben adelantarse trabajos mineros de prospección, exploración o explotación por constituir reservas ecológicas, incompatibles con dichos trabajos, de acuerdo con el Código de Recursos Naturales Renovables y de Protección del Medio Ambiente, o por considerar que es necesario dedicarlas exclusivamente a la agricultura o a la ganadería, como factores de especial importancia económica.*

“El señalamiento de que trata el inciso anterior no afecta los títulos expedidos con anterioridad, mientras conserven su validez.

“No obstante lo aquí dispuesto, podrá el Ministerio autorizar que en las zonas mencionadas en el presente artículo, puedan adelantarse actividades mineras, en forma restringida o sólo por determinados métodos y sistemas de extracción de los minerales, que no afecten los aprovechamientos económicos de la superficie o con la obligación de realizar obras y trabajos especiales de preservación o mitigación de sus efectos negativos o de los deterioros originados en dichas actividades sobre los recursos naturales renovables, el medio ambiente o el desarrollo de la agricultura y la ganadería.”

Decreto-ley 2655 de 198 y no pesa sobre él prohibición expresa, así pues, no se trata de un contrato prohibido por la ley, luego, por este concepto no se genera la aludida nulidad absoluta del contrato demandado.

En relación con la contravención de las normas de orden público, a las cuales se refiere el artículo 1519 del Código Civil, se tiene lo siguiente:

i) El Gobernador del departamento de Cundinamarca, el 31 de julio de 1990, expidió el Decreto 01677 *“Por el cual se declara una zona de Protección del Paisaje”*.

ii) El día 31 de julio de 1995, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, declaró la nulidad del mencionado Decreto, por la ocurrencia del vicio de incompetencia. Esta decisión fue apelada y confirmada por la Sección Primera de esta Corporación, mediante sentencia proferida el 16 de mayo de 1996. A su vez esta decisión fue suplicada por el señor Germán Cavelier Gaviria, recurso declarado impróspero por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo a través de providencia de mayo 24 de 1996 (folios 123 a 133 C1).

iii) Dispone el artículo 9º del Decreto-ley 2655 de 1988, lo siguiente:

“ARTICULO 9o. SEÑALAMIENTO DE ZONAS RESTRINGIDAS PARA LA MINERIA. El Ministerio podrá señalar, de acuerdo con estudios previos, zonas en las cuales no deben adelantarse trabajos mineros de prospección, exploración o explotación por constituir reservas ecológicas, incompatibles con dichos trabajos, de acuerdo con el Código de Recursos Naturales Renovables y de Protección del Medio Ambiente, o por considerar que es necesario dedicarlas exclusivamente a la agricultura o a la ganadería, como factores de especial importancia económica.

“El señalamiento de que trata el inciso anterior no afecta los títulos expedidos con anterioridad, mientras conserven su validez.

“No obstante lo aquí dispuesto, podrá el Ministerio, autorizar que en las zonas mencionadas en el presente artículo, puedan adelantarse actividades mineras, en forma restringida o sólo por determinados métodos y sistemas de extracción de los minerales, que no afecten los aprovechamientos económicos de la superficie o con la obligación de realizar obras y trabajos especiales de preservación o mitigación de sus efectos negativos o de los deterioros originados en dichas actividades sobre los recursos naturales renovables, el medio ambiente o el desarrollo de la agricultura y la ganadería.”

Si bien no se aportó al proceso la copia del Decreto 01677 de 1990, encuentra la Sala que la celebración del cuestionado contrato de concesión minera no vulneró el artículo 9º, antes mencionado, toda vez que, precisamente este artículo dispone que la autoridad competente para señalar las zonas restringidas para minería es el Ministerio de Minas, luego, si es que otra autoridad las señaló, desde luego que no podría haberse vulnerado este artículo 9º, como lo señaló el Tribunal Administrativo a quo.

Adicionalmente, como lo dispone el citado artículo 9º, aún en los casos en los cuales se restrinja una zona para la minería, el Ministerio se encuentra facultado para autorizar que bajo ciertas condiciones se adelanten en la respectiva zona actividades de minería.

Ahora bien, en relación con la vulneración del artículo 9º, en virtud de que se habrían desconocido las prescripciones del Decreto Departamental 1677 de 1990, encuentra la Sala que para la fecha de celebración del contrato –marzo 26 de 1996- ya había sido anulado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y si bien la sentencia fue apelada y suplicada por el ahora demandante la decisión se mantuvo, así pues, en el evento de que se hubiere vulnerado tal normativa, el vicio de nulidad absoluta por este concepto habría quedado convalidado en razón de la purga de ilegalidad, el cual si bien se ha referido a los actos administrativos, también resulta plenamente aplicable a los contratos. Sobre el tema la Jurisprudencia de la Sala ha sostenido lo siguiente:

“El fenómeno jurídico denominado "Purga de Ilegalidad" que hace parte del tema de la convalidación, según el cual se considera no viciado de nulidad un acto administrativo que fue ilegal en el momento de su nacimiento si la norma quebrantada ha desaparecido de la vida jurídica por derogatoria, subrogación o declaratoria de inexecuibilidad o nulidad, producidas antes de que el juez contencioso administrativo hubiera proferido el fallo; también sí ha recibido sustento legal posterior a su expedición. El fenómeno jurídico de la "Purga de Ilegalidad" estudiado por la Corte Suprema de Justicia (sentencia de 29 de Mayo de 1933) y por esta Corporación (Sección Primera, sentencia de 24 de abril de 1980), forma parte de uno más amplio, conocido como convalidación de actos administrativos, que otorga efectos hacia atrás en cuanto atribuye validez a la disposición desde su origen, es decir ex tunc.”⁴⁸

Así pues, de acuerdo con lo expuesto, no habría ocurrido tal vulneración del artículo 9º del Decreto-ley 2655 de 1988 y por tanto, no habría lugar a declarar nulo el contrato por este concepto.

5.2.2. No se efectuaron los estudios ecológicos y ambientales previos.

Expresó el Tribunal que se desconocieron normas de orden público en tanto *“no se acreditó que al vencimiento de la licencia de exploración se hubiere presentado la declaración impacto ambiental que el proyecto minero podía causar”*.

Los artículos 38 a 44 del Decreto-ley 2655 de 1988, hacen referencia al informe final de exploración. Se destacan los siguientes:

“ARTICULO 38. DECLARACION DEL IMPACTO AMBIENTAL. Junto con el Informe Final de Exploración y el Programa de Trabajos e Inversiones, el interesado presentará la declaración de impacto ambiental que el proyecto minero pueda causar, con un breve enunciado de los correctivos y medidas que ofrece poner en práctica, para eliminar o mitigar los efectos negativos de la operación extractiva sobre los recursos naturales renovables y el medio ambiente. Esta declaración se hará en formulario diseñado por el Ministerio, de abreviado y fácil diligenciamiento.”

“ARTICULO 39. PROGRAMA DE TRABAJOS E INVERSIONES. Con el Informe Final de Exploración, el titular de la licencia presentará el Programa de Trabajos e Inversiones de Explotación. Este tendrá como base los resultados de la exploración realizada y consistirá en un esquema abreviado de las obras, trabajos

⁴⁸ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de abril 8 de 1997, Radicación S-650, C.P. Amado Gutiérrez Velásquez.

e inversiones que habrán de ejecutarse durante el contrato de concesión o la licencia de explotación. En el programa de Trabajos e Inversiones se señalarán:

a) La clase y características de la minería proyectada y del mineral principal y secundarios que se pretenden explotar;

b) La clase, características y cantidad de los trabajos técnicos de desarrollo y su duración;

e) La clase, características, cantidad y posible localización de las obras, instalaciones y equipos necesarios para la operación minera, el beneficio de los minerales, su transporte interno y externo;

d) La escala de producción proyectada para cuando la mina alcance su nivel normal;

e) La clase, características, cantidad y posible localización de las instalaciones y equipos de transformación de los minerales explotados, si esta se ha proyectado a realizar como una operación integrada a la de minería;

f) El monto de las modalidades necesarias para cada etapa anual de montaje, construcción y explotación y el estimativo de la inversión total;

g) Los términos dentro de los cuales se ejecutarán los trabajos y obras antes mencionadas;

h) Los elementos y análisis que sustenten la factibilidad técnica y económica del proyecto.

El Programa de Trabajos e Inversiones será presentado en formulario especial, diseñado por el Ministerio. El correspondiente a la pequeña minería será especialmente breve y simplificado. En todos los casos, será autorizada por un geólogo, ingeniero geólogo o de minas, quienes deberán estar inscritos en el Ministerio.”

“ARTICULO 44. OTORGAMIENTO DEL DERECHO A EXPLOTAR. Al vencimiento de la licencia de exploración, si el titular ha dado cumplimiento a sus obligaciones de acuerdo con los artículos anteriores, tendrá derecho a la correspondiente licencia de explotación si se trata de un proyecto de pequeña minería, o a que con él se suscriba el contrato de concesión, sin ninguna exigencia, requisito o condición distinta de las señaladas en este Código.”

En uno de los apartes de las consideraciones del contrato cuestionado se lee lo siguiente:

“b. Teniendo en cuenta que el Ministerio aprobó los informes de que trata el artículo 39 del Código de Minas; que el proyecto fue clasificado como de mediana minería y que los beneficiarios de la Licencia de Exploración cumplieron con sus obligaciones de conformidad con el artículo 44 del mismo Código, procede a celebrar el presente contrato de concesión.”

Encuentra la Sala que si bien en el contrato no se hizo mención expresa acerca del cumplimiento con la declaración del impacto ambiental, sí se observa que en el mismo se hizo referencia al cumplimiento de las obligaciones previstas en los artículos anteriores, entre los cuales se encontraba el informe del impacto ambiental; así pues considera la Sala que no se acreditó en este proceso que la sociedad contratista no hubiere cumplido con este requisito, dado que no se desvirtuó la afirmación contenida en el aparte del contrato antes transcrito.

Por lo antes expuesto, no cabe predicar la nulidad absoluta derivada del incumplimiento del aludido requisito.

5.2.3. No se obtuvo la licencia ambiental previa a la celebración del contrato.

Sostuvo el Tribunal Administrativo a quo que, como se desprendía del informe remitido al proceso por la Corporación Autónoma de Cundinamarca, no se obtuvo la licencia ambiental de manera previa a la celebración del contrato, de conformidad con el contenido del artículo 49 de la Ley 99 de 1993.

La Ley 99 de 1993 -*Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones.*-, dispone lo siguiente acerca de la licencia ambiental:

“Artículo 49º.- *De la Obligatoriedad de la Licencia Ambiental. La ejecución de obras, el establecimiento de industrias o el desarrollo de cualquier actividad, que de acuerdo con la ley y los reglamentos, pueda producir deterioro grave a los recursos naturales renovables o al medio ambiente o introducir modificaciones considerables o notorias al paisaje requerirán de una Licencia Ambiental.*

“Artículo 50º.- *De la Licencia Ambiental. Se entiende por Licencia Ambiental la autorización que otorga la autoridad ambiental competente para la ejecución de una obra o actividad, sujeta al cumplimiento por el beneficiario de la licencia de los requisitos que la misma establezca en relación con la prevención, mitigación, corrección, compensación y manejo de los efectos ambientales de la obra o actividad autorizada.*”

Respecto del perfeccionamiento de estos contratos, el artículo 62 del Código de Minas vigente en ese momento –Decreto-ley 2655 de 1988-, dispuso lo siguiente:

“ARTICULO 62. PERFECCIONAMIENTO DE LOS CONTRATOS DE CONCESION. *Los contratos de concesión, una vez suscritos, quedarán perfeccionados y podrán ejecutarse después de su inscripción en el Registro Minero.*”

En las cláusulas vigésima cuarta y vigésima quinta del contrato se estableció lo siguiente:

“VIGESIMA CUARTA.- *La ejecución de los trabajos autorizados en el contrato de concesión, requieren de la licencia ambiental. En consecuencia, la inscripción del título en el Registro Minero sólo será procedente una vez obtenida dicha licencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 501 del 24 de marzo de 1995.*

“VIGESIMA QUINTA: *Requisitos para su perfeccionamiento. El presente contrato, una vez suscrito por las partes, se entiende perfeccionado y su ejecución se iniciará después de su inscripción en el registro minero.*”

Encuentra la Sala que para la época de celebración del contrato la licencia ambiental constituía un requisito para su ejecución y no se trataba de un requisito para otorgarle valor jurídico al mismo y, por esa razón, en el evento de que no se contase con la licencia ambiental no se afectaba la validez del negocio jurídico

celebrado, simplemente éste resultaba inejecutable, por lo cual la falta de este requisito no puede acarrear la nulidad absoluta del contrato.

Así pues, se negará la nulidad absoluta del contrato por esta causal.

5.3. Costas

El Tribunal Administrativo a quo condenó en costas a la entidad pública demandada, no obstante, dado que para el momento en que se dicta el presente fallo el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y, en el *sub lite*, ninguna actuó de esa forma, en el presente asunto no habrá lugar a imponerlas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO. REVOCAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, el día veinticinco (25) de febrero del año dos mil (2000).

SEGUNDO. DENEGAR las pretensiones de la demanda.

En firme esta providencia **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

HERNAN ANDRADE RINCÓN