



CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C. primero 1º de abril de dos mil dieciséis (2016)

Radicación: 11001-03-26-000-2011-00028-00 (41.217)

Actor: SANTIAGO GONZÁLEZ RAMOS.

Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA Y OTROS.

Asunto: Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Contenido: Descriptor: Se declara la nulidad de los actos administrativos demandados por fundarse en una causal de rechazo inexistente en la norma aplicable al asunto y se niegan las pretensiones indemnizatorias /Restrictor: Competencia/ Las excepciones propuestas/Nociones generales de la responsabilidad precontractual o "*culpa in contrahendo*" /Contexto constitucional de la responsabilidad precontractual/ contexto legal civil y comercial/daño resarcible en materia de responsabilidad precontractual /el interés negativo, la pérdida de oportunidad (chance) y el interés positivo en la responsabilidad precontractual/ Pretensión de cumplimiento de la administración en la acción de controversias contractuales/ Régimen jurídico aplicable a las propuestas de contrato de concesión minera/Procedimiento a seguir para la presentación de propuestas de contrato de concesión minera en vigencia de la Ley 685 de 2001/causales de rechazo de las propuestas en vigencia de la Ley 685 de 2001.

Decide el Despacho la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta ante la Sección Tercera de ésta Corporación contra la **Nación- Ministerio de Minas y Energía y la Secretaría Departamental de Minas de la Gobernación del Cesar** con el fin de que se declare la nulidad de las **Resoluciones Nos. 000163 del 16 de junio de 2010 y la No. 000244 del 8 de septiembre de 2010**, mediante las cuales, respectivamente, la Secretaria de Minas Departamental (E) rechazó y archivó la propuesta para celebrar un contrato de concesión minera identificada con la placa No. KGS-14591 y se confirmó dicha decisión.

I. Antecedentes.



En demanda del 18 de marzo de 2011¹ el señor **Santiago González Ramos** presentó demanda contra la **Nación- Ministerio de Minas y Energía y la Secretaría Departamental de Minas de la Gobernación del Cesar** solicitando que se declarara la nulidad de las Resoluciones Nos. 000163 del 16 de junio de 2010 y la No. 000244 del 8 de septiembre de 2010, mediante las cuales, respectivamente, se rechazó y se archivó la solicitud de propuesta de contrato de concesión minera No. KGS-14591 que tenía por objeto la exploración y explotación de una mina de caliza y demás concesibles ubicada en la jurisdicción del Municipio de Bosconia y se resolvió el correspondiente recurso de reposición.

Solicita como consecuencia de la anterior declaración, y a título de restablecimiento del derecho, que se condene a las demandadas al reconocimiento y pago de la suma equivalente a \$30´000.000,00, por concepto de lucro cesante que se concreta en los ingresos dejados de percibir por la venta del mineral durante el desarrollo de las obras sobre el sector *"Ruta al sol"*, el mantenimiento de las líneas férreas futuras por parte de Fenoco y otras empresas, la adecuación en infraestructura de minas de carbón en el sector y demás clientes potenciales de zona tanto a nivel gubernamental como privado.

Pide también que se condene a las demandadas al reconocimiento y pago de la suma de \$4000´000.000,00, por concepto de daño emergente que se concreta en la no cancelación del canon superficiario, la inversión en estudios de exploración para determinar las reservas del yacimiento de caliza en el área propuesta, la elaboración de Planes de Trabajos y Obras (PTO) y Plan de Manejo Ambiental (PMA), servidumbres y el montaje necesario para la explotación de mediana minería por la empresa Smart Exploration S.A.S.

Solicita también que las sumas sean debidamente actualizadas y que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del mismo Estatuto.

Por último, solicita que se condene a las demandadas al reconocimiento y pago de las costas y agencias en derecho.

¹ Folios 204 a 304 del C. No. 1.



II. Los Actos Administrativos demandados.

2.1. Por medio de la **Resolución No. 000163 del 16 de junio de 2010**² la Secretaría Departamental de Minas de la Gobernación del Cesar consideró que teniendo en cuenta que el señor González Ramos no había entregado los documentos de soporte de su propuesta dentro del término previsto en el literal g) del artículo 5º del Decreto 2345 de 2008 (por el cual se modificó el artículo 271 del Código de Minas), ésta debía ser rechazada conforme al No. 3 del artículo 20 de la ley 1382 del 9 de febrero de 2010, por el cual se modificó el artículo 274 del Código de Minas, previendo como causal de rechazo de las propuestas el incumplimiento de los requisitos consagrados en el artículo 271, dentro de éstos la presentación de documentos de forma extemporánea.

Adicionalmente señaló que el accionante no canceló el canon del que trata el parágrafo 2º del artículo 16 de la Ley 1382 del 9 de febrero de 2010 y en consecuencia dispuso:

“ARTÍCULO PRIMERO.- Rechazar la solicitud de propuesta de contrato de concesión **No. KGS- 14591**, para la explotación de un yacimiento de **CALIZA**, ubicada en jurisdicción del municipio de **BOSCONIA (CESAR)**, en el Departamento del Cesar presentada por el señor **SANTIAGO GONZALEZ RAMOS**, descrito en la parte motiva de ésta resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO.- Notifíquese en forma personal al señor **SANTIAGO GONZÁLEZ RAMOS**, en su defecto procédase mediante edicto.

ARTICULO TERCERO:- Ejecutoriada esta providencia, efectúese el archivo del referido expediente y procédase a la desanotación(sic) del área del sistema gráfico.

ARTÍCULO CUARTO.- Contra el presente proveído procede en vía gubernativa el recurso de reposición, el cual puede interponerse ante la Secretaría de Minas Departamental, dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación, conforme a lo establecido en el artículo 50 y s.s. del C.C.A³.

2.1.1. Contra dicha Resolución el señor Santiago González Ramos instauró el recurso de reposición argumentando que la accionada no podía establecer como causal de rechazo de su propuesta de contrato de concesión minera el incumplimiento del término del literal g) del artículo 5 del Decreto 2345 de 2008 para allegar los documentos de soporte, pues la ley vigente al momento de su presentación no preveía el incumplimiento de dicho término como causal de rechazo de la misma, que el actor no

² Folios 3 y 4 del C. No. 1.

³ Folios 8 y 9 del C. No. 1.



podía tener conocimiento de la futura reforma que se realizaría al artículo 274 del Código de Minas y que en todo caso la autoridad minera debía requerirlo para que subsanara su propuesta allegando los documentos respectivos.

Tampoco podía establecerse como causal de rechazo de su propuesta la cancelación extemporánea del canon superficiario con fundamento en la entrada en vigencia de la Ley 1382 de 2010, pues la ley aplicable a su procedimiento era la vigente al momento de su presentación, conforme a la cual el referido canon debía cancelarse una vez se suscribiera el contrato de concesión minera y este se inscribiera en el Registro Minero Nacional, previa evaluación y determinación del área a contratar.

2.1.2. El referido recurso se resolvió a través de la **Resolución No. 000244 del 8 de septiembre de 2010**⁴ en el sentido de confirmarla en todas y cada una de sus partes, reiterando los argumentos expuestos en la referida Resolución No. 000163, agregando que la Secretaria de Minas del Departamento del Cesar no se encontraba obligada a requerir al accionante para que subsanara su propuesta al no encuadrarse en la hipótesis prevista para tal efecto en el artículo 273 del Código de Minas y aclarando que si bien la no cancelación del canon no se constituía en una causal de rechazo de la propuesta, se estaba evidenciando la existencia de una obligación contractual a cargo del señor González Ramos y al respecto señaló:

“

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO.- *Confirmar la(sic) Resolución No. 000163 de 16 de Junio de 2010, por medio de la cual se ordenó el rechazo de la Propuesta de Contrato de Concesión No. KGS-14591, por las razones expuestas en la parte motiva del presente acto administrativo.*

ARTÍCULO SEGUNDO: *Notifíquese el presente Proveído en forma personal al recurrente, o en su defecto procédase mediante edicto.*

ARTÍCULO TERCERO: *Contra la presente Providencia no procede Recurso alguno, y en consecuencia se entiende agotada la vía gubernativa*⁵.

III. Hechos.

⁴ Folios 10 a 20 del C. No. 1.

⁵ Folios 10 a 20 del C. No. 1.



El 29 de julio de 2009 el Señor Santiago González Ramos radicó vía internet una propuesta para celebrar el contrato de concesión minera identificado con la placa No. KGS-14591, que tenía por objeto la exploración y explotación de una mina de caliza y demás concesibles ubicada en la jurisdicción del Municipio de Bosconia del Departamento del Cesar con una extensión de 1168 hectáreas.

El 16 de septiembre de 2009 allegó los documentos que soportaban su propuesta, los cuales fueron recibidos por Ingeominas de la Ciudad de Bogotá.

Dice que antes de presentar su propuesta por medios electrónicos consultó a los funcionarios de Ingeominas sobre el trámite a seguir para ello, quienes le informaron que en caso de no entregar los documentos que la soportaban dentro de los 3 días siguientes a su radicación, la autoridad minera lo requeriría para que dentro de los 30 días siguientes allegara la documentación requerida con sujeción al artículo 273 del Código de Minas.

Por medio del Concepto No. OAJ-229 del 23 de diciembre de 2008 el señor José Fernando Ceballos Arroyave en su calidad de Jefe de la Oficina Jurídica de Ingeominas al determinar el alcance del Decreto No. 2345 de 2008 afirmó que la no remisión de los documentos que soportaban la propuesta de contrato de concesión minera dentro del término previsto en el literal g) del artículo 5º no se constituía una causal de rechazo según el artículo 274 del Código de Minas, razón por la cual en éstos casos debía requerirse al proponente para que allegara la documentación respectiva.

El 21 de mayo de 2010 Ingeominas remitió por competencia la propuesta de contrato de concesión minera ante la Secretaría Departamental de Minas de la Gobernación del Cesar.

Mediante el concepto técnico No. CT-0081-2010 del 31 de mayo de 2010 la Oficina Jurídica de la Secretaría de Minas de la Gobernación del Cesar consideró que teniendo en cuenta que los documentos de soporte de la propuesta no se allegaron dentro del término previsto en el literal g) del artículo 5º del Decreto 2345 de 2008, la autoridad minera competente debía expedir un acto administrativo por medio del cual se rechazara la propuesta de contrato de concesión minera identificado con la placa No. KGS-14591.



A través de la Resolución No. 000163 del 16 de junio de 2010 la Secretaría Departamental de Minas de la Gobernación del Cesar rechazó y archivó la propuesta del contrato de concesión minera No. KGS-14591 presentada por el actor, argumentando que teniendo en cuenta que los documentos que la soportaban habían sido entregados de forma extemporánea, ello se constituía en una causal de rechazo conforme al No. 3º del artículo 274 del Código de minas, modificado por el Decreto 1382 de 2010.

Contra dicha Resolución se instauró el recurso de reposición el cual fue resuelto mediante la Resolución No. 000244 en el sentido de confirmarla en todas y cada una de sus partes.

La Resolución en mención fue notificada personalmente al actor el 15 de septiembre de 2010⁶.

IV. Normas invocadas por el demandante como violadas y el concepto de la violación.

4.1. Normas vulneradas.

Alega el actor que los actos administrativos demandados vulneran los artículos 4, 6, 13, 29, 31, 84 y 211 de la Constitución Política, 12 y 40 de la Ley 153 de 1887, 3 y 4 de la Ley 685 de 2001.

4.2. Concepto de violación.

Afirma el actor de forma general que los actos administrativos impugnados vulneran sus derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad, así como también el principio de confianza legítima, pues la accionada no conservó los procedimientos y los requisitos exigidos en la normatividad minera vigente para la fecha en que presentó su propuesta de contrato de concesión minera.

⁶ Folio 20 del C. No. 1.



También formuló los siguientes cargos de ilegalidad en contra de los actos administrativos impugnados:

- Infracción de las normas en las cuales debían fundarse y violación del artículo 84 de la Constitución Política.

Dice que para evaluar su propuesta de contrato de concesión minera las autoridades mineras debían sujetarse al procedimiento previsto en el Código de Minas vigente y no crear causales de rechazo diferentes a las allí previstas taxativamente de forma caprichosa y arbitraria generando inseguridad jurídica y vulnerando sus derechos fundamentales al debido proceso y la igualdad.

Señala que entre las diferentes autoridades mineras delegadas se presentaron discrepancias frente a la interpretación y aplicación del No. 3º del artículo 274 del Código de Minas con la modificación que introdujo la Ley 1382 de 2010 como causal de rechazo de aquellas propuestas de contrato de concesión cuyos proponentes no allegaran los documentos de soporte dentro del término previsto en el literal g) del artículo 5 del Decreto 2345 de 2008, pues mientras en unos casos resolvían rechazar de plano la propuesta, en otros decidían requerir al proponente para que allegara la documentación respectiva.

Afirma que varias de las propuestas de contrato de concesión minera que fueron presentadas ante la Secretaría de Minas de la Gobernación del Cesar y en las que el proponente allegó los documentos de soporte de forma extemporánea, sí se adjudicaron los respectivos contratos y se inscribieron en el Registro Minero Nacional, trámites que se perfeccionaron por los mismos funcionarios que rechazaron su propuesta.

- Violación de los artículos 4, 5 y 271 de la Ley 685 de 2001, falsa motivación.

La accionada de forma dolosa y arbitraria procedió a rechazar la propuesta de contrato de concesión minera con fundamento en una causal inexistente.

Las autoridades mineras a través de sus directrices, conceptos y funcionarios de “Call center” indujeron a error a los proponentes informándoles que en caso de que no



allegaran los documentos que soportaban su propuesta dentro del término previsto en el literal g) del artículo 5 del Decreto 2345 de 2008 serían requeridos y se les otorgaría un término prudencial de 30 días para que los allegaran, conducta que se constituía en una infracción grave a los deberes y obligaciones constitucionales y legales.

Afirma que la oficina jurídica de las diferentes autoridades mineras delegadas emitieron conceptos contraviniendo las normas contenidas en el Código de Minas e incluso las directrices fijadas en la materia.

Dice que la Secretaría Departamental de Minas de la Gobernación del Cesar ésta generando condiciones de desigualdad y de inseguridad jurídica pues decide rechazar algunas propuestas de contrato de concesión minera en las que el proponente allega los documentos de soporte de forma extemporánea pero frente a otras decide requerirlos para que alleguen la documentación requerida.

Los requisitos de la propuesta de concesión minera se encuentran expresa y taxativamente señalados en el artículo 271 de la Ley 685 de 2001, normativa de la cual evidentemente no forma parte el literal g) del artículo 5º del Decreto 2345 de 2008.

Reitera nuevamente que con la expedición de los actos administrativos impugnados y mediante los cuales se rechazó su propuesta de contrato de concesión sin que previamente fuera requerido para que allegara la documentación respectiva, no sólo se vulneraron sus derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad, sino también el principio de confianza legítima y las normas legales y constitucionales que regulan de manera específica la actividad minera.

Por último señala que *“es importante a ojos de este profesional del derecho se(sic) clarifique la materia, a fin de que de ésta forma no se continúe causándole(sic) perjuicios injustificados a quienes se encuentran en interés de obtener y desarrollar un contrato de exploración y explotación minera como la condena de la nación al pago de cuantiosas sumas de dinero en razón no sólo de el(sic) actuar delictivo de sus funcionarios sino también de la negligencia del estado en vigilar y corregir a dichos funcionarios”*.



V. Tramite del Proceso

6.1. Auto de remisión y auto admisorio.

Mediante el auto del 5 de mayo de 2011⁷ el Tribunal Contencioso Administrativo del Cesar remitió el asunto por Competencia a ésta Corporación de conformidad con el numeral 5º del artículo 36 de la Ley 446 de 1998, en el artículo 295 de la Ley 685 de 2001 y según lo resuelto mediante auto del 19 de julio de 2007 bajo el radicado No. 33.747.

Por medio del auto del 24 de septiembre de 2012⁸ la Subsección C de la Sección Tercera de ésta Corporación admitió la demanda en cuestión.

Dicha decisión se notificó por estado que se fijó el 5 de octubre de 2012⁹, al señor Procurador delegado ante ésta Corporación el 9 de octubre de 2012¹⁰, por aviso a la Gobernación del Cesar (Secretaría de Minas) el 15 de noviembre de 2012¹¹ y al Ministerio de Minas y Energía el 22 de noviembre de 2012¹².

6.2 Contestación de la demanda.

6.2.1. Contestación de la demanda de la Secretaria Departamental de Minas de la Gobernación del Cesar.

Por medio de escrito del 6 de diciembre de 2012¹³ La Secretaría Departamental de Minas de la Gobernación del Cesar contestó la demanda aceptando algunos hechos como ciertos, negando la existencia de otros y oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones de la demanda argumentando que la obligación a cargo de la autoridad minera de requerir al proponente para que subsanara su propuesta en los términos del artículo 273 del Código de Minas sólo resultaba procedente cuando éste ya hubiera entregado los documentos que soportaban su propuesta oportunamente y luego tuvieran que adicionarse o modificarse más no cuando éstos fuera arrimados de forma extemporánea.

⁷ Folios 307 y 308 del C. No. 1.

⁸ Folios 312 a 314 del C. No. 1.

⁹ Folio 314 vto. del C. No. 1.

¹⁰ Folio 314 vto. del C. No. 1.

¹¹ Folios 317 y 318 del C. No. 1.

¹² Folio 322 del C. No. 1.

¹³ Folios 324 a 331 del C. No.1.



Afirma que las causales de rechazo de la propuesta referidas al artículo 273 del Código de Minas son totalmente diferentes a las previstas en la misma ley para aquellos casos en los cuales los documentos de la propuesta sean allegados de forma extemporánea.

Señala que se le debe absolver de toda responsabilidad jurídica, pues no se reúnen los presupuestos fácticos ni jurídicos para que las pretensiones del actor se encuentren llamadas a prosperar.

Las Resoluciones impugnadas se expidieron con fundamento en las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias vigentes sobre la materia, con sujeción a los hechos acaecidos y en cumplimiento de lo dispuesto en la Resolución No. 180815 del 28 de junio de 2005.

Tampoco hay lugar a que se reconozca la prosperidad de las pretensiones económicas elevadas por el actor pues éstas se fundan en meras expectativas más no en derechos que hubiera adquirido previamente.

Propuso como excepciones las que denominó *“ilegalidad de los actos administrativos demandados”*; *“inexistencia de la causa invocada”*; pues si existiera una obligación a cargo de la autoridad minera de requerir al actor para que allegara la documentación respectiva su situación debía encuadrarse en la hipótesis prevista en el artículo 273 del Código de Minas; *“falta de causa para pedir”*, pues conforme al artículo 16 de la ley 685 de 2001 resultaría improcedente el reconocimiento de las pretensiones económicas del actor cuando éstas se fundan en meras expectativas y no en derechos previamente adquiridos por él; *“inepta demanda”*, por no explicar las razones por las cuales vinculó como demandada a la Nación- Ministerio de Minas y Energía; *“mala fe y enriquecimiento ilícito”*, poniendo de presente que el actor inicio 2 procesos judiciales de nulidad y restablecimiento del derecho ante la demandada sobre los mismos actos y con iguales características.

6.2.2. Contestación de la demanda de la Nación- Ministerio de Minas y Energía.



Por medio de escrito del 14 de enero de 2013¹⁴ la Nación- Ministerio de Minas y Energía contestó la demanda aceptando algunos hechos como ciertos y frente a otros señaló que no le constaban y que se atenía a lo probado en el proceso.

Propuso como excepciones las que denominó *“Falta de legitimación en la causa por pasiva del Ministerio de Minas y Energía”, “El demandante incumplió el requisito establecido en el numeral 3º, del artículo 274, de la Ley 685 de 2001 e incumplió el literal g) del artículo 5º del Decreto 2345 de 2008”, “Incumplimiento de las obligaciones del administrado-demandante por pagó(sic) de manera extemporánea del canon superficiario”, “Indebida estimación de los perjuicios” y “Caducidad de la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho”.*

En lo relativo a la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva estimó que teniendo en cuenta que los actos administrativos impugnados habían sido expedidos por la Secretaría Departamental de Minas de la Gobernación del Cesar en ejercicio de las facultades y atribuciones que le habían sido delegadas tanto por el Ministerio de Minas como por la Agencia Nacional de Minas, era ésta la entidad llamada a refutar los argumentos de la demanda y no el Ministerio como equivocadamente lo quería hacer ver el actor.

Dice que los actos administrativos impugnados gozan de una presunción de legalidad que sólo puede ser desvirtuada cuando así el funcionario judicial lo declare y que conforme al artículos 121 de la Constitución Política y 5º de la Ley 489 de 1999 no podía atribuírsele responsabilidad alguna al Ministerio de Minas y Energía sino a la Secretaría Departamental de Minas de la Gobernación del Cesar quien los expidió en ejercicio de sus atribuciones y competencias legales.

Agrega que si bien la Oficina Jurídica del Ministerio de Minas y Energía emitió algunos conceptos, a través de éstos sólo se fijaron directrices de carácter general y abstracto, más no se analizó cada caso en particular y mediante éstos no se crearon situaciones jurídicas o derechos particulares.

¹⁴ Folios 357 a 362 del C. No.1.



En cuanto a la excepción de incumplimiento del requisito del No. 3º del artículo 274 de la Ley 685 de 2001 y del literal g) del artículo 5º del Decreto 2345 de 2008 señaló que teniendo en cuenta que el actor radicó su propuesta de contrato de concesión minera vía internet y no allegó los documentos dentro del término previsto en el Decreto 2345 de 2008, era evidente que no había reunido los requisitos del artículo 271, lo que daba lugar al rechazo de su propuesta según el artículo 274 del Código de Minas.

No le asiste la razón al demandante cuando afirma que el Código de Minas no establece un término para entregar los documentos que soportan la propuesta de contrato, pues resultaría muy fácil para cualquier proponente radicar una solicitud de contrato de concesión y congelar un área de manera indefinida y esperar que la autoridad minera realice los requerimientos que el supone que deben realizarse en lugar de cumplir con los requisitos legales.

El artículo 273 del Código de Minas no le otorga a los proponentes la posibilidad de corregir o subsanar su propuesta en aquellos casos contemplados como causal de rechazo por el artículo 274 del Código de Minas.

La autoridad minera no debía requerir previamente al actor, pues el incumplimiento de los requisitos determinados en el artículo 274 del Código de Minas genera el rechazo de plano de la propuesta sin que medie para el efecto requerimiento previo alguno.

Respecto de la tercera excepción señala que según los actos administrativos impugnados el actor canceló el canon superficiario de forma extemporánea, siendo entonces procedente el rechazo de la propuesta según el No. 5º del artículo 2º de la Ley 1382 de 2010 y los parágrafos 1º y 2º del artículo 16.

Frente a la cuarta excepción señala que la estimación económica de la indemnización efectuada por el actor carece de fundamento alguno y es irrazonable, pues éste no allegó prueba alguna a través de la cual se pudieran cuantificar realmente los perjuicios que alega.

Por último, alegó como excepción la de caducidad de la acción señalando que teniendo en cuenta que la Resolución No. 000244 del 8 de septiembre de 2010 se notificó el 15 de septiembre de 2010, para la fecha en la que se presentó la demanda, esto es, 18 de



marzo de 2011 ya había operado la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta.

VI. Periodo probatorio.

Mediante auto del 8 de septiembre de 2014¹⁵ se ordenó valorar como pruebas los documentos aportados por las partes; se ordenó la práctica de las pruebas testimoniales solicitadas por el accionante; se ofició al Tribunal Contencioso Administrativo del Cesar para que remitiera con destino a éste proceso los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho impetrados por el actor radicados bajo los Nos. 2011-0121 con ponencia del Magistrado Doris Armando Pinzón y 2011-00463 con ponencia del Magistrado Alberto Espinoza Bolaños y reconoció personería a los representantes designados por los accionados.

El 20 de enero de 2015¹⁶ se requirió nuevamente al Tribunal Contencioso Administrativo del Cesar para que remitiera con destino a éste proceso los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho impetrados por el actor radicados bajo los Nos. 2011-0121 con ponencia del Magistrado Doris Armando Pinzón y 2011-00463 con ponencia del Magistrado Alberto Espinoza Bolaños.

Mediante Oficio No. ABL2015-00096 del 23 de febrero de 2015¹⁷ el Tribunal Contencioso Administrativo del Cesar remitió con destino a éste Despacho el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho radicado bajo en No. 2011-00463-00 en calidad de préstamo e informó que el proceso radicado bajo el No. 2011-00121-00 había sido enviado en calidad de préstamo a la Secretaría General de ésta Corporación mediante Oficio No. AG 00334 del 9 de julio de 2013.

A través del auto del 24 de marzo de 2015¹⁸ se ordenó el traslado de las pruebas referidas por un término de 5 días.

En auto del 25 de mayo de 2015¹⁹ se fijó fecha y hora para llevar a cabo la diligencia de recepción de testimonios, sin embargo ninguna de las personas llamadas a rendir testimonio comparecieron a la referida diligencia.

¹⁵ Folios 376 a 377 del C. No. 1.

¹⁶ Folio 385 del C. No. 1.

¹⁷ Folios 392 a 393 del C. No. 1.

¹⁸ Folio 395 del C. No. 1.



VII. Alegatos de conclusión

Mediante auto del 11 de agosto de 2015²⁰ se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que presentaran sus escritos de alegatos de conclusión y el respetivo concepto.

Por medio de escrito del 24 de agosto de 2015²¹ el demandado Nación- Ministerio de Minas y Energía presentó sus alegatos de conclusión en el que reiteró los argumentos formulados en su escrito de contestación a la demanda.

El accionante a través de apoderado presentó sus alegatos de conclusión el 2 de septiembre de 2015²² mediante escrito por el cual reiteró los argumentos esbozados en la demanda y allegó unos documentos para que fueran tenidos en cuenta al momento de proferir un fallo definitivo.

VIII. Concepto del Ministerio Público.

El Ministerio Público considera que se debe declarar la nulidad de las Resoluciones Nos. 000163 del 16 de junio de 2010 y la No. 000244 del 8 de septiembre de 2010, mediante las cuales, respectivamente, la Secretaría Departamental de Minas de la Gobernación del Cesar rechazó y archivó la solicitud de propuesta del contrato de concesión No. KGS-14591 y se confirma dicha decisión; y en consecuencia ordenar que se continúe con el trámite de la propuesta.

Para ello expuso las siguientes razones:

Inicia su argumentación señalando que según los artículos 87 y 136 del Código Contencioso Administrativo, 293 y 295 de la Ley 685 de 2001 y el auto de unificación proferido por la Sala Plena de la Sección Tercera de ésta Corporación el 13 de febrero de 2014 bajo el radicado No. 48.521, la competente para conocer la acción de nulidad y

¹⁹ Folios 397 del C. No. 1.

²⁰ Folio 411 del C. No. 1.

²¹ Folios 413 y 414 del C. No. 1.

²² Folios 417 a 495 del C. No. 1.



restablecimiento del derecho interpuesta contra los actos administrativos precontractuales era la Sección Tercera de ésta Corporación en única instancia.

En lo relativo a la caducidad de la acción señaló que teniendo en cuenta que el acto administrativo definitivo se notificó el 15 de septiembre de 2010, el término de 4 meses de caducidad previsto en la ley operaría en principio el 15 de enero de 2011, pero como el accionante presentó una solicitud de conciliación prejudicial el 31 de diciembre de 2010 dicho término se suspendió expidiéndose la constancia el 18 de marzo de 2011, razón por la cual para la fecha en la que se presentó la demanda aún no había operado dicho fenómeno.

Hace referencia a los artículos 16, 270, 271, 273 y 274 de la Ley 685 de 2001 relativos a la validez, requisitos, objeciones y rechazo de las propuestas de contrato de concesión minera, 17, 19 y 20 de la Ley 1382 de 2010 y al lit. g) del artículo 5º del Decreto 2345 de 2008, para luego señalar que si bien el actor presentó su propuesta el 28 de julio de 2009 y no allegó los documentos de soporte dentro de los 3 días siguientes, la accionada aceptó su entrega en septiembre de 2009 y sólo hasta junio de 2010, esto es 9 meses después consideró que éstos se habían sido allegados de forma extemporánea.

El término previsto en el Literal g) del artículo 5º del Decreto 2345 de 2008 no es perentorio ni preclusivo, pues el Código de Minas no establece expresamente que la no presentación de los documentos de soporte de la propuesta dentro de dicho plazo genere automáticamente el rechazo de la misma.

Señala que sí bien en el presente asunto la accionada no debía requerir al actor al no reunir los requisitos del artículo 273 del Código de Minas, lo cierto es que no se configuró la aludida causal de rechazo, pues el artículo 274 del Código de Minas, modificado por la Ley 1382 de 2010 en su No. 3º estableció que la propuesta sería rechazada si no se daba cumplimiento a los requisitos previstos en el artículo 271 de dicho Estatuto, y el actor sí cumplió con dichos requisitos.

Mediante las Resoluciones impugnadas lo que se cuestiona es que los documentos que soportaban la propuesta fueron allegados de forma extemporánea más no que éstos no se hubieran presentado, de forma tal que el supuesto de hecho en el que la accionada



fundó la causal de rechazo de la propuesta no se configuró, pues el actor entregó los documentos 1 mes y 19 días después de su radicación, 9 meses antes de la expedición del acto administrativo por el cual se rechazó y un año antes del acto por el cual se confirmó dicha decisión.

Concluye señalando que teniendo en cuenta que en el presente asunto no se configuraba la causal de rechazo de la propuesta alegada por la demandada, los actos administrativos impugnados se encontraban viciados de nulidad.

En lo relativo a la aplicación de la Ley 1382 de 2010 y el canon superficiario señaló que teniendo en cuenta que mediante la Resolución No. 0244 de septiembre de 2010 se había señalado claramente que la propuesta se rechazaba por la presentación extemporánea de los documentos que la soportaban, más no por la no cancelación del canon superficiario, no resultaba entonces procedente verificar si se había dado cumplimiento a dicha obligación o no.

Dice que además no se allegó prueba alguna a través de la cual se pudiera acreditar que el actor canceló o no el canon superficiario, o si lo hizo transcurridos 3 meses después de la promulgación de la Ley 1382 de 2010, con posterioridad a la expedición de la Resolución No. 00163 de 2010 o antes de la notificación de la Resolución No. 00244 de 2010.

Por último señala que no hay lugar al reconocimiento de los perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente y lucro cesante, pues mediante los actos administrativos impugnados se rechazó la propuesta de contrato de concesión minera sobre el cual el actor tenía una mera expectativa, más no un derecho adquirido a celebrarlo.

En efecto afirma que el único derecho que tiene el actor es a que se tramite su propuesta, de forma tal que la declaratoria de nulidad de los actos administrativos impugnados trae como única consecuencia y a título de restablecimiento del derecho que se continúe con el trámite de la misma.



IX. CONSIDERACIONES

Para resolver lo pertinente, la Sala, retomando la problemática jurídica propuesta por la parte actora, precisará el alcance de los conceptos adoptados como *ratio decidendi* para sustentar su decisión así: **1)** Competencia; **2)** Las excepciones propuestas; **3)** Nociones generales de la responsabilidad precontractual o "*culpa in contrahendo*"; **3.1.)** Contexto Constitucional de la responsabilidad precontractual; **3.2)** Contexto legal civil y comercial; **3.3)** Daño resarcible en materia de responsabilidad precontractual; **3.3.1.)** El interés negativo, la pérdida de oportunidad (chance) y el interés positivo en la responsabilidad precontractual; **4)** régimen jurídico aplicable a la propuesta de contrato de concesión minera; **5)** Procedimiento a seguir para la presentación de propuestas de contrato de concesión minera en vigencia de la Ley 685 de 2001; **6)** Causales de rechazo de las propuestas en vigencia de la Ley 685 de 2001; **7)** Lo probado en el proceso; **8)** La solución del caso concreto.

1. Competencia.

De conformidad con el numeral 6 del artículo 127 del C.C.A., el Consejo de Estado es competente para conocer y pronunciarse en única instancia sobre "*asuntos petroleros o mineros en que sea parte la Nación o una entidad territorial o descentralizada, con excepción de las controversias contractuales, de reparación directa y las de nulidad y restablecimiento del derecho que versen sobre impuestos mineros, contribuciones y regalías, que seguirán las reglas generales*"

De otra parte, en atención a lo previsto en el artículo 1 del Acuerdo 55 de 2003²³, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado conoce de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho que versen "*sobre asuntos agrarios contractuales, mineros y petroleros*"

Así pues, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado es competente para conocer y decidir en única instancia de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de los actos administrativos que

²³ Por medio del cual se modifica el reglamento del Consejo de Estado.



versen sobre asuntos mineros, y como en el presente asunto se solicita la declaratoria de nulidad de unos actos administrativos precontractuales por medio de los cuales la Secretaría de Minas de la Gobernación del Cesar, en ejercicio de la delegación concedida por el Ministerio de Minas y Energía rechazó una propuesta de contrato de concesión minera y resolvió el correspondiente recurso de reposición, es evidente que ésta Sección es la Competente para resolverlo.

2. Las excepciones propuestas.

En lo relativo a la excepción que la Secretaría de Minas del Departamento del Cesar denominó “*inepta demanda*” y que fundó en el hecho de que el actor no hubiera explicado las razones por las cuales demandó a la Nación- Ministerio de Minas y Energía, la Sala estima que ésta resulta improcedente, pues dicha circunstancia no se constituye en un vicio que jurídicamente haga imposible un pronunciamiento de fondo, es decir, en el presente asunto se reúnen los presupuestos procesales o las condiciones necesarias para que la relación jurídico procesal haya surgido válidamente y en consecuencia se pueda decidir sobre el mérito de la cuestión litigiosa.

Pero además la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es el medio de control procedente para demandar los actos administrativos precontractuales por medio de los cuales la Secretaría Departamental de Minas de la Gobernación del Cesar, en ejercicio de la delegación concedida por el Ministerio de Minas y Energía rechazó la propuesta de contrato de concesión minera presentada por el actor y confirmó dicha decisión, según lo dispuesto en los artículos 87 y 136 del Código Contencioso Administrativo.

Tampoco resulta procedente la excepción que se denominó falta de legitimación en la causa por pasiva del Ministerio de Minas y Energía, pues la Secretaría Departamental de la Gobernación del Cesar expidió los actos administrativos impugnados en ejercicio de la delegación dada por el Ministerio de Minas y Energía con fundamento en el artículo 320 de la Ley 685 de 2001²⁴ y el artículo 1º de la Resolución No. 181191 del 24 de septiembre de 2001, en el que se resolvió:

²⁴“**ARTÍCULO 320. DELEGACIÓN EXTERNA.** <Aparte tachado INEXEQUIBLE> La autoridad minera, previa reglamentación, podrá delegar en forma **permanente**, temporal u ocasional, sus funciones de tramitación y celebración de los contratos de concesión, así como la vigilancia y control de su ejecución, en los gobernadores de departamento y en los alcaldes de ciudades capitales de departamento”.



“Delegar en el Gobernador del Departamento del Cesar, dentro del ámbito territorial de su jurisdicción, por el término de dos (2) años, las funciones de tramitación de contratos de concesión excepto los que se refieran a carbón y esmeraldas, así como la vigilancia y control de ejecución de los mismos, las cuales como autoridad minera le corresponden al Ministerio de Minas y Energía, de conformidad con lo previsto en la Ley 685 de 2001.”

Dicha Resolución fue modificada posteriormente a través de la Resolución No. 180926 del 25 de julio de 2005, la cual en su artículo 1º resolvió:

“ARTÍCULO PRIMERO: Modificar el artículo 1º de la Resolución No. 18 1191 de 2001 el cual quedará así:

ARTÍCULO PRIMERO: Delegar en el Gobernador del Departamento del Cesar dentro del ámbito territorial de su jurisdicción, las funciones de tramitación y otorgamiento de títulos mineros excepto los que se refieran a carbón y esmeraldas. Así mismo se delega en el Gobernador del Departamento del Cesar la vigilancia y control de ejecución de dichos títulos.”

Ahora, en tratándose de actos administrativos de naturaleza minera expedidos por autoridades mineras territoriales en ejercicio de funciones o competencias delegadas por una autoridad minera nacional, ésta Corporación ha considerado que el acto de delegación no exime de responsabilidad al delegante, pues éste conserva la titularidad de las competencias y funciones delegadas y las autoridades mineras delegatarias actúan en su nombre.

Al respecto ésta Corporación señaló:

*“Según lo expuesto, no se remite a duda que: **el delegante mantiene la titularidad de la competencia delegada, pues el delegatario actúa como si lo estuviera haciendo el delegante**, No de otra forma se explicaría que contra las decisiones que aquél adopta en ejercicio de las atribuciones delegadas, procedan los mismos recursos que sería viable ejercer en contra de los actos administrativos proferidos por éste y que la regulación normativa de la delegación de funciones aplicable al caso presente en forma expresa disponga que los actos que ejecute la Gobernación de Antioquia, Secretaría de Minas y Energía en ejercicio de las funciones que por la Resolución 3-1903 de 1992 (30 de septiembre), se le delegaron se considerarán de carácter nacional para todos los efectos legales.”*

Así las cosas y bajo el entendido de que los actos administrativos proferidos por Entidades Departamentales mineras en ejercicio de competencias o funciones delegadas se consideran como actos dictados por la Autoridad Minera a Nivel nacional, no resulta entonces procedente que en el presente asunto el demandado Nación-Ministerio de Minas y Energía se exima de responsabilidad por los actos administrativos expedidos por la Secretaría Departamental de la Gobernación del Cesar en ejercicio de las funciones delegadas por éste.



En efecto, en el presente asunto se encuentra demostrado que el trámite de la propuesta de contrato de concesión minera se inició en Ingeominas, entidad adscrita al Ministerio de Minas y Energía quién posteriormente la remitió ante la Secretaría Departamental de Minas de la Gobernación del Cesar quién continuó con su trámite y expidió los actos administrativos que ahora se impugnan en ejercicio de las funciones y competencias delegadas por el Ministerio de Minas y Energía.

Con base en lo expuesto, la Sala declarara improcedente la excepción que el demandado Nación- Ministerio de Minas y Energía denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, pues teniendo en cuenta que los actos administrativos impugnados se expidieron por la Secretaría Departamental de la Gobernación del Cesar en ejercicio de las funciones delegadas por dicha autoridad, es evidente que también se encuentra llamada a responder por los presuntos perjuicios que se hubieran podido ocasionar con su expedición.

Resulta igualmente improcedente la excepción de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento interpuesta teniendo en cuenta que la Resolución No. 000244 del 8 de septiembre de 2010 y mediante la cual se resolvió el recurso interpuesto en contra de la Resolución No. 000163 del 16 de junio de 2010 que rechazó la propuesta de contrato de concesión minera presentada por el actor, se notificó el 15 de septiembre de 2010 y que el actor presentó una solicitud de conciliación prejudicial el 31 de diciembre de 2010, para la fecha en la que se presentó la demanda, esto es, el 18 de marzo de 2011, aún no habían transcurrido los 4 meses previstos en la norma para que operara dicho fenómeno.

Respecto de la excepción que la demandada denominó “*mala fe y enriquecimiento ilícito*” del accionante que funda en la existencia de otros procesos de nulidad y restablecimiento del derecho impetrados por el actor radicados bajo los Nos. 2011-0121 con ponencia del Magistrado Doris Armando Pinzón y 2011-00463 con ponencia del Magistrado Alberto Espinoza Bolaños, la Sala estima que tampoco resulta procedente, pues una vez arrimados a la secretaría de ésta Corporación en calidad de préstamo²⁵, se pudo verificar que los mismos versan sobre actos administrativos mediante los cuales se rechazaron otras propuestas de contrato de concesión minera diferentes a las

²⁵ Folios 392 a 393 del C. No. 1.



que ahora es objeto de discusión en el presente asunto que es la propuesta de contrato de concesión identificada con la placa No. KGS-14591.

En cuanto a las demás excepciones formuladas, la Sala considera que éstas se encuentran directamente relacionadas con el fondo del litigio, de forma tal que serán resueltas al momento de proferir sentencia de mérito.

3. Nociones generales de la Responsabilidad precontractual o “culpa in contrahendo”.

Son muy pocos los eventos en los cuales el consentimiento o la voluntad de contratar y el contrato se forman en un único momento o instantáneamente²⁶, de forma tal que el perfeccionamiento del negocio jurídico o del contrato, por regla general se ve precedido de una serie de negociaciones o de tratos preliminares a través de los cuales las partes fijan las reglas que regirán en el contrato proyectado y la conveniencia de celebrarlo²⁷.

Ahora, con independencia de que las negociaciones o tratativas preliminares no sean vinculantes en la medida en que las partes no se encuentran obligadas a celebrar el contrato proyectado, sí tienen el deber de actuar de buena fe, con lealtad, y corrección, de forma tal que si alguna de ellas asume un comportamiento contrario a la buena fe, desleal o incorrecto en ésta etapa y con ello causa un daño a su contraparte, deberá responder por los daños que con su conducta ocasione.

Si bien la responsabilidad derivada de los comportamientos asumidos por las partes en la etapa previa a la celebración del contrato tuvo sus orígenes en el Derecho Romano en las nociones de dolo y la violencia como delitos, antes de que estos se erigieran como tipos de vicios de consentimiento²⁸, su desarrollo se estructuró sobre la base de considerar como injusto que en la etapa de tratativas preliminares uno de los negociadores decidiera romper injustificadamente con las mismas o asumiera un comportamiento desleal, incorrecto o contrario a la buena fe, ocasionando un daño al

²⁶ Como ejemplo de negocios jurídicos o de contratos en los cuales el consentimiento y el contrato se forman instantáneamente se ha hecho referencia a “(...) el contrato de venta a precio fijo, en el contrato de transporte tranviario y otros análogos, o cuando la entidad económica del contrato exige al contratante de un examen (aún sumario) de los compromisos que asume, o también cuando las cláusulas contractuales están dispuestas previa y unilateralmente y quién así las dispuso no consiente que la contraparte las discuta u obtenga su modificación...” Messineo Francesco en “*Doctrina General del Contrato*”, Tomo I, Ediciones jurídicas Europa- América, Ed. Temis Ltda. Pág. 308

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Hinestrosa Fernando en “*Tratado de las Obligaciones II, de las fuentes de las obligaciones, El Negocio Jurídico*” Volumen I, Ed, Universidad Externado de Colombia, abril de 2015, Pág. 721.



otro y no se encontrara obligado a responder por ello, así como también en la diferenciación entre la libertad de los negociantes para romper las relaciones encaminadas a la celebración de un contrato justificadamente y de hacerlo culposamente causando un daño.

En efecto, en la etapa de negociaciones las partes asumen una “*obligación de diligencia in contrahendo*”²⁹ o si se quiere el deber de asumir un comportamiento correcto y leal, de forma tal que si alguno de ellos se comporta de forma desleal o incorrecta o rompe injustificadamente las negociaciones, se verá comprometida su responsabilidad, debiendo entonces responder por los daños que con su actuación haya podido ocasionar en el negociante que confió legítimamente que el negocio jurídico o el contrato proyectado efectivamente se iba a celebrar ³⁰ y en la actuación desplegada por aquel en la fase de negociación del contrato.

Y es que la ruptura o terminación de las negociaciones encaminadas a la celebración de un contrato por una de las partes, no se constituye por sí sola en una conducta reprochable desde el punto de vista jurídico que pueda dar lugar a una responsabilidad precontractual, pues éstas gozan de una libertad relativa para decidir si continúan o no con ellas o si formalizan el contrato, lo que sí resulta reprochable es que alguna de ellas decida injustificadamente dar término a las mismas o asuma una conducta culposa en ésta fase del contrato y con ella ocasione un daño, siendo la culpa uno de los elementos determinantes más no esencial de éste tipo de responsabilidad³¹.

De ésta forma, se entiende que es el comportamiento contrario a la buena fe, incorrecto y desleal en la etapa de negociaciones o tratativas preliminares lo que determina la imputación de una responsabilidad precontractual, con independencia de que el daño se evidencie en esa misma fase de negociaciones o con posterioridad a la celebración

²⁹ *Ibidem*. Pág 722.

³⁰ *Ibidem*, Pág. 728.

³¹ Al respecto se ha señalado “(...) se pone de manifiesto que la sola ruptura o terminación de las negociaciones por uno de los negociadores no es en sí algo reprochable y, menos, un hecho generador de responsabilidad. Siguiendo el patrón ordinario de la responsabilidad (responsabilidad por culpa, art. 2341 c.c.) se ha solido exigir, como elemento del supuesto de hecho, la culpa del demandado, A ella se alude con el adjetivo, que descalifica la conducta de éste. Ahora bien, ¿Qué se entiende por “ruptura injustificada”? ¿Equivale está a haber obrado con culpa y, en tal supuesto, qué grado de culpa se exige y cómo valorarla? Culpa, es decir, error de conducta en que no habría incurrido una persona medianamente cuidadosa y diligente ante los mismos hechos, que el juez estimará según su propio criterio, que es de suponer, también, es el de una persona ordinaria(...)” Hinestrosa Fernando en “Tratado de las Obligaciones II, de las fuentes de las obligaciones, El Negocio Jurídico” Volumen I, Ed, Universidad Externado de Colombia, abril de 2015, Pág. 732.



del contrato, lo importante es que tenga su origen en una actuación culposa asumida en la etapa de negociaciones previas.

Es de precisar en éste punto que las conductas exigibles en ésta etapa de tratativas preliminares se determinan según las características y condiciones particulares de cada relación negocial, de forma tal que cualquier comportamiento desleal, incorrecto o contrario a la buena fe en el marco de la respectiva negociación puede dar lugar a este tipo de responsabilidad³².

Así las cosas, podría afirmarse que es bastante amplio el tipo de conductas que pueden dar lugar a la configuración de una responsabilidad precontractual, las cuales se verán determinadas por las mismas circunstancias que rodean la negociación, la calidad de las partes o incluso la naturaleza misma del contrato que se proyecta celebrar³³ y que pueden consistir ya sea en que una de las partes inicie negociaciones a sabiendas de que no continuará con éstas, continuarlas a sabiendas de que no va a contratar, romperlas o emprender comportamientos que den lugar a que estas se rompan injustificadamente o incluso en no poner en conocimiento de la contraparte la información correcta, necesaria, oportuna y completa³⁴, omitir información que diera lugar a que la persona no celebrara el contrato o incluso no dar cumplimiento o aplicación a las normas vigentes para la época en la que tuvieron lugar las negociaciones o tratativas preliminares

Así pues, a nivel de doctrina se han reconocido algunas hipótesis o casos en los cuales se puede configurar una responsabilidad precontractual a saber: i) Cuando las negociaciones se encuentren en tal estadio que uno de los negociantes confía legítimamente que el contrato se va a celebrar y el otro decide romperlas de forma injustificada o inopinada; ii) Cuando se celebra un contrato es nulo y uno de los negociantes tiene conocimiento de dicho vicio al celebrarlo pero no informa dicha circunstancia al otro negociante³⁵; y iii) Cuando se celebra un contrato válido que resulta desventajoso para la otra parte como consecuencia de la vulneración de deberes precontractuales³⁶.

³² *Ibídem.* Págs. 731 a 734.

³³ *Ibídem.* Pág. 733.

³⁴ *Ibídem.* Pág. 725.

³⁵ Hinestrosa Fernando en “Tratado de las Obligaciones II, de las fuentes de las obligaciones, El Negocio Jurídico” Volumen I, Ed, Universidad Externado de Colombia, abril de 2015, Pág. 731.

³⁶ MARÍA PAZ GARCIA Y MARTA OTERO, La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo, en Revista para el análisis del derecho, www.indret.com, Barcelona, abril de 2010



“En relación con el primero de estos grupos se reconoce, desde un punto de vista de derecho comparado, que la ruptura de las negociaciones precontractuales es una manifestación de la libertad contractual, sujeta a unos límites. Se está en el segundo de los grupos cuando el comportamiento contrario a la buena fe afecta el consentimiento del otro contratante; y la tercera hipótesis se presenta cuando pese a que el comportamiento desleal de una de las partes no alcanza a afectar la validez del contrato, éste resulta manifiestamente desfavorable, principalmente ocurre por la violación a los deberes de información íntegra y correcta”³⁷³⁸.

3.1. Contexto Constitucional de la responsabilidad precontractual.

En tratándose de contratos celebrados por el Estado la existencia de un régimen de responsabilidad precontractual se funda primordialmente en la cláusula general de responsabilidad prevista en el artículo 90 de la Constitución Política, que da lugar a que una vez verificado el daño antijurídico que se le ha ocasionado a una de las partes en el marco de una negociación con ocasión de la ruptura injustificada de las mismas por parte de la otra y que ésta le sea imputable por una actuación incorrecta, desleal o contraria al principio de buena fe, genere la obligación de ordenar la reparación íntegral de los perjuicios que con dicha conducta se ocasionaron.

La existencia de éste régimen de responsabilidad también se funda en el artículo 333 de la Constitución política mediante el cual se protege el derecho a la libre competencia, al considerar la garantía de éste como ese primer escenario de la actividad contractual estatal en el cual si bien los negociantes no se encuentran obligados a continuar con las negociaciones o de llevarlas a feliz término, sí se les exige desplegar un comportamiento acorde con los principios de buena fe objetiva y de aquellos que rigen la actividad comercial, así como también el deber de asumir comportamiento de lealtad, corrección, diligencia y respeto.

También se estructura sobre aquellas normas constitucionales que de manera especial protegen la inversión como un factor del desarrollo económico social, pues no debe olvidarse que, de un lado, dentro de los fines esenciales del estado está, entre otros,

³⁷ MARIA PAZ GARCIA Y MARTA OTERO, La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo, cit. pág. 50

³⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de noviembre de 2015, Expediente: 51.376.



facilitar la participación de todos en la vida económica³⁹ y que, de otro lado, los servicios públicos son inherentes a su finalidad social, razón por la cual debe asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.⁴⁰

3.2. Contexto legal civil y comercial.

Ya en anteriores oportunidades ésta Subsección se había pronunciado al respecto para señalar:

“De lo preceptuado en el artículo 871 del Código de Comercio, con redacción parecida al artículo 1603 del Código Civil se desprende que en todo el iter contractual, esto es antes, durante y después de la celebración del contrato, y aún después de su extinción, se impone a los intervinientes el deber de obrar de conformidad con los postulados de la buena fe.”⁴¹

En efecto, aquel precepto prevé que los contratos deben “celebrarse y ejecutarse de buena fe, y en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.”

Pero además, como si no fuera suficiente, el artículo 863 de esa misma codificación ordena que “las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa⁴² en el periodo precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen”, precepto este que en la contratación pública ha de tenerse como un desarrollo del principio general de planeación que debe informar a toda la actividad contractual del Estado.⁴³

Sin embargo con frecuencia inusitada se cree que la buena fe a que se refiere estos preceptos consiste en la convicción de estar obrando conforme a derecho, en la creencia de que la conducta se ajusta en un todo a lo convenido y, en general, en el convencimiento de que se ha

³⁹ Artículo 2º de la Constitución Política.

⁴⁰ Artículo 365, ibídem.

⁴¹ Aunque el artículo 1603 sólo expresa que “deberán ejecutarse”, el entendimiento es que el deber de buena fe objetiva comprende todo el iter contractual (Original del texto que se cita).

⁴² Sobre el desacierto en que incurrió el legislador colombiano al introducir en esta norma la expresión “exenta de culpa” vid.: M. L. NEME VILLARREAL. Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos. En: Revista de Derecho Privado No. 17, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009; M. L. NEME VILLARREAL. La presunción de buena fe en el sistema jurídico colombiano: una regla cuya aplicación tergiversada desnaturaliza el principio. En: Revista de Derecho Privado No. 18, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010(Original del texto que se cita).

⁴³ Sobre el principio de planeación ésta subsección expresó: “Dentro de esos parámetros, como se acaba de expresar, se encuentran los estudios previos que, entre otros fines, persiguen cumplir con la obligación de establecer los precios reales del mercado de aquellas cosas o servicios que serán objeto del contrato que pretende celebrar la administración de tal suerte que pueda tener un marco de referencia que le permita evaluar objetivamente las propuestas que se presenten durante el respectivo proceso de escogencia del contratista.” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 28 de marzo de 2012, expediente 22471(Original del texto que se cita).



observado la normatividad y el contrato, independientemente de que esto sea efectivamente así por haberse incurrido en un error de apreciación porque se piensa que lo que en verdad importa es ese estado subjetivo consistente en que se tiene la íntima certidumbre de haber actuado bien.

Empero nada más lejano de la realidad que esa suposición porque la buena fe contractual no consiste en creencias o convicciones de haber actuado o estar actuando bien, es decir no es una buena fe subjetiva, sino que estriba en un comportamiento real y efectivamente ajustado al ordenamiento y al contrato y por consiguiente ella, tal como lo ha señalado ésta Subsección, “consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia”,⁴⁴ es decir, se trata aquí de una buena fe objetiva y “por lo tanto, en sede contractual no interesa la convicción o creencia de las partes de estar actuando conforme a derecho”⁴⁵ o conforme al contrato, pues tales convencimientos son irrelevantes porque, habida cuenta de la función social y económica del contrato, lo que en verdad cuenta son todos los actos reales y efectivos que procuran la cabal realización de estas funciones dentro del ámbito de la legalidad y de la lealtad y corrección, esto es, ajustados en un todo al ordenamiento jurídico y a lo convenido”⁴⁶.

En ésta misma línea se encuentra el ordenamiento jurídico civil italiano, en los términos del artículo 1337 del *codice civile* que establece que: “Las partes en el desarrollo de las tratativas y en la formación del contrato deben comportarse de buena fe”.

Con fundamento en dicha norma, la jurisprudencia italiana ha considerado que no toda terminación abrupta de las tratativas o en general aquella que se dé durante la formación del contrato, conlleva indefectiblemente a imputarle una responsabilidad a quien interrumpe el *iter precontractual*, sino que supone una negociación tan avanzada que justifique una creencia razonable de que el contrato se celebrará y que las negociaciones se vean interrumpidas de forma injustificada⁴⁷.

⁴⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 22 de junio de 2011, expediente 18836.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 19 de noviembre de 2012, Expediente: 22043.

⁴⁷ Rodolfo Sacco y Giorgio de Nova, *Il Contratto*. Tomo Secondo. UTET, Turín 1996, pág. 233.



Luego, si lo que ocurre en un determinado asunto es que una persona presenta una propuesta para celebrar un contrato de concesión minera y la autoridad minera territorial decide rechazar su propuesta aplicando una normativa que no se encontraba vigente para la fecha en la que la propuesta se presentó, es evidente que en este caso la actuación asumida por ésta es totalmente contraria al principio de buena fe y a los deberes de corrección y lealtad que deben regir toda relación negocial.

3.3. Daño resarcible en materia de responsabilidad precontractual.

En materia de responsabilidad precontractual del Estado el daño puede ser definido como aquella pérdida o aminoración, definitiva, cierta, determinada o determinable y anormal a un derecho o un interés jurídicamente tutelado que sufre uno de los negociantes ante la ruptura injustificada de las negociaciones o tratativas preliminares a la celebración del contrato o por una acción de mala fe, incorrecta o desleal o una omisión de una autoridad o de un particular en ejercicio de funciones pública administrativas de naturaleza precontractual y que el negociante frustrado no se encontraba en el deber jurídico de soportar.

De ésta forma se entiende que son dos los escenarios que concurren en el daño precontractual Estatal, el primero de ellos, de libertad negocial descrito por el artículo 333 de la Constitución Política, con fundamento en el cual toda persona puede acudir libremente a contratar con el estado; y el segundo de ellos enmarcado por el principio de buena fe y los deberes de corrección, diligencia y lealtad que deben ser asumidos por cada una de las partes contratantes en el marco de las negociaciones o de tratativas preliminares a la celebración del contrato, de forma tal que si una de ellas asume un comportamiento contrario a la buena fe o incurre en incumplimiento de sus deberes, le corresponderá entonces responder por los daños que con su conducta cause al negociante que confió legítimamente en la celebración del negocio proyectado.

3.3.1. El interés negativo, la pérdida de oportunidad (chance) y el interés positivo en la responsabilidad precontractual.



El interés negativo o *“id quod interest contractum in initum non fuisse”*⁴⁸ equiparable a la noción de daño emergente o *Damnum emergens*, hace referencia a la *“lesión efectivamente causada por el agresor”*⁴⁹ es decir, la pérdida patrimonial efectiva o el menoscabo de los activos que conforman el patrimonio del negociante frustrado y que puede consistir en los gastos que no hubiera realizado de prever que el contrato no se celebraría⁵⁰ o las sumas que invirtió en la negociación o simplemente en *“la no utilización alternativa del tiempo, de la actividad y del dinero inútilmente empleados”*⁵¹.

Ya en anteriores oportunidades esta Subsección había señalado que el *“interés negativo o de confianza”, que comprende aquellos gastos, expensas o pérdidas que se causan por la no celebración del contrato*⁵², como los gastos desplegados durante la fase de formación del contrato [v.gr., gastos de desplazamiento, de papelería, de llamadas telefónicas, de oportunidades de suscripción de otros contratos, etc.]⁵³.

Así, se entiende que el interés negativo se refiere a todos aquellos gastos o pérdidas en las que incurrió el negociante frustrado durante la etapa de la negociación confiando legítimamente que el contrato proyectado se celebraría efectivamente.

La pérdida de oportunidad es *“el quebranto consistente en la pérdida de oportunidad de celebrar otro contrato en condiciones análogas al que se escapó por obra del demandado, cuyo reconocimiento y estimación pecuniaria dependen de la efectividad de esa frustración adicional, es decir, de la seriedad, probabilidad y economía de ese otro contrato y, obviamente, del impacto patrimonial consiguiente, del que, sin más, habría que suprimir el interés positivo”*⁵⁴.

⁴⁸ Messineo Francesco en *“Doctrina General del Contrato”*, Tomo I, Ediciones jurídicas Europa- América, Ed. Temis Ltda. Pág. 308

⁴⁹ Hinestrosa Fernando en *“Tratado de las Obligaciones II, de las fuentes de las obligaciones, El Negocio Jurídico”* Volumen I, Ed, Universidad Externado de Colombia, abril de 2015, Pág. 738.

⁵⁰ Messineo Francesco en *“Doctrina General del Contrato”*, Tomo I, Ediciones jurídicas Europa- América, Ed. Temis Ltda. Pág. 309, 310.

⁵¹ Hinestrosa Fernando en *“Tratado de las Obligaciones II, de las fuentes de las obligaciones, El Negocio Jurídico”* Volumen I, Ed, Universidad Externado de Colombia, abril de 2015, Pág. 737.

⁵² BIGLIAZZI GERI, Lina (et al), *Derecho civil. Hechos y actos jurídicos*, ob., cit., p.760. “[...] La magnitud del resarcimiento debe ser proporcionada a las consecuencias económicas perjudiciales conexas con la actividad desarrollada durante las negociaciones (por ejemplo: expensas de correspondencia y telefónicas, transferencias, pericias, etc.), pero no con las ventajas, o, como suele decirse, con las “oportunidades favorables” eventualmente perdidas al no haberse comprometido en otros contratos”.

⁵³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de noviembre de 2015, Expediente: 51.376.

⁵⁴ Hinestrosa Fernando en *“Tratado de las Obligaciones II, de las fuentes de las obligaciones, El Negocio Jurídico”* Volumen I, Ed, Universidad Externado de Colombia, abril de 2015, Pág. 740 y 741.



De ésta forma, la figura a la que se alude puede comprender las utilidades perdidas por el negociante frustrado ante la no celebración de otro contrato de similares condiciones al que legítimamente esperaba celebrar con quien rompió injustificadamente las negociaciones, o el rechazo de una oferta para celebrar un contrato de similares condiciones al que se frustró o incluso, la pérdida de oportunidad de encontrar otros inversionistas, entre otras circunstancias.

El interés contractual positivo, asimilable a la noción de lucro cesante o *lucrum cessans*, hace referencia a *“la desaparición o disminución de los ingresos justamente esperados”*⁵⁵ es decir, la pérdida o aminoración de los ingresos o utilidades que el negociante frustrado esperaba obtener con ocasión de la celebración del contrato proyectado.

Ya en anteriores oportunidades esta Subsección había señalado que: *“el “interés positivo”, que comprende las “ventajas conexas con la ejecución del contrato”*⁵⁶, *que pueden representarse en la utilidad que se desprende de la naturaleza y condiciones del contrato frustrado, de las expectativas ciertas creadas en función de las actividades, mercados y productos que se relacionaban directamente con el mismo, por ejemplo”*⁵⁷.

Así, se entiende que el interés contractual positivo comprende todos aquellos, ingresos o utilidades que el negociante frustrado esperaba percibir con ocasión de la celebración del contrato proyectado.

Ahora, en materia de responsabilidad precontractual sólo resulta procedente el reconocimiento del denominado interés negativo y en algunos casos específicos de las utilidades derivadas de la pérdida de oportunidad, siempre y cuando el negociante frustrado logre acreditar los perjuicios que alega por dicho concepto y el nexo de causalidad existente entre estos y la ruptura injustificada de las negociaciones o el comportamiento contrario a la buena fe, lealtad y corrección del otro negociante.

No resulta entonces procedente el reconocimiento del interés positivo, pues se le estaría reconociendo al negociante frustrado las utilidades que esperaba obtener con

⁵⁵ *Ibídem* Pág. 737.

⁵⁶ BIGLIAZZI GERI, Lina (et al), *Derecho civil. Hechos y actos jurídicos*, ob., cit., p.761.

⁵⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de noviembre de 2015, Expediente: 51.376.



un contrato que no celebró y cuya celebración no tenía asegurada, o lo que es lo mismo, un contrato sobre el cual no tenía un derecho adquirido a percibir sus utilidades puesto que no se había celebrado.

4. Pretensión de cumplimiento en la acción de controversias contractuales.

Tampoco resultaría procedente que en sede de responsabilidad precontractual y ante la declaratoria de nulidad de unos actos administrativos por medio de los cuales se adjudicó el contrato a otro proponente que no tenía la oferta más favorable a la administración o a través de los cuales se rechazó una propuesta para celebrar un contrato de concesión minera, entre otros, la entidad contratante se encuentra obligada a ordenar que se siga con el trámite de selección o de celebración del contrato respectivo, pues por un lado, el negociante frustrado no tiene un derecho adquirido a que la entidad estatal celebre un contrato con éste; y de otro, ello iría en contra de los principios de la administración pública, ya que si bien la administración se encuentra obligada a responder por los perjuicios que con sus decisiones cause, no se encuentra obligada de ninguna manera a celebrar el contrato ni a ordenar que se continúe con el procedimiento previsto en la ley para llevarlo a feliz término.

En efecto, el artículo 863 del Código de Comercio al prever que *“las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen”*, está estableciendo como única obligación a cargo del negociante que actuó de mala fe o que rompió injustificadamente las negociaciones, la de indemnizar los perjuicios ocasionados al negociante frustrado.

Es de precisar en éste punto que en materia de contratación estatal se ha considerado que el artículo 1546 del Código de Comercio no resulta plenamente aplicable en lo relativo a la pretensión de cumplimiento del contrato, es decir, que en ejercicio de la acción de controversias contractuales no se le puede exigir ya sea a la administración o al contratista que cumpla con lo pactado en el contrato cuando alguno de ellos ha incurrido en incumplimiento

Al respecto se ha señalado:



“(...) Lo procedente [frente al incumplimiento de la administración] sería un típico pronunciamiento de la justicia sobre responsabilidad contractual de la administración que debe concretarse en una solicitud al juez para que, previa declaratoria de responsabilidad por incumplimiento, ordene reconocer y pagar los perjuicios que con su conducta causó al contratista, esto como consecuencia previa, obvia y necesaria, se insiste, de una declaración de incumplimiento. Por otra parte, si el incumplido es el contratista, como lo hemos advertido, existen las medidas coercitivas y las potestades sancionatorias atribuidas a la administración por la ley para asegurar la ejecución del objeto contractual(...) A estas conclusiones llega la corporación de la aplicación preferencial de la norma especial del artículo 87 cca sobre el texto del artículo 1646 C.C. que es norma general.

En virtud del principio de especialidad se deduce este criterio restrictivo de la pretensión de cumplimiento. La tesis se construye a partir del texto claro del artículo 87 cca que determina como una de las pretensiones básicas del contencioso contractual del Estado la de que se declare el incumplimiento del contrato y que se condene al contratante responsable a indemnizar los perjuicios. Esto significa que la aplicación del artículo 1546 C.C., que consigna la llamada condición resolutoria tácita, en relación con los contratos estatales presenta algunas variaciones sustanciales respecto de lo dispuesto en el Código Contencioso, de aquí que la pretensión consecuencial de simple indemnización sea principal en materia administrativa, previa determinación de responsabilidad por el incumplimiento”⁵⁸.

5. Régimen jurídico aplicable a la propuesta de contrato de concesión minera.

Al presente asunto le son aplicables las disposiciones previstas en la Ley 685 de 2001⁵⁹ y en el Decreto No. 2345 de 2008⁶⁰ Estatutos vigentes para la época en que el actor presentó vía internet su propuesta para celebrar el contrato de concesión minera identificado con la placa No. KGS-14591, el cual tenía por objeto la exploración y explotación de una mina de caliza y demás concesibles ubicada en la jurisdicción del Municipio de Bosconia del Departamento del Cesar con una extensión de 1168 hectáreas, esto es, el 29 de julio de 2009.

En efecto, el artículo 2º de la Ley 685 de 2001 prevé que sus disposiciones regularan las relaciones jurídicas existentes entre el Estado y los particulares y entre éstos tendientes a la elaboración de trabajos y obras de industria minera en sus fases de prospección, exploración, construcción y montaje, explotación, beneficio, transformación, transporte y promoción de los minerales encontrados en el suelo o subsuelo, con independencia de que estos fueran de propiedad nacional o privada.

A su vez, mediante su artículo 4º dispuso que los únicos requisitos, formalidades, documentos y pruebas que serían exigibles a los interesados serían los previstos en ese Código tanto para la presentación de las propuestas, como para el trámite y

⁵⁸ Santofimio Gamboa Jaime Orlando “Tratado de Derecho Administrativo, Contencioso Administrativo” Tomo III, Ed. Universidad Externado de Colombia año 2004, Págs. 239 y 240.

⁵⁹ “Por el cual se expide el Código de Minas”.

⁶⁰ “Por el cual se adoptan medidas para la presentación de propuestas de contratos de concesión a través de medios electrónicos”.



resolución de los negocios mineros en trámite de obtener su perfeccionamiento y que con sujeción al artículo 84 de la Constitución Política, ninguna autoridad minera podría establecer o exigir permisos, licencias o requisitos adicionales ni para evaluar la procedencia de las propuestas ni la expedición, perfeccionamiento y ejercicio del título minero.

Por su parte, mediante el artículo 1º del Decreto No. 2345 de 2008 se adoptó la plataforma tecnológica que se denominó “CATASTRO MINERO COLOMBIANO”, como mecanismo para la presentación de propuestas de contratos de concesión por los proponentes mineros, y en su artículo 17 estableció que una vez culminado el procedimiento allí regulado, la Autoridad Minera Delegada continuaría con el trámite regulado mediante la Ley 685 de 2001.

Si bien dicha normativa fue modificada por la Ley 1382 de 2010⁶¹, normativa que mediante su artículo 31 dispuso que empezaría a regir a partir de la fecha de su publicación, es decir desde el 9 de febrero de 2010 y que la propuesta para celebrar un contrato de concesión minera se presentó el 29 de julio de 2009, es evidente que al presente asunto le son aplicables las disposiciones previstas en la Ley 685 de 2001.

Así las cosas, se entiende que teniendo en cuenta que las actuaciones que dieron lugar a la expedición de los actos administrativos cuya nulidad ahora se pretende se iniciaron previamente a la expedición de la Ley 1382 de 2010, son entonces aplicables al presente asunto las disposiciones previstas en la Ley 685 de 2001.

6. Procedimiento a seguir para la presentación de propuestas de contrato de concesión minera en vigencia de la Ley 685 de 2001.

En lo relativo a la propuesta presentada por el actor resulta pertinente hacer referencia al artículo 16 de la Ley 685 de 2001 que dispone que mientras la solicitud o propuesta para celebrar un contrato de concesión se encuentre en trámite, ésta no confiere por sí sola un derecho adquirido en favor del proponente y frente al estado de celebrarlo.

En cuanto al procedimiento y los requisitos para la presentación de la propuesta para celebrar el contrato de concesión minera, el artículo 270 de la Ley 685 de 2001 establece que ésta podrá ser presentada por el interesado directamente o por su apoderado ante la autoridad competente o delegada, ante el notario o alcalde de la

⁶¹ “Por el cual se modifica la ley 685 de 2001 Código de Minas”.



residencia del proponente, por envió mediante correo certificado o a través de medios electrónicos cuando al autoridad minera disponga de los equipos y servicios requeridos para ello.

A través del artículo 271 de la Ley 685 de 2001 se consagraron como requisitos de la propuesta para celebrar el contrato de concesión minera los siguientes a saber:

- Nombre, Identidad y domicilio.
- Señalar el Municipio o Departamento y la autoridad ambiental del área o trayecto en el cual se pretende ejecutar el contrato respectivo.
- Describir el área en la cual se pretende ejecutar el contrato y su extensión e indicar el mineral o los minerales objeto del mismo.
- Mencionar los grupos étnicos con asentamiento permanente en el área objeto del contrato o poner de presente la circunstancia de encontrarse total o parcialmente en una zona indígena o de comunidades negras o mixtas.
- Adjuntar cuando así se requiera las autorizaciones o conceptos de otras autoridades para la exploración y explotación de zonas restringidas en todo o en parte, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 35.
- Señalar los términos de referencia y guías mineras aplicables a los trabajos de exploración objeto del contrato y el estimativo de la inversión económica resultante de la aplicación de éstos; y
- Allegar los planos respectivos con las características y especificaciones previstas en los artículos 66⁶² y 67⁶³ de la Ley 685 de 2001.

7. Causales de Rechazo de las propuestas en vigencia de la Ley 685 de 2001.

El artículo 274 de la Ley 685 de 2001 relativo al Rechazo de las propuestas dispone:

⁶² Ley 685 de 2001, “**Artículo 66.** Las reglas técnicas. En la identificación y delimitación del área objeto de la propuesta y del contrato, serán de obligatoria aplicación los principios, criterios y reglas técnicas propias de la ingeniería, geología y la topografía, aceptadas y divulgadas oficialmente”.

⁶³ Ley 685 de 2001 “**Artículo 67.** Normas técnicas oficiales. El Gobierno Nacional por medio de decreto, establecerá, en forma detallada, los requisitos y especificaciones de orden técnico minero que deban atenderse en la elaboración de los documentos, planos, croquis y reportes relacionados con la determinación y localización del área objeto de la propuesta y del contrato de concesión, así como en los documentos e informes técnicos que se deban rendir. Ningún funcionario o autoridad podrá exigir en materia minera a los interesados la aplicación de principios, criterios y reglas técnicas distintas o adicionales a las adoptadas por el Gobierno”.



“Artículo 274. Rechazo de la Propuesta. *La propuesta será rechazada si el área pedida en su totalidad se hallare ubicada en los lugares y zonas señaladas en el artículo 34 de este Código, si no hubiere obtenido las autorizaciones y conceptos que la norma exige; si se superpone totalmente a propuestas o contratos anteriores; si no cumple con los requisitos de la propuesta o si al requerirse subsanar sus deficiencias no se atiende tal requerimiento. En caso de hallarse ubicada parcialmente, podrá admitirse por el área restante si así lo acepta el proponente”.*

Pues bien, de la norma referida se logra evidenciar que son 5 las causales que podían dar lugar al rechazo de la propuesta presentada para celebrar un contrato de concesión minera en vigencia de la Ley 685 de 2001.

En primer lugar, la autoridad legal podrá rechazar la propuesta cuando ésta se presente para ejecutar un contrato de concesión minera en un área o zona sobre la cual la ley o una autoridad competente para ello ha dispuesto que no se pueden ejecutar trabajos u obras de exploración y explotación de minas con el objeto de propender por su especial protección o para el desarrollo de los recursos naturales renovables o del ambiente, es decir, aquellas áreas o zonas que integran el sistema de parques nacionales naturales, parques naturales de carácter regional y zonas de reserva forestal, entre otros.

No obstante lo anterior, la misma norma otorga la posibilidad de que en caso de que el proponente presente su propuesta sobre un área o zona que se encuentra parcialmente protegida por ley o por orden de una autoridad legal competente, la autoridad minera competente podrá otorgarle la concesión respecto de la parte de esa área o zona que no se encuentra especialmente protegida por la Ley o por orden de una autoridad competente.

En segundo lugar, cuando la propuesta se presente para ejecutar el contrato sobre zonas o lugares restringidos y sobre los cuales para llevar a cabo actividades de exploración y explotación requieran de una autorización o concepto especial y el proponente no los hubiese obtenido, que en términos del artículo 35 de la Ley 685 de 2001 son los siguientes a saber:

- Cuando se presente la propuesta para ejecutar el contrato de concesión sobre zonas que se encuentren dentro del perímetro urbano de las ciudades o poblados, deberá sujetarse a lo dispuesto por los acuerdos municipales adoptados conforme a las normas legales sobre el régimen municipal.



- Cuando se presente la propuesta para ejecutar el contrato de concesión sobre áreas que se encuentren ocupadas por construcciones rurales, incluyendo huertas, jardines y solares, el proponente requiere de la autorización de su propietario o poseedor y siempre y cuando su actividad no reporte peligro alguno para la salud o integridad de sus moradores.
- Cuando se presente la propuesta para ejecutar el contrato de concesión sobre zonas de especial interés arqueológico, histórico o cultural, el proponente requiere de la autorización de la autoridad competente.
- Cuando se presente la propuesta para ejecutar el contrato de concesión sobre playas, zonas de bajamar y en los trayectos fluviales servidos por empresas públicas de transporte y cuya utilización continua haya sido establecida por autoridad competente, el proponente deberá obtener el permiso de la misma sujetándose a las condiciones técnicas y operativas por ella señaladas.
- Cuando se presente la propuesta para ejecutar el contrato de concesión sobre áreas ocupadas por una obra pública o adscritas a un servicio público, el proponente deberá obtener permiso previo de la persona a cuyo cargo esté el uso y gestión de la obra o servicio, que las normas que regulan la obra o servicio no sean incompatibles con la actividad minera a ejecutar y que ésta no afecte la estabilidad de las construcciones e instalaciones en uso de la obra o servicio.
- Cuando se presente la propuesta para ejecutar el contrato de concesión sobre áreas constituidas como zonas mineras indígenas, zonas mineras de comunidades negras o zonas mineras mixtas, sólo se podrá otorgar su concesión siempre y cuando *“las correspondientes autoridades comunitarias, dentro del plazo que se les señale, no hubieran ejercitado su derecho preferencial a obtener el título minero para explorar y explotar, con arreglo a lo dispuesto por el Capítulo XIV de este Código”*.

En tercer lugar, la propuesta podrá ser rechazada en aquellos eventos en los cuales haya sido presentada sobre predios o zonas cuya autorización de explotación o exploración ya haya sido concedida o se encuentre en trámite ante la respectiva autoridad minera, ello en atención al derecho de prelación o preferencia que adquiere el proponente que presentó en primer lugar su propuesta frente a otros interesados o terceros conforme al artículo 16 de la Ley 685 de 2001.

En cuarto lugar, podrá ser rechazada si no reúne los requisitos de la propuesta a los que se hizo referencia en líneas anteriores consagrados en el artículo 271 de la Ley 685 de 2001; y



En quinto lugar, la propuesta presentada podrá ser rechazada cuando una vez requerido el proponente para que la subsane no atiende a tal requerimiento.

De forma general se podría afirmar que la causal a la que se alude se configura en los casos previstos en el artículo 273 del Código de Minas, es decir, aquellos en los cuales la autoridad minera requiere al proponente para que dentro de los 30 días siguientes corrija o subsane su propuesta cuando no ha sido posible su identificación o la identificación del área o el trayecto objeto de la propuesta, cuando ésta no se ajuste a los términos de referencia o guías arrimadas o no se alleguen los permisos especiales requeridos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34 de dicha normativa y el proponente no atiende a tal requerimiento.

Por último y teniendo en cuenta que la propuesta para celebrar el contrato de concesión minera se presentó vía internet, resulta pertinente lo dispuesto en el literal g) del artículo 5º del Decreto No. 2345 de 2008, a cuyo tenor se lee:

“ARTÍCULO 5º. *El procedimiento para la radicación por medios electrónicos- vía internet de las propuestas de contrato de concesión minera será el siguiente:*

(...)

g) Los documentos que soportan las propuestas de contratos de concesión radicadas por medios electrónicos vía internet, deberán ser remitidos a la Autoridad Minera correspondiente, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a su radicación por internet”.

Pues bien con todo lo expuesto se deduce que bajo el imperio de la Ley 685 de 2001 y en los términos previstos en su artículo 274, no se estableció como causal de rechazo de la propuesta para celebrar un contrato de concesión minera que el proponente allegara los documentos que la soportan de forma extemporánea, es decir, por fuera del término de tres (3) días previsto en el literal g) del artículo 5º del Decreto No. 2345 de 2008.

Y es que una cosa es allegar los documentos que soportan la propuesta para celebrar un contrato de concesión minera de forma extemporánea y otra cosa muy diferente es que el proponente no allegue los referidos documentos, luego no puede la autoridad minera proceder a rechazar una determinada propuesta de contrato de concesión minera cuando el proponente allega los documentos que la soportan de forma extemporánea cuando la ley no establece dicha hipótesis como una causal de rechazo.



Luego, si lo que ocurre en un determinado asunto es que, bajo el imperio de la Ley 685 de 2001 un particular presenta vía internet una propuesta para celebrar un contrato de concesión minera y allega los documentos que la soportan por fuera del término previsto en el Literal g) del artículo 5º del Decreto 2345 de 2008 y estos son recibidos por la autoridad minera respectiva, es evidente que en este caso no se configuraría ninguna causal que diera lugar al rechazo de su propuesta, pues se repite una cosa es que no se alleguen los documentos que la soportan y otra muy diferente es que estos se alleguen de forma extemporánea y sean recibidos por la autoridad minera competente.

8. Lo probado en el proceso.

En el asunto que ahora se resuelve se encuentra que el 28 de julio de 2009 el actor presentó vía internet su propuesta para celebrar el contrato de concesión minera identificado con la placa No. KGS-14591, el cual tenía por objeto la exploración y explotación de una mina de caliza y demás concesibles ubicada en la jurisdicción del Municipio de Bosconia del Departamento del Cesar con una extensión de 1168 hectáreas (Fols. 4 a 6 del C. No. 1).

Que el 16 de septiembre de 2009 presentó los documentos que soportaban su propuesta contentivos de 7 folios y un plano según oficio de “CATASTRO MINERO COLOMBIANO” regional de Bogotá (Fol. 6 del C. No. 1).

Mediante concepto técnico No. CT-0081-2010 del 31 de mayo de 2010 y en respuesta a la propuesta de contrato de concesión minera identificada con la placa No. KGS-14591 presentada por el señor Santiago González Ramos, el Técnico de la Gobernación del Cesar consideró que dicha dependencia debía expedir un acto administrativo por medio del cual se rechazara la propuesta por estimar que teniendo en cuenta que los documentos que la soportaban no se habían presentado dentro del término previsto en el literal g) del artículo 5º del Decreto 2345 de 2008 no se había dado cumplimiento a los requisitos previstos en el Código de Minas (Fol. 22 del C. No. 1).

A través de la Resolución No. 000163 del 16 de junio de 2010 la Secretaría Departamental de Minas de la Gobernación del Cesar rechazó y archivó la propuesta de



contrato de concesión minera identificada con la placa No. KGS-14591 presentada por el actor, para lo cual tuvo en cuenta el Concepto Técnico No. 0081-2010 y señaló:

“Que el proponente aportó los documentos que soportan las propuestas de contratos de concesión No. KGS-14591 radicada por medio electrónico, el día 16 de Septiembre del 2009 de manera extemporánea, siendo esto así, se presenta incumplimiento del procedimiento fijado en el literal g) del artículo 5 del Decreto 2345 de 2008, por lo cual se entiende no presentado(sic) los documentos de la propuesta.

En consecuencia se hace necesario dar aplicación a lo establecido en el numeral 3º artículo 274 del Código de Minas, el cual señala:

(...)

Que el párrafo segundo (2º) del Artículo 16 de la Ley 1382 del 9 de febrero de 2010, por medio del cual se modifica la Ley 685 de 2001 (Código de Minas), indica:

“Las propuestas que a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley se encuentren en trámite y los títulos mineros que no hubieren pagado el canon correspondiente a la primera anualidad, deberán acreditar dicho pago dentro de los TRES (3), MESES siguientes a la promulgación de la presente ley, so pena de rechazo o caducidad, según corresponda”.

(Resaltado fuera del texto)

Que la Ley 1382 del 9 de febrero de 2010, fue publicada en el Diario Oficial No. 47.618 de 09 de febrero de 2010.

Que de conformidad con el artículo 31 de la Ley 1382 del 09 de febrero de 2010, el Estatuto referido rige a partir de su publicación.

Que de conformidad con lo establecido en el artículo 16 de la Ley 1382 del 09 de febrero de 2010, el término empezó a contabilizarse a partir del 09 de febrero de 2010.

Que se evidencia en el expediente a folio 12, que el proponente presento(sic) el pago del canon según comprobante de consignación del Banco de Bogota(sic) de fecha 03 de junio del 2010 por la suma \$14.134.918,00.

Que el término se encuentro(sic) vencido el día 09 de mayo del 2010 acorde al requerimiento establecido en el artículo 16 de ley(sic) 1382 de 2010 y el proponente presento(sic) el pago de manera extemporáneo(sic) el día 03 de junio del 2010, por lo cual se entiende no presentado.

*Que en consecuencia, teniendo en cuenta lo anterior, lo procedente es rechazar la propuesta de contrato de concesión **No. KGS-14591**” (Fol. 8 del C. No. 1).*

Contra dicha Resolución se presentó el recurso de apelación el cual fue resuelto por medio de la Resolución No. 000244 del 8 de septiembre de 2010 en el sentido de confirmarla en lo relativo a rechazar y archivar la propuesta presentada por el actor en aplicación de lo dispuesto en el No. 3º del artículo 274 de la Ley 685 de 2001, modificado por el artículo 20 de la Ley 1382 de 2010, teniendo en cuenta que el accionante había allegado los documentos de soporte de forma extemporánea, señaló que la autoridad minera no se encontraba obligada a requerirlo y agregando:

“Que con relación a lo afirmado por el recurrente sobre el Canon Superficial se advierte que en efecto en considerando de la resolución impugnada se advierte del pago de canon superficial de manera extemporánea.

(...)

Que lo que hizo esta sectorial fue evidenciar la existencia de una pago de una obligación contractual, el que según consta en el expediente no fue efectivo de conformidad con el reporte de banco que suministra la Tesorería Departamental, Correspondiente a los meses de Junio y Julio de 2010.



Que para la Secretaría de Minas Departamental, no cabe duda que la causal por la que se rechaza la solicitud del proponente no es otra que la consignada en la Resolución No. 00163 del 16 de junio de 2010...

(...)

Que lo anterior se deduce de lo expuesto en los considerandos del acto recurrido y de los señalados en el presente acto administrativo.

Que así las cosas la causal de rechazo de la propuesta presentada por el señor SANTIAGO GONZALEZ RAMOS, fue la no presentación de los documentos que soportan la propuesta de contrato de concesión, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a su radicación por internet y no la de Canon Superficial habida cuenta que la primera se hallaba configurada con anterioridad(...)" (Fols. 19 y 20 del C. No. 1).

9. La Solución del caso concreto.

Pues bien, de las probanzas allegadas y que atrás se reseñaron se encuentra demostrado que la demandada Secretaria Departamental de Minas de la Gobernación del Cesar en ejercicio de las funciones delegadas por el Ministerio de Minas y Energía decidió rechazar la propuesta de contrato de concesión minera presentada por el actor con fundamento en una causal inexistente en la norma vigente para la fecha en la que ésta se presentó, pues el artículo 274 de la Ley 685 de 2001 no previó como causal de rechazo de la misma que el proponente allegara los documentos que la soportaban de forma extemporánea, sino que no se diera cumplimiento a los requisitos consagrados en el artículo 271 del mismo Estatuto o no se allegaran los respectivos documentos, lo que no ocurrió en el presente asunto, pues el actor sí allegó los documentos.

En efecto, el Código de Minas no disponía ni dispone que la presentación extemporánea de los documentos que soportan la propuesta de contrato de concesión minera se constituya en una causal de rechazo de la misma, razón por la cual la Sala estima que le asiste razón al demandante cuando afirma que con la expedición de los actos administrativos impugnados se vulneraron las disposiciones previstas para el efecto en la Ley 685 de 2001, así como también se vulneraron los deberes de buena fe, lealtad y corrección que deben regir toda relación negocial, pues la administración adoptó su decisión con fundamento en una causal de rechazo inexistente.

Y es que en ésta etapa de tratativas preliminares a la celebración del contrato de concesión minera la Secretaría de Minas del Cesar se encontraba en el deber de asumir una actuación diligente y de buena fe aplicando la normativa vigente para la fecha en la que el actor presentó su propuesta, de forma tal que su actuación no diera lugar a la ruptura injustificada o inopinada de las negociaciones tendientes a celebrar el referido contrato.



Pero además, también se encontró demostrado que la autoridad minera recibió los documentos que soportaban la propuesta de contrato de concesión presentada por el actor cuando ya habían transcurrido alrededor de 1 mes y 19 días después de que ésta fuera radicada y que sólo 9 meses después consideró que éstos habían sido entregados de forma extemporánea al decidir rechazar la propuesta respectiva, conducta ésta que resulta reprochable a la luz de la responsabilidad precontractual, pues evidencia el incumplimiento de sus deberes de diligencia, lealtad y corrección.

En consecuencia, existiendo a cargo de la Secretaría Departamental de Minas de la Gobernación del Cesar el deber de actuar con diligencia y buena fe, aplicando la normativa vigente para la fecha en la que el actor presentó su propuesta y habiendo decidido rechazarla con fundamento en una causal inexistente consistente en la entrega extemporánea de los documentos que la soportaban, luego de haberlos recibido sin formular objeción o reproche alguno, es claro que incurrió en incumplimiento de esos deberes precontractuales y por ende en principio le correspondería el deber de reparar el daño que se hubiere ocasionado con dicha conducta.

Así las cosas, para la Sala es claro que la Secretaría Departamental de Minas de la Gobernación del Cesar mediante la expedición de los actos administrativos impugnados en ejercicio de las funciones delegadas por el Ministerio de Minas y energía, no sólo vulneró los deberes precontractuales de buena fe, lealtad y corrección sino que también vulneró lo dispuesto en el artículo 84 de la Constitución Política, pues exigió al actor el cumplimiento de requisitos adicionales a los previstos en la norma así como también los artículos 4, 5 y 271 de la Ley 685 de 2001, pues adoptó su decisión con fundamento en una causal de rechazo de las propuestas no prevista en dicho estatuto.

Por otro lado, la Sala se abstendrá de pronunciarse respecto de la causal de rechazo de la propuesta de contrato de concesión minera consistente en la no cancelación del canon superficial de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 2º del artículo 16 de la Ley 1382 del 9 de febrero de 2010, como quiera que por medio de la Resolución No. 00244 del 8 de septiembre de 2010 y mediante la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución No. 000163 del 16 de junio de 2010, la autoridad minera territorial dejó claro que la razón por la cual rechazó y archivó la propuesta presentada por el actor para celebrar el contrato de concesión minera identificado con la placa No. KGS- 14591 era la presentación extemporánea de los documentos que la soportaban, es decir, que el actor hubiera allegado dichos



documentos por fuera del término previsto en el artículo 5º literal g) del Decreto 2345 de 2008, con lo que a su juicio incurrió en incumplimiento del No. 3º del artículo 274 de la Ley 685 de 2001, modificado a su vez por el artículo 20 de la Ley 1382 de 2010.

Pero además, tal como se precisó en líneas anteriores las disposiciones aplicables al presente asunto eran las contenidas en la Ley 685 de 2001.

Por último, la Sala considera que no hay lugar a reconocer los perjuicios cuyo reconocimiento pide el actor a título de daño emergente, pues éste no allegó prueba alguna a través de la cual pudiera acreditar su causación ni mucho menos el nexo de causalidad existente entre éste y la actuación reprochable desplegada por la demandada Secretaría Departamental de Minas de la Gobernación del Cesar.

Tampoco hay lugar a reconocer las sumas cuyo reconocimiento solicita el actor a título de lucro cesante, pues no se tiene certeza de que el actor efectivamente percibiría dichas utilidades con ocasión de la celebración del contrato de concesión minera y tal como lo señaló en su concepto el Ministerio público este no tenía un derecho adquirido a celebrarlo, razón por la cual no resulta entonces procedente reconocer las utilidades de un contrato que no se celebró y sobre las cuales no se tenía certeza alguna si se iban a causar o no y tal como se precisó en líneas anteriores, en materia de responsabilidad precontractual sólo se indemniza el interés negativo y no el positivo.

En conclusión, la Sala procederá a declarar la nulidad de las Resoluciones **Nos. 000163 del 16 de junio de 2010 y la No. 000244 del 8 de septiembre de 2010**, mediante las cuales, respectivamente, la Secretaria de Minas Departamental (E) rechazó y archivó la propuesta para celebrar un contrato de concesión minera identificada con la placa No. KGS-14591 y se confirmó dicha decisión.

No obstante lo anterior y contrario a lo que en su momento consideró el Ministerio Público, la Sala no considera procedente ordenar que la demandada Secretaría Departamental de la Gobernación del Cesar continúe con el trámite de la propuesta para celebrar el contrato de concesión minera presentada por el actor como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los actos administrativos impugnados, pues tal como se señaló en líneas anteriores, el accionante no tenía un derecho adquirido a que la autoridad minera territorial celebrara el contrato con él y ésta



únicamente se encontraba obligada a reparar los perjuicios que con su decisión hubiera ocasionado en los términos del artículo 863 del Código de Comercio.

En éste orden de ideas la Sala procederá a declarar la nulidad de los actos administrativos impugnados por las razones expuestas en ésta providencia y negara las restantes súplicas de la demanda.

En mérito de lo expuesto, la Sección tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE.

PRIMERO: DECLARAR la nulidad de las Resoluciones Nos. 000163 del 16 de junio de 2010 y la No. 000244 del 8 de septiembre de 2010, mediante las cuales, respectivamente, la Secretaria de Minas Departamental (E) rechazó y archivó la propuesta para celebrar un contrato de concesión minera identificada con la placa No. KGS-14591 y se confirmó dicha decisión, por las razones expuestas en ésta providencia.

SEGUNDO: NEGAR las demás súplicas de la demanda.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ
Magistrada

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Magistrado

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Presidente de la Subsección C