CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C

CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C., veintiséis (26) de noviembre de dos mil quince (2015).

Radicación: 15001-23-31-001-2008-00520-01 (50.497)
Actores: FRANCISCO JAVIER VÉLEZ SERNA Y OTRO
Demandado: MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA- INGEOMINAS – DEPARTAMENTO DE BOYACÁ
Asunto: ACCIÓN CONTROVERSIA CONTRACTUAL

Contenido: Descriptor: Nulidad de actos administrativos por falta de competencia / Restrictor: Contratos de Concesión Minera y declaratoria de caducidad– Ley 685 de 2001 - La delegación de funciones (Ley 489 de 1998) - Presupuestos de existencia, validez y eficacia de los actos administrativos - Causales de nulidad de los actos administrativos - Incumplimiento contractual – excepción de contrato no cumplido;

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, la Agencia Nacional de Minería antes INGEOMINAS y el Departamento de Boyacá contra la sentencia del 16 de enero de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, la cual accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. Lo pretendido.

El 20 de noviembre de 2008,[1] los señores Francisco Javier Vélez Serna y Juan Alberto Pulido Alba, presentaron demanda contra el Ministerio de Minas y Energía, Ingeominas y el Departamento de Boyacá, donde solicitaron la declaratoria de nulidad de las actuaciones y actos administrativos expedidos por la Secretaría Agropecuaria y de Minas de Boyacá, Director Minero Energético de esa Secretaría, y por la Secretaría de Minas y Energía de Boyacá, referentes a la caducidad del contrato de concesión minera No. 0946-15 y a la imposición de la sanción de inhabilidad para contratar por 5 años, con el fundamento de que son constitutivos de vía de hecho por defectos orgánico, procedimental absoluto, fáctico, material o sustantivo, decisión sin motivación, desconocimiento del precedente y violación directa de la Constitución.

Los actos y actuaciones demandados son:

1. Auto No. 0109 del 28 de noviembre de 2005, requerimiento bajo apremio de caducidad, revisión y evaluación del contrato.
2. Resolución No. 0314 del 5 de septiembre de 2006, que declaró la caducidad del contrato e inhabilitó a los actores por 5 años para contratar.
3. Resolución No. 0385 del 21 de noviembre de 2006, que confirma la anterior.
4. Las comunicaciones que se libraron en virtud de los anteriores actos y actuaciones administrativas mineras dirigidas a la Oficina de Contratación de Boyacá, a la Contraloría General de la Nación, a Corpoboyacá, a la Alcaldía Municipal de Firavitoba, a la Dirección de Minas del Ministerio de Minas y Energía.
5. Inscripción ante el Registro Minero Nacional del 23 de enero de 2007.
6. Toda la actuación administrativa subsiguiente a la fecha anterior.

Además pidieron que se declare que el Departamento de Boyacá no cumplió con las funciones, atribuciones y potestades recibidas en virtud de delegación efectuada por el Ministerio de Minas y Energía, debido a que no podía el Departamento delegar lo delegado al Secretario Agropecuario y Minero, Director Minero Energético y/o Secretario de Minas y Energía de la Gobernación, y que por esta razón, se incumplieron

[1] Fls. 2 a 33 del C 1.

los deberes y obligaciones contractuales.

Que como consecuencia de lo antes señalado, solicitan que se declare que el contrato único de concesión minera No. 0946-15 no ha caducado, por lo cual requieren que se ordene cancelación de la inscripción de caducidad registrada el 23 de enero de 2007 y que se declare que no procede la inhabilidad impuesta y por ende, se ordene la cancelación de la inhabilidad.

Así mismo, los actores pidieron que se condene a las entidades demandadas a pagar la indemnización por concepto de perjuicios de que trata el art. 87 del C.C.A, así:

A. Daños materiales - **lucro cesante:** $2.272.293.000,oo de conformidad con el AIU 20% del valor fijado por el Ministerio de Minas y Energía para la liquidación de regalías y/o en su defecto, lo que resulte probado y; **daño emergente:** $30.000.000.oo invertidos en formularios, trámites, asesorías, servicios profesionales para la obtención de la concesión y la actual demanda.

B. **Daños morales:** el equivalente a 100 SMLM para cada actor.

Por último, requirieron que se condene a la parte demandada al cumplimiento de la sentencia acorde con los artículos 176 y 177 C.C.A. teniendo en cuenta el pago de intereses moratorios, costas y gastos procesales.

2. Los hechos en que se fundamentan las pretensiones.

El 27 de diciembre de 2004, los demandantes y el Instituto Colombiano de Geología y Minería “INGEOMINAS” celebraron el contrato de Concesión No. 946 para la exploración – explotación de un yacimiento de caliza y demás concesibles, contrato que fue inscrito en el Registro Nacional Minero el 25 de abril de 2005.

Seguidamente, indicó el actor que el Ministerio de Minas y Energía profirió los siguientes actos administrativos:

- Resolución No. 181145 del 14 de septiembre de 2001, por la cual se reglamentó el otorgamiento de la delegación a que se refiere el artículo 320 de la Ley 685 de 2001, donde se dispuso en el numeral 4 del artículo tercero que, será obligación del delegatario, entre otras, la de remitir a la Empresa Nacional Minera Ltda., los documentos e informes necesarios para efectos de la liquidación del canon superficiario (Literal d).
- Resolución No. 180429 del 12 de abril de 2005, que en su artículo primero modificó la Resolución No. 181145 del 14 de septiembre de 2001, mediante la cual a la Empresa Nacional Minera Ltda. MINERCOL LTDA la reemplazó el Instituto Colombiano de Geología y Minería "INGEOMINAS" y en el inciso 3 del artículo segundo, determinó que *"El cien por ciento (100%) del canon superficiario que se liquide y recaude, respecto de los contratos de concesión que se celebran a partir de la expedición de la Ley 685 de 2001 cuyo trámite en virtud de delegación corresponda a los Gobernadores y Alcaldes de municipios capitales de departamento".*
- Resolución No. 180927 del 25 de julio de 2005, por la cual se modificó la Resolución No. 181192 del 24 de septiembre de 2001, que resolvió en su artículo primero delegar al Gobernador del Departamento de Boyacá, dentro del ámbito territorial de su jurisdicción las funciones de tramitación y otorgamiento de títulos mineros, excepto los que se refieren a carbón y esmeraldas y dispuso adicionar a la Resolución No. 181192 de 2001 (delegación por dos años) algunos artículos, como el séptimo, en donde se indicó que *"las funciones que por este acto se delegan comprende entre otros (…) c) La liquidación y recaudo del canon superficiario".*
- Resolución No. 181502 del 18 de noviembre de 2005, aclaró la fecha a partir de la cual se le daría aplicación a los artículos 2 y 3 de la Resolución No. 180429 del 12 de abril de 2005, disponiendo para el efecto en el artículo primero: *" Entiéndase que a partir del 25 de julio de 2005, se aplica lo dispuesto en los artículos segundo y tercero de la Resolución 180429 del 12 de abril de 2005 respecto del cien por ciento (100%) del canon superficiario de las licencias de exploración y contratos celebrados en vigencia del Decreto Ley 2655 de 1988 y los contratos de concesión que se celebran a partir de la expedición de la ley 685 del 2001, cuyo*

trámite en virtud de la delegación corresponde a las gobernaciones de Caldas, Cesar, Boyacá y Norte de Santander, las cuales recaudan el canon mencionado"

Adicionalmente, relató el libelista que el Gobernador de Boyacá profirió el Decreto No. 000877 del 28 de septiembre de 2005, por medio del cual se delegaron algunas funciones al Secretario Agropecuario y Minero y Director Minero Energético, invocando los artículos 9 y 14 de la Ley 489 de 1998, el artículo 314 de la Ley 685 y las Resoluciones 181145 del 14 de septiembre de 2001 y 180927 del 25 de julio de 2005, del Ministerio de Minas y Energía, disponiendo en su artículo primero las siguientes funciones: *"2. Otorgar y cancelar licencias mineras y decretar la caducidad de contratos de concesión minera… y en su artículo segundo delegar en el Director Minero Energético de la Secretaría Agropecuaria y Minera, las siguientes funciones: 19. Requerir bajo el apremio de multa y bajo la causal de cancelación o caducidad en desarrollo de la ejecución de títulos mineros e imponer multas por incumplimiento de obligaciones derivadas de títulos mineros…."*

De lo anterior, concluye el actor que el Ministro de Minas y Energía delegó en el Gobernador de Boyacá, funciones, atribuciones y potestades relacionados con la Ley 685 de 2001, y que este a su vez mediante el Decreto No. 000877 del 28 de septiembre de 2005, delegó los deberes y obligaciones administrativas contractuales del Código de Minas o Ley 685 de 2001 que estipula "las cláusulas exorbitantes", proceder cuestionable ya que a juicio del actor se violentó el mandato de la Constitución contenido en el artículo 189 numerales 15 y 16, desarrollado por la Ley 489 del 29 de diciembre de 1998, al haberse declarado la caducidad del Contrato Único de Concesión Minera No. 0946-15 y la consecuente Inhabilidad.

Manifiesta el accionante que por lo anterior, el Gobernador del Departamento de Boyacá, no cumplió con ninguna de las funciones que el Ministerio de Minas le había delegado y que sin tener competencia para ello delegó la función delegada, haciendo impugnables cada uno de los actos demandados que se relacionaron en las pretensiones de la demanda.

Explica que las actuaciones y los actos administrativos acusados para declarar la caducidad del contrato se sustentan entre otros aspectos, en que estaba pendiente el pago de la suma generada por concepto de canon superficiario y que ello no ameritaba la caducidad del contrato No. 0946-15, sin que se tuviera competencia delegada del Ministerio de Minas y Energía, razón por la cual, existe extralimitación en sus funciones y aplicación con defecto orgánico de la normatividad de orden constitucional y legal, tanto para proceder a inhabilitar y menos aún en aplicación del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, siendo la ley aplicable la 685 de 2001 o Código de Minas.

Estima que si bien es cierto que la Ley 685 de 2001 en su artículo 51, determinó las cláusulas exorbitantes al establecer este poder excepcional como prerrogativa de la administración pública contratante, que le permite ejercer la función que la erige en concretas circunstancias, no es menos cierto que esta potestad no es ilimitada, ni puede ejercerse sin sujeción a las exigencias legales, específicamente a las establecidas en la misma Ley 685 de 2001, artículo 49, que determina que el contrato de concesión minera es un contrato de adhesión, en el cual no hay pre negociación de términos, condiciones, modificaciones y por ende de naturaleza y espíritu muy diferente a la contratación pública regulada por la Ley 80 de 1993, que expresamente dispone: *"La caducidad es la estipulación en virtud de la cual se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización …", o que éste no se podrá ejecutar (inciso 1) la entidad contratante lo dará por terminado"* es decir, que la norma determina unas causales cualificadas, atribuibles a titulo de dolo o culpa a la persona del contratista, que requieren de acreditación y plena comprobación.

Arguye el actor, que no se da el incumplimiento endilgado por cuanto jamás fueron citados y menos notificados de ninguna resolución, pues ésta no existe (artículo 288 de la Ley 685 de 2001), dado que el auto 0109 del 28 de noviembre de 2005 *"No es tan resolución, tampoco existe comunicación por correo certificado y que por lo tanto, considera que no existe razón o causales que pueda calificarse como mora grave o atraso severo en el pago del canon superficiario, máxime cuando el modus operandi es y ha sido el de pactar "acuerdos de pago" y así permitir para proseguir con la ejecución del objeto contratado. Afirma que tampoco han sido sancionados mediante la imposición de*

multas sucesivas, lo cual denota que la declaratoria de caducidad es restrictiva y no discrecional".

Sostiene también que no era procedente la declaratoria de caducidad, si no la ampliación de la oportunidad y plazo del posible "acuerdo de pago" del canon superficiario causado, máxime cuando para ello existió incertidumbre organizacional de los entes contratantes o cedente del Contrato de Concesión Minera No. 0946-15, motivo por el cual, aduce no pudo realizar el oportuno pago o aporte del canon superficiario. Hay ausencia de dolo o culpa por parte de los demandantes quienes una vez obtuvieron conocimiento de donde o a qué sitio dirigirse, acudieron a dar las explicaciones y razones de su defensa y finalmente, que los funcionarios mineros, no invocaron los fundamentos fácticos y jurídicos, ni normatividad alguna para imponer la inhabilidad.

3. El trámite procesal

Admitida[2] la demanda el 16 de Diciembre de 2008 y noticiado el demandado[3] del auto admisorio, el asunto se fijó en lista[4] y dentro del término el accionado le dio respuesta[5] oponiéndose a las pretensiones formuladas.

Después de decretar y practicar pruebas, se corrió traslado[6] a las partes y al Ministerio Público para que alegaran de conclusión, oportunidad que fue aprovechada por la parte demandante y por los demandados, Ministerio de Minas y Energía e INGEOMINAS.

El 2 de noviembre de 2011[7], se corrió traslado del dictamen pericial rendido por el perito sin que ninguna de las partes se pronunciaran al respecto.

El 5 de octubre de 2012[8], el Tribunal declaró el impedimento manifestado por el Magistrado Fabio Ignacio Mejía Blanco para conocer de la presente acción contractual.

---

[2] Fls. 104- 105 C. 1
[3] Fls. 113-114 C. 1
[4] Fl. 116 C. 1
[5] Fls. 117-125 C. 1, Fls. 132-156 C. 1, Fls. 219-252 C. 1
[6] Fl. 393 C. 2
[7] Fl 309 C. 2

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

El 16 de enero de 2014 el Tribunal Administrativo de Boyacá, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, de la siguiente manera:

1. Declaró no probadas las excepciones de ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales, inexistencia de cuantía razonada dentro de la demanda, indebida acumulación de pretensiones y pleito pendiente formuladas por el departamento de Boyacá; y de falta de legitimación de la causa por pasiva de la Nación – Ministerio de Minas y Energía.

2. Declaró probada la falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por INGEOMINAS; la excepción denominada *"el auto No. 0109 es un acto de trámite no susceptible de ser debatido en la presente acción"* y en consecuencia, se declaró inhibido de conocer de fondo las pretensiones de nulidad del auto 0109 del 28 de noviembre de 2005 y de las comunicaciones que se libraron en virtud de la declaratoria de caducidad.

3. Declaró la nulidad de las Resoluciones 314 y 385 de 2006, ordenó a INGEOMINAS cancelar las inscripción de la caducidad del contrato de concesión minera No. 946-15 efectuada en el Registro Minero Nacional el 23 de enero de 2007, ordenó a la Procuraduría cancelar la anotación de inhabilidad por cinco años para contratar con el Estado y ordenó a las entidades que fueron informadas de la caducidad del contrato en cuestión que desanotaran esta declaratoria.

4. Declaró probada la excepción de incumplimiento del contrato por parte de los demandantes planteada por el Ministerio de Minas y Energía y por último,
5. Negó las pretensiones económicas formuladas en la demanda.

Para tomar esta decisión el Tribunal expuso las siguientes razones:

Al referirse a los actos contractuales acusados y sobre los cuales debe recaer el estudio

[8] Fls. 442-443 C. 2

de legalidad (Resoluciones 0314 y 0385 de 5 de septiembre y 21 de noviembre de 2006, respectivamente), analizó el marco normativo y jurisprudencial de la delegación de funciones mineras y la competencia de la Secretaría de Minas del Departamento de Boyacá para expedir los actos administrativos citados anteriormente, para lo cual se detuvo a revisar los antecedentes del Decreto 000877 del 28 de septiembre de 2005, por medio del cual el Gobernador de Boyacá delegó unas funciones al Secretario Agropecuario y Minero - Director Minero Energético, funciones entre otras, que le habían sido delegadas por el Ministro de Minas y Energía mediante Resolución 180927 de 25 de julio de 2005, como la de declarar la caducidad de los contratos de concesión minera.

Expuso que ese Tribunal en sentencia de 17 de marzo de 2010 (Exp. 2007-00589-00) declaró la nulidad del Decreto 000877 de 28 de septiembre de 2008, providencia que se encuentra ejecutoriada, y por lo tanto, las Resoluciones 314 y 385 de 2006, se encuentran viciadas de nulidad, pues el Gobernador contravino la prohibición del art. 11 numeral 2 de la Ley 489 de 1998, al delegar las funciones recibidas en delegación, situación que lleva a concluir que la Secretaria de Minas y Energía carecía de competencia para proferir los actos contractuales, motivo que conduce a que se deba declarar su nulidad y se acceda a las pretensiones relacionadas con la cancelación de la inscripción de la caducidad y de la inhabilidad para contratar.

De otra parte indicó, que si bien la Secretaría de Minas y Energía carecía de competencia para declarar la caducidad, ni podía adoptar las medidas derivadas de esta, lo cierto es, que los demandantes no probaron el pago del canon superficiario, razón por la cual, declaró el incumplimiento del contrato por parte de los actores frente a lo convenido en la cláusula sexta relacionado con el pago del canon superficiario anual durante la ejecución del contrato. Agregó que la ley minera no consagra acuerdos de pagos, ni tampoco es de recibo el argumento de falta de certeza respecto del órgano frente al cual debía hacerse dicho pago. Razón por la cual, encontró probada la *exceptio non adimmpleti contratus*, (art. 1609 C.C.) - excepción de contrato no cumplido, ya que los demandantes no podían demandar el cumplimiento de la prestación si está en mora de cumplir su prestación correlativa, pues esto atentaría contra el principio de la buena fe. En consecuencia, los actores no podían reclamar los

daños materiales en la modalidad de lucro cesante. En cuanto al daño emergente señaló, que no se probó el mismo, ni tampoco la causación de perjuicios morales, incumpliendo con el principio procesal "*onus probandi, incumbit actori*".

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

Contra lo así resuelto, la parte demandante y los demandados, Agencia Nacional de Minería antes INGEOMINAS y el Departamento de Boyacá, interpusieron recurso de apelación argumentando:

a. La Parte Demandante[9]: Manifestó en su escrito que se presentaron varias incongruencias en la providencia de primera instancia, así:

- Se desestima el texto del Contrato 0946-15, al declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de INGEOMINAS, pero en la sentencia se le sigue reconociendo como parte contratante y por ende, le otorga competencia, al ordenarle a INGEOMINAS cancelar la inscripción de caducidad del contrato.
- Se rechaza las demás pretensiones al declarar que prospera la excepción de incumplimiento de contrato propuesta por el Ministerio de Minas y Energía, quien no es parte del contrato y por tanto, no tiene competencia ni legitimación en la causa para proponer excepciones, por el contrario, usurpa la delegación y legitimación que sí tiene INGEOMINAS y el Departamento de Boyacá.
- Dice que no era fácil determinar la entidad a la que se le debía pagar el canon superficiario y concluye que la incongruencia está en los numerales segundo, noveno y décimo de la providencia cuestionada, determinaciones que deben ser revocadas y concedidos los perjuicios pedidos.
- Por último, precisa que el contrato de concesión está vigente.

b. Agencia Nacional de Minería[10]: Indica que los errores en que incurrió el *A quo* tienen que ver con la declaratoria de incumplimiento de la obligación de pago del

[9] Fls. 479 a 492 C. Ppal
[10] Fls. 494 a 515, 537 a 558 C. Ppal

canon superficiario por parte de los contratistas y la instrucción de la autoridad minera de cancelar la inscripción de caducidad del contrato de concesión minera No. 0946-15.

Sin embargo de manera previa, se refiere a la delegación de funciones afirmando que el Ministerio de Minas y Energía es la autoridad minera nacional (art. 317 Ley 685 de 2001), pero que no cuenta con toda la infraestructura para el desempeño de todas sus funciones, así es como, debe delegar en INGEOMINAS algunas de ellas, de donde exceptúa otras que se encuentran delegadas por el Ministerio de Minas y Energía, en este caso en la Gobernación de Boyacá.

Que INGEOMINAS mediante Decreto 4131 de 3 de noviembre de 2011 cambió su naturaleza, es decir, de Establecimiento Público pasó a ser Instituto Científico y Técnico, con personería jurídica, autonomía y patrimonio independiente, denominado Servicio Geológico Colombiano adscrito al Ministerio de Minas, el cual ejercería las funciones de INGEOMINAS hasta que entrara en operación la Agencia Nacional de Minería, entidad que se creó con el Decreto 4134 del 3 de noviembre de 2011, como la nueva entidad minera concedente.

Fue así como mediante Resolución 005 de 2 de mayo de 2012, la Agencia delegó en la Gobernación de Boyacá hasta por 6 meses las funciones que le competían siendo prorrogada por Resolución 0480 de 30 de octubre de 2012 por el término de 8 meses y en todo caso, hasta el 2 de julio de 2013. Sin embargo, mediante Resolución 0218 del 4 de abril de 2013, la Agencia reasumió las funciones que había delegado en la Gobernación de Boyacá, a partir del 28 de mayo de 2013 y mediante acta de 14 de julio de 2013, la Gobernación de Boyacá entregó los expedientes a la Agencia la cual avocó el conocimiento desde esa fecha.

- La Agencia, afirmó que si bien todo el trámite administrativo surtido con ocasión del contrato de concesión minera 0946-15 se surtió en la Gobernación, es la Agencia Nacional de Minería quien en la actualidad ejerce las funciones de autoridad minera.

- Erró el fallo al declarar la nulidad de las Resoluciones 0314 y 0385 de 2006, pues en ese momento el Gobernador podía designar en el Secretario de Minas y Energía las funciones establecidas en la Resolución 180927 de 2005; es decir, que el gobernador podía en virtud de la delegación recibida desconcentrar las funciones con base en los arts. 209 de la Constitución Política y 8 de la Ley 489 de 1998. Así mismo, en la Resolución 181145 de 2001 que reglamenta el otorgamiento de la delegación a que se refiere el art. 320 de la Ley 685 de 2001, estableció que se podía asignar, mas no delegar funciones, y así quedó en el Decreto 858 de 2008. Por tanto, los actos no están viciados de nulidad porque el Secretario de Minas y Energía era el funcionario competente asignado para este efecto.

- Se equivocó el *a quo* cuando ordenó cancelar la inscripción de caducidad del contrato una vez declarada probada la excepción de incumplimiento del contrato por parte de los demandantes. Sostiene que el art. 112 de la Ley 685 de 2001 señaló que la caducidad del contrato procede entre otras, por el no pago oportuno y completo de las contraprestaciones económicas, bajo el procedimiento del art. 288 y se inscribió en el registro minero nacional bajo los lineamientos del art 334. Igual, que cancelada la inscripción de un contrato de concesión por la declaratoria de caducidad, se procede a la actualización del Catastro Minero, conllevando con esto, que el área respectiva quedara completamente liberada y pudiese ser objeto de propuestas de contratos de concesión, como ocurrió en el caso sujeto a estudio, ya que en el año 2008 se inscribió en el Registro Minero el título minero No. ICQ-0800193X, en un porcentaje del 100% relacionado con el área del contrato No. 0946-15.

- En conclusión, sustenta la Agencia Nacional de Minería que la Secretaria de Minas y Energía de la Gobernación de Boyacá, sí tenia competencia para expedir los actos administrativos demandados, que se probó el incumplimiento del contrato por los demandantes al no pagar el canon superficiario y que no es posible ordenar a la autoridad minera la cancelación de la inscripción en el registro minero de la caducidad del contrato de concesión No. 0946-15 cuando

existe prueba del incumplimiento de las obligaciones contractuales.

c. **Departamento de Boyacá[11]:** Recurrió los numerales sexto, séptimo y octavo de la parte resolutiva de la sentencia –Declaratoria de nulidad de las resoluciones 314 y 385 de 2006, la orden de cancelación de la inscripción de caducidad en el registro y la inhabilidad para contratar con el Estado-, y además sostuvo que está de acuerdo con la decisión de declarar que los demandantes se sustrajeron del deber de cancelar el canon superficiario, razón por la cual no existe legitimación para reclamar el pago de las condenas.

Aduce que cuando el Tribunal aseveró que el Secretario Agropecuario y Minero del departamento de Boyacá no es competente para declarar la caducidad del contrato, le elimina esta competencia al Departamento, pues la Secretaria es una dependencia del ente territorial y al no asignar las funciones a esa Secretaria es imposible cumplir los deberes. Trajo a colación sentencia de 12 de agosto de 2013 sobre delegación y se pregunta que si la Secretaría Agropecuaria y Minera no es competente para expedir los actos, cuál seria la entidad competente, cuando esa dependencia hace parte del ente territorial.

IV. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Vista Pública, solicitó confirmar la sentencia apelada en cuanto declaró la nulidad por falta de competencia de los actos que declararon la caducidad del contrato de concesión No. 0946-15 e impusieron la inhabilidad, y para los efectos relacionados con éstas, pidió que se confirme la decisión de ordenar a las entidades las desanotaciones y cancelación de la inscripción de aquella.

No advirtiéndose causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado se procede a desatar la alzada previas las siguientes

V. CONSIDERACIONES

[11] Fls. 533 a 536 C. Ppal

Para resolver lo pertinente, la Sala, retomando la problemática jurídica propuesta por los actores, precisará el alcance de los conceptos adoptados como *ratio decidendi* para sustentar su decisión: 1) Contratos de Concesión Minera y declaratoria de caducidad– Ley 685 de 2001; 2) La delegación de funciones – Ley 489 de 1998; 3) Presupuestos de existencia, validez y eficacia de los actos administrativos; 4) Causales de nulidad de los actos administrativos; 5) Incumplimiento contractual – excepción de contrato no cumplido; y 6) El caso concreto.

1) Contratos de Concesión Minera y declaratoria de caducidad – Ley 685 de 2001.

De conformidad con lo establecido en el artículo 45 de la Ley 685 de 2001, el contrato de concesión minera es "*el que se celebra entre el Estado y un particular para efectuar, por cuenta y riesgo de este, los estudios, trabajos y obras de exploración de minerales de propiedad estatal que puedan encontrarse dentro de una zona determinada y para explotarlos en los términos y condiciones establecidos en este Código. Este contrato es distinto al de obra pública y al de concesión de servicio público. El contrato de concesión comprende dentro de su objeto las fases de exploración técnica, explotación económica, beneficio de los minerales por cuenta y riesgo del concesionario y el cierre o abandono de los trabajos y obras correspondientes*".

Por su parte, esta Corporación tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la naturaleza de este contrato a través de sentencia del 3 de febrero de 2010[12], así:

> *"A su vez, este precepto señala que a partir de la vigencia de la ley 685 de 2001, únicamente se podrá constituir, declarar y probar el derecho de exploración y explotación de minas de propiedad estatal mediante contrato de concesión minera.*
>
> *Se trata de un contrato de concesión de "demanio público", perfectamente diferenciable del contrato de concesión de servicios y del contrato de concesión de obra pública[13]. Las principales notas distintivas de este negocio jurídico se enumeran a continuación:*
>
> *1. Es un negocio jurídico celebrado entre el Estado y un particular para efectuar a cuenta y riesgo de éste, las fases de exploración técnica, explotación económica, beneficio de los minerales y el cierre o abandono de los trabajos u obras correspondientes. Por ende, se trata de un acuerdo de voluntades y no de una*

[12] Consejo de Estado. Sentencia del 3 de febrero de 2010. C.P: Enrique Gil Botero. Exp: 33.187.
[13] Artículo 45 de la Ley 685 de 2001.

manifestación unilateral de la voluntad, como puede ocurrir con algunos bienes de uso público.[14]

2. Este negocio jurídico se encuentra supeditado al principio de temporalidad, su duración en el derecho colombiano es por el término que solicite el proponente y hasta un máximo de 30 años, los cuales se cuentan desde la fecha de inscripción del contrato en el Registro Minero Nacional[15]*.*

3. La concesión minera no otorga al particular derecho de propiedad alguno, pero si derechos de contenido patrimonial oponibles frente a terceros y transmisibles de acuerdo con la ley[16]*. Ello se desprende del tenor literal del artículo 15 de la ley 685 de 2001, el cual preceptúa: "El contrato de concesión y los demás títulos emanados del Estado de que trata el artículo anterior, no transfieren al beneficiario un derecho de propiedad de los minerales "in situ" sino el de establecer, en forma exclusiva y temporal dentro del área otorgada, la existencia de minerales en cantidad y calidad aprovechables, a* ***apropiárselos*** *mediante su extracción o captación y a gravar los predios de terceros con las servidumbres necesarias para el ejercicio eficiente de dichas actividades". [17](Subraya la Sala)*

4. A diferencia de lo que ocurre con otros bienes de propiedad pública y con otros títulos habilitantes, la concesión minera no se soporta en el criterio de la "Precariedad de los derechos otorgados",[18] *esto tiene una implicación directa en la posibilidad de variación unilateral de las condiciones del negocio jurídico, en otras palabras, el llamado por la doctrina ius variandi de la Administración, se encuentra limitado.*[19] *En efecto, el código de minas establece que, salvo lo dispuesto para la declaratoria de caducidad, el contrato de concesión no puede ser modificado, terminado o interpretado de forma unilateral por parte de la entidad concedente. Si surge un conflicto entre las partes que requiera cualquiera de las soluciones antes descritas, debe recurrirse al juez.*[20]

---

[14] Ejemplo de ello lo ofrece la llamada licencia de ocupación del espacio público consagrada en el artículo 11 del decreto 564 de 2006: *"Licencia de intervención y ocupación del espacio público. Es la autorización previa para ocupar o para intervenir bienes de uso público incluidos en el espacio público, de conformidad con las normas urbanísticas adoptadas en el Plan de Ordenamiento Territorial, en los instrumentos que lo desarrollen y complementen y demás normatividad vigente"*.

[15] Artículo 70 de la Ley 685 de 2001.

[16] El artículo 22 contempla la posibilidad de ceder los derechos emanados de una concesión minera, siempre y cuando se haya dado aviso previo y escrito a la entidad concedente y ésta la haya aceptado. Por su parte, el artículo

[17] Adicionalmente el artículo 58 de la Ley 685 de 2001 dispone: *"Derechos que comprende la concesión: El contrato de concesión otorga al concesionario, en forma excluyente, la facultad de efectuar dentro de la zona concedida, los estudios, trabajos y obras necesarias para establecer la existencia de los minerales objeto de contrato y para explotarlos de acuerdo con los principios, reglas y criterios propios de las técnicas aceptadas por la geología y la ingeniería de minas. Comprende igualmente la facultad de instalar y construir dentro de dicha zona y fuera de ella, los equipos, servicios y obras que requiera el ejercicio eficiente de las servidumbres señaladas en este código".* (Subraya la sala)

[18] Es el caso de las licencias de ocupación de Espacio público, las cuales no otorgan derecho alguno. El artículo 13 del decreto 564 de 2006 señala: *"Derechos sobre el espacio público. Las licencias de intervención y ocupación de espacio público sólo confiere a sus titulares el derecho sobre la ocupación o intervención sobre bienes de uso público. A partir de la expedición de la licencia, la autoridad competente* ***podrá revocarla*** *unilateralmente por motivos de interés general, previa intervención del titular."* (Subraya la Sala).

[19] DE ARCENEGUI, Isidro. *"El Nuevo derecho de minas"… Ob. Cit.*

[20] Artículo 51 de la Ley 685 de 2001.

5. El contrato de concesión minera da nacimiento a unas obligaciones de carácter legal que son propias de este tipo de contratos; el contenido del negocio jurídico (tanto los derechos como obligaciones de cada una de las partes) se encuentra previamente establecido en el código de minas, por ende, los estudios, trabajos y obras a que por virtud de la concesión queda comprometido el concesionario, son los expresamente señalados en este cuerpo normativo; de hecho, el legislador prohíbe su modificación o adición por parte de las autoridades.[21] *Este carácter se ve también reiterado por la categorización del contrato de concesión minera como un contrato de adhesión, puesto que su celebración no da lugar a prenegociar sus términos, condiciones y modalidades.*[22]

6. Como negocio jurídico típico de derecho administrativo, por expreso mandato de ley contiene cláusulas exorbitantes: la posibilidad de declarar la caducidad del contrato[23] *y la reversión una vez éste ha finalizado*[24]*. De igual forma, se reconoce a la autoridad concedente la facultad de conminación mediante la imposición de multas en caso de presentarse alguna infracción de las obligaciones que recaen sobre el contratista.*[25]*"*

---

[21] Artículo 47 de la Ley 685 de 2001: *"Los trabajos y obras.* Los Estudios, trabajos y obras a que por virtud de la concesión queda sometido el concesionario por causa del contrato, son los que expresamente se enumeran en este Código, No habrá lugar a modificarlos ni adicionarlos, ni agregar otros por disposición de las autoridades. Los reglamentos, resoluciones, circulares, documentos e instructivos que señalen o exijan trabajos, estudios y obras de carácter minero, distintas, adicionales o complementarias que hagan más gravosas sus obligaciones, carecerán de obligatoriedad alguna y los funcionarios que los ordenen se harán acreedores a sanción disciplinaria y serán responsables civilmente con su propio pecunio de los perjuicios que por este motivo irroguen a los interesados".

[22] Artículo 49 de la Ley 685 de 2001: *"Contrato de Adhesión. La concesión minera es un contrato de adhesión, en cuanto que, para celebrarse, no da lugar a prenegociar sus términos, condiciones y modalidades…"*

[23] Artículo 112 de la Ley 685 de 2001: *"Caducidad. El contrato podrá terminarse por la declaración de su caducidad, exclusivamente por las siguientes causas: a) La disolución de la persona jurídica, menos en los casos en que se produzca por fusión, por absorción; b) La incapacidad financiera que le impida cumplir con las obligaciones contractuales y que se presume si el concesionario se le ha abierto trámite de liquidación obligatoria de acuerdo con la ley; c) La no realización de los trabajos y obras dentro de los términos establecidos por este código o su suspensión no autorizada por más de seis meses continuos; d) El no pago oportuno y completo de las contraprestaciones económicas; e)El omitir el aviso previo a la autoridad para hacer la cesión del contrato; f) El no pago de las multas impuestas o la no reposición de la garantía que las respalda; g) El incumplimiento grave y reiterado de las regulaciones de orden técnico sobre la exploración y explotación mineras, de higiene, seguridad y laborales, o la revocación de las autorizaciones ambientales necesarias para sus trabajos y obras; h) La violación de las normas sobre zonas excluidas y restringidas por la minería; i) El incumplimiento grave y reiterado de cualquier otra de las obligaciones del contrato de concesión; j) Cunado se declare comoprocedencia de los minerales explotados un lugar diferente al de su extracción, provocando que las contraprestaciones económicas se destinen a un municipio diferente al de su origen. Lo anterior, sin perjuicio, de las acciones legales que procedan en contra del concesionario y de los funcionarios públicos que con su conducta promuevan estos actos".*

[24] Artículo 113 de la Ley 685 de 2001: *"Reversión gratuita. En todos los casos de terminación del contrato, ocurrida en cualquier tiempo, operará reversión gratuita de bienes a favor del Estado circunscrita esta medida a los inmuebles e instalaciones fijas y permanentes, construidas y destinas por el concesionario de forma exclusiva al transporte y embarque de los minerales provenientes del área comprendida en tal contrato y de aquellas que se encuentren incorporadas a los yacimientos y accesos y que no puedan retirarse sin detrimento del mismo (yacimiento) y de los frentes de trabajo. Esta reversión operará sólo en los casos en que las características y dimensiones de los mencionados bienes, a juicio de la autoridad minera, los hagan aptos como infraestructura destinada a un servicio público de transporte o embarque o darse uso de la comunidad."*

[25] Artículo 115 de la Ley 685 de 2001.

Conforme con lo anterior, en el caso de los contratos de concesión minera la norma es clara en señalar que este no puede ser modificado, terminado o interpretado de forma unilateral por parte del concedente, salvo en los casos cuando se pretenda la declaratoria de caducidad del contrato[26], evento en el cual se aplicará la disposición contenida en el artículo 112 del Código de Minas, que establece que el contrato podrá terminarse por la declaración de su caducidad, exclusivamente por las siguientes causas:

a) La disolución de la persona jurídica, menos en los casos en que se produzca por fusión, por absorción;

b) La incapacidad financiera que le impida cumplir con las obligaciones contractuales y que se presume si al concesionario se le ha abierto trámite de liquidación obligatoria de acuerdo con la ley;

c) La no realización de los trabajos y obras dentro de los términos establecidos en este Código o su suspensión no autorizada por más de seis (6) meses continuos;

d) El no pago oportuno y completo de las contraprestaciones económicas;

e) El omitir el aviso previo a la autoridad para hacer la cesión del contrato;

f) El no pago de las multas impuestas o la no reposición de la garantía que las respalda;

g) El incumplimiento grave y reiterado de las regulaciones de orden técnico sobre la exploración y explotación mineras, de higiene, seguridad y laborales, o la revocación de las autorizaciones ambientales necesarias para sus trabajos y obras;

h) La violación de las normas sobre zonas excluidas y restringidas para la minería;

[26] Artículo 51 Ley 685 de 2001.

i) El incumplimiento grave y reiterado de cualquiera otra de las obligaciones derivadas del contrato de concesión;

j) Cuando se declare como procedencia de los minerales explotados un lugar diferente al de su extracción, provocando que las contraprestaciones económicas se destinen a un municipio diferente al de su origen. Lo anterior, sin perjuicio, de las acciones legales que procedan en contra del concesionario y de los funcionarios públicos que con su conducta promuevan estos actos.

En el caso contemplado en el presente artículo, el concesionario queda obligado a cumplir o garantizar todas las obligaciones de orden ambiental que le sean exigibles y las de conservación y manejo adecuado de los frentes de trabajo y de las servidumbres que se hubieren establecido.

k) Adicionado por el artículo 9º Ley 1382 de 2010. Cuando empresas o personas naturales en ejercicio de actividades mineras, contraten a personas menores de 18 años para desempeñarse en labores de minería tanto de cielo abierto como subterráneas.

De otra parte, el artículo 288 del Código de Minas, contempló el procedimiento para efectos de la declaratoria de caducidad de este tipo de contratos, para lo cual precisó que esta *"será declarada previa resolución de trámite en la que, de manera concreta y específica, se señalen la causal o causales en que hubiere incurrido el concesionario. En esta misma providencia se le fijará un término, no mayor de treinta (30) días, para que subsane las faltas que se le imputan o formule su defensa, respaldada con las pruebas correspondientes. Vencido este término se resolverá lo pertinente en un plazo máximo de diez (10) días. Los funcionarios que dejaren vencer este plazo serán sancionados disciplinariamente como responsables de falta grave."*

Ahora bien, la normatividad de minas[27] fue taxativa y expresa en señalar cuales actos estarían sometidos a la inscripción en el Registro Minero, así:

[27] Artículo 332 de la Ley 685 de 2001

“a) Contratos de concesión;
b) Contrato de exploración y explotación celebrados sobre zonas de reserva, zonas mineras indígenas, zonas mineras de comunidades negras y zonas mixtas;
c) Títulos de propiedad privada del subsuelo minero;
d) Cesión de títulos mineros;
e) Gravámenes de cualquier clase que afecten el derecho a explorar y explotar o la producción futura de los minerales "in situ";
f) Embargos sobre el derecho a explorar y explotar emanado de títulos mineros;
g) Zonas de reserva provisional y de seguridad nacional;
h) Autorizaciones temporales para vías públicas;
i) Zonas mineras indígenas, de comunidades negras y mixtas.

También reguló este Código[28] que para efectos de “*corregir, modificar o cancelar la inscripción de un acto o contrato inscrito en el Registro Minero, se requerirá orden judicial o resolución de la autoridad concedente, con remisión de la correspondiente providencia.”*

Se observa entonces de lo expuesto, que entre los actos sometidos a Registro Minero se encuentra *e) Gravámenes de cualquier clase que afecten el derecho a explorar y explotar o la producción futura de los minerales "in situ";* y adicionalmente, que para la cancelación de la inscripción de un acto o contrato inscrito en este registro se requerirá orden judicial o resolución de la autoridad competente, con remisión de la providencia respectiva.

2) La delegación de funciones– Ley 489 de 1998.

Por ser esta una de las potestades que otorga la Carta Magna para dar cumplimiento a los principios de la función administrativa y al encontrarse ligada al asunto a decidir, es necesario referirnos a lo preceptuado por el artículo 211 que establece, lo siguiente:

[28] Artículo 334 del la ley 685 de 2001

> *“La ley señalará las funciones que el Presidente de la República podrá delegar en los ministros, directores de departamentos administrativos, representantes legales de entidades descentralizadas, superintendentes, gobernadores, alcaldes y agencias del Estado que la misma ley determine. Igualmente, fijará las condiciones para que las autoridades administrativas puedan delegar en sus subalternos o en otras autoridades.*
>
> *La delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario, cuyos actos o resoluciones podrá siempre reformar o revocar aquel, reasumiendo la responsabilidad consiguiente.*
>
> *La ley establecerá los recursos que se pueden interponer contra los actos de los delegatarios”.*

De modo que, en desarrollo de este mandato constitucional la Ley 489 de 1998 *“Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”*, en su artículo 9º estableció que las autoridades administrativas, mediante acto de delegación pueden transferir el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades, con funciones afines o complementarias.

Igualmente, señaló que los ministros, directores de departamento administrativo, superintendentes, representantes legales de organismos y entidades que posean una estructura independiente y autonomía administrativa pueden delegar la atención y decisión de los asuntos a ellos confiados por la ley y los actos orgánicos respectivos, en los empleados públicos de los niveles directivo y asesor vinculados al organismo correspondiente, con el propósito de dar desarrollo a los principios de la función administrativa enunciados en el artículo 209 de la Constitución Política y en la misma Ley.

Sobre la manera como debe realizarse la delegación, la precitada Ley consagró en el artículo 10º que el acto de la delegación siempre debe ser escrito y debe contener claramente la autoridad delegataria y las funciones o asuntos específicos cuya atención y decisión se transfieren, para cuyo efecto estableció como requisito que la autoridad administrativa que delega debe informarse en todo momento sobre el desarrollo de las

delegaciones que hayan otorgado e impartir orientaciones generales sobre el ejercicio de las funciones delegadas.

Ahora bien, como todo acto administrativo, la delegación entraña unos límites que deben ser tenidos en cuenta por el delegatario a la hora de hacer la delegación, los cuales son enunciados en el artículo 11º así:

1. La expedición de reglamentos de carácter general, salvo en los casos expresamente autorizados por la ley,

2. Las funciones, atribuciones y potestades recibidas en virtud de delegación, y

3. Las funciones que por su naturaleza o por mandato constitucional o legal no son susceptibles de delegación.

Con respecto a los criterios que deben ser tenidos en cuenta por los delegatarios a la hora de ejecutar la delegación[29], tenemos que la Ley consagra que los actos expedidos por las autoridades delegatarias están sometidos a los mismos requisitos establecidos para su expedición por la autoridad o entidad delegante y son susceptibles de los recursos procedentes contra los actos de ellas.

Igualmente, en desarrollo de lo establecido en la Constitución, se señaló que la delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponde exclusivamente al delegatario, sin perjuicio de que la autoridad delegante pueda en cualquier tiempo reasumir la competencia y revisar los actos expedidos por el delegatario, con sujeción a las disposiciones del Código Contencioso Administrativo, razón por la cual hizo claridad en que cuando de contratación se trate, el acto de la firma expresamente delegada, no exime de la responsabilidad legal civil y penal al agente principal.

Con relación a la delegación de funciones entre los organismos y entidades administrativas del orden nacional efectuadas en favor de entidades descentralizadas o

[29] Artículo 12 de la ley 489 de 1998.

entidades territoriales, el artículo 14 estableció que deben acompañarse de la celebración de convenios en los que se fijen los derechos y obligaciones de las entidades delegante y delegataria. Así mismo, en el correspondiente convenio podrá determinarse el funcionario de la entidad delegataria que tendrá a su cargo el ejercicio de las funciones delegadas. Estos convenios estarán sujetos únicamente a los requisitos que la ley exige para los convenios o contratos entre entidades públicas o interadministrativos.

3) Presupuestos de existencia, validez y eficacia de los actos administrativos.

Por ser relevante para resolver el asunto que ahora se somete a decisión, se transcribe lo que ya ésta Subsección había señalado al respecto:

"En los actos administrativos se distinguen los presupuestos de existencia, los presupuestos de validez y los presupuestos de eficacia final.

Los presupuestos de existencia son aquellas exigencias sin las cuales el acto no se configura como tal y por ende no surge a la vida jurídica.

Los presupuestos de validez son aquellas condiciones de un acto existente que determinan que sea valorado positivamente por encontrarse ajustado al ordenamiento o, con otras palabras, que si el acto es sometido a un juicio de validez no permiten que le sobrevenga una valoración negativa.

Los presupuestos de eficacia final son aquellos requisitos indispensables para que el acto existente y válido produzca finalmente los efectos que estaría llamado a producir.

Ahora, no debe olvidarse que mientras la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no decrete la nulidad de un acto administrativo, este se presume válido y es idóneo para producir los efectos que le son propios, tal como se desprende de lo normado en el artículo 64 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984) y como ya lo preceptúa de manera expresa el nuevo Código Contencioso Administrativo al disponer que "los actos administrativos

se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo…"[30]

Constituyen presupuestos de existencia la expresión del designio o voluntad de la administración, el objeto o materia sobre la cual recae el querer de la administración y la causa o motivo que induce a la decisión de la administración.

Son presupuestos de validez el sometimiento del acto al ordenamiento jurídico[31] *y el cumplimiento de las formalidades sustanciales que se exigen para su producción.*

Son presupuestos de eficacia final la publicidad del acto, la firmeza jurídica y la ausencia de la pérdida de su fuerza ejecutoria. (…)"[32]*.*

Sobre la validez del acto administrativo, también se ha pronunciado la doctrina jurídica, la cual la ha definido de la siguiente manera: *"La validez es el resultado de la perfecta adecuación, sumisión y cumplimiento en la elaboración y expedición del acto administrativo a los requisitos y exigencias establecidos en las normas superiores. En otras palabras, se dice que un acto administrativo es válido en la medida en que éste se adecua perfectamente a las exigencias del ordenamiento jurídico. Esto es, el acto administrativo es válido cuando ha sido emitido de conformidad con las normas jurídicas, cuando su estructura consta de todos los elementos que le son esenciales. La validez supone en el acto la concurrencia de las condiciones requeridas por el ordenamiento jurídico. (…) En el caso del acto administrativo, es sinónimo del acatamiento del bloque de la legalidad por parte de la administración, que es la llamada a ejecutar los preceptos superiores. (…) en caso contrario el acto nacería a la vida jurídica pero viciado en su legalidad con problemas que la doctrina califica como invalidantes, pero que no obstan para que, por regla general, el acto surta sus efectos*

---

[30] Artículo 88 (Original del texto citado).
[31] Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Procedimientos Administrativos y Tecnología. Universidad externado de Colombia. Bogotá DC. 2011. Pág. 58. El sometimiento a la legalidad de la administración y por lo tanto de sus decisiones guarda a la luz del moderno estado social y democrático de derecho una nueva dimensión: la de su sujeción al ordenamiento jurídico, esto es al del bloque de la legalidad ampliado a partir del respeto y sometimiento incluso del derecho internacional, en especial el de los derechos humanos (Original del texto citado).
[32] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Ver Sentencia del 1 de julio de 201 Exp. 33.281

hasta tanto no se produzca un pronunciamiento de la jurisdicción contenciosa administrativa"[33]*.*

Ahora bien, con relación a la eficacia de los actos administrativos se ha dicho que es una consecuencia del mismo *"que lo hace apto y capaz de producir los efectos para los cuales se le dio vida jurídica"*[34]. De manera que la diferencia entre validez y eficacia, radica en que esta última *"se proyecta hacia el exterior del acto administrativo en búsqueda de sus objetivos y el logro de sus finalidades"*[35].

Hecha la anterior claridad sobre la noción de validez y eficacia del acto administrativo, la Subsección se referirá a continuación a la ejecutoriedad del acto administrativo cuando se cumplen los requisitos antes mencionados, y a las hipótesis en las cuales hay lugar a afirmar que la decisión administrativa pierde su fuerza ejecutoria.

Así las cosas, tenemos que el artículo 62 del Código Contencioso Administrativo establece que los actos administrativos de carácter particular, quedan en firme en los siguientes casos:

1. Cuando contra ellos no proceda ningún recurso.
2. Cuando los recursos interpuestos se hayan decidido.
3. Cuando no se interpongan recursos, o cuando se renuncie expresamente a ellos, y
4. Cuando haya lugar a la perención, o cuando se acepten los desistimientos.

De conformidad con lo anterior, por regla general el acto toma eficacia a partir de la ocurrencia de alguna de las situaciones antes descritas, es decir, que es a partir de ese momento en que la decisión empieza a producir efectos jurídicos. No obstante, y de manera excepcional, existen casos en los cuales se limitan los efectos jurídicos del acto administrativo, conocidos comúnmente como situaciones de pérdida de fuerza ejecutoria. Al respecto ha dicho la doctrina lo siguiente:

---

[33] SANTOFIMIO, Gamboa. Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II. Capítulo sexto. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Págs. 324 y 325.
[34] Ibídem. Pág. 326.
[35] Ibídem. Pág. 326.

"(…) Estas limitaciones o rompimientos a la normalidad administrativa se pueden reunir en dos grandes grupos: el primero, conformado por las causales que se limitar a suspender los efecto jurídicos del acto en el contexto de la eficacia; y el segundo, estructurado por las causales que evidentemente implican una pérdida total de la fuerza ejecutoria del acto administrativo.

B. CAUSALES DEL PRIMER GRUPO

Se caracteriza este primer grupo porque en la práctica no existe una extinción de los efectos del acto administrativo sino un supuesto provocado frente a los efectos del acto, sea por vía jurisdiccional, como es el caso de la suspensión provisional de los actos administrativos, o por vía administrativa en los casos de inercia, ejecución, inactividad u omisión de la administración al no realizar las actuaciones que les corresponden para ejecutar un acto administrativo.

(…)

C. CAUSALES DEL SEGUNDO GRUPO

Constituyen verdaderas pérdidas de la fuerza ejecutoria del acto: la nulidad, el decaimiento o desaparición de los fundamentos de hecho o de derecho del acto, el cumplimiento de la condición resolutoria y la pérdida de vigencia.

D. DECLARATORIA DE NULIDAD. EFECTOS DE LA NULIDAD Y DE LA INCONSTITUCIONALIDAD.

(…) la pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo es el pronunciamiento de la jurisdicción contenciosa administrativa, declarando que el acto viola alguno de los presupuesto de su legalidad, y en consecuencia, que no puede seguir surtiendo efectos en el mundo jurídico.

(…) la nulidad es la sanción al incumplimiento de los requisitos señalados para la perfección de un acto jurídico. Se concreta esta penalidad en el desconocimiento de cualquier efecto jurídico a la manifestación de voluntad expresada con infracción a los necesarios requerimientos legales.

(…) E. DECAIMIENTO DEL ACTO ADMINISTRATIVO

(…) El numeral 2 artículo 66 establece dos hipótesis a través de las cuales un acto producido válidamente puede llegar a perder fuerza en el ámbito de la eficacia al desaparecer sus fundamentos de hecho o de derecho. La doctrina identifica precisamente estas circunstancias como las determinantes del decaimiento o muerte del acto administrativo por causas imputables a sus mismos elementos, en razón de circunstancias posteriores, mas no directamente relacionadas con la validez inicial del acto. (…) El artículo 66 del CCA, al instituir el llamado decaimiento del acto administrativo dentro del concepto genérico de pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo, desarrolla una limitante expresa al mundo de la eficacia del acto. (…) en ciertos eventos, la pérdida de fuerza ejecutoria debe ser el resultado de un debate jurisdiccional, especialmente cuando estén de por medio situaciones jurídicas consolidadas. En este sentido, en la hipótesis del artículo 66, para aceptar la pérdida de fuerza ejecutoria de un acto individual por desaparición de su fundamento jurídico, el juez administrativo debe haber juzgado el asunto y llegado a la conclusión de que

evidentemente la base desapareció, lo que vicia en consecuencia la legalidad del acto individual"[36].

Conforme con lo anterior, queda claro que tanto la declaratoria de nulidad como el decaimiento del acto administrativo, traen como consecuencia la pérdida de la fuerza ejecutoria del mismo, lo que significa que no puede producir efectos en el mundo jurídico.

4) Causales de nulidad de los actos administrativos.

Conforme lo establece el artículo 84 de Código Contencioso Administrativo se podrá demandar la nulidad de los Actos administrativos cuando: I) Se expidan con infracción a las normas en las cuales debía fundarse; II) Por la falta de competencia, ya sea funcional o temporal del funcionario u órgano que los expide; III) Cuando se expidan de forma irregular; IV) Cuando sean expedidos con desconocimiento de los derechos de audiencia y de defensa, es decir, con violación al derecho al debido proceso; V) Cuando estén falsamente motivados; y VI) Cuando se expidan con desviación de las atribuciones propias del funcionario o Corporación que los profirió.

Es así como, en el caso objeto de análisis el demandante solicita la declaratoria de nulidad de los actos administrativos expedidos por la accionada, ya que en su criterio son constitutivos de vía de hecho por defecto orgánico, procedimental absoluto, fáctico, material o sustantivo, decisión sin motivación, desconocimiento del precedente y violación directa de la Constitución.

De conformidad con lo anterior, la Sala se referirá únicamente a la causal de falta de competencia, debido a que al encontrar que esta se configura es inocuo pronunciarse de las restantes causales de nulidad del acto administrativo. Así la definido la jurisprudencia contenciosa:

"(…) la Sección Tercera del Consejo de Estado de manera uniforme y reiterada ha considerado que en aquellos casos en los cuales el juez advierta la falta de competencia como vicio de validez de un determinado acto administrativo, debe

[36] Ob. Cit. Págs. 332 a 348.

abordar oficiosamente su estudio, debido a que ésta constituye una grave causal de ilegalidad[37]:

"(…) comoquiera que la incompetencia se erige en la más grave de las distintas formas o clases de ilegalidad[38]; y segundo, teniendo en cuenta que la liquidación constituye el finiquito del contrato administrativo, resulta igualmente necesario que el juez, oficiosamente, adelante el examen del punto, aún cuando éste no se hubiere solicitado en el proceso. Sobre este asunto, la Sala señaló en anterior oportunidad:

'(…) ***Sin embargo, por tratarse del cargo de incompetencia temporal o ratione temporis que constituye el vicio más grave de todas las formas de ilegalidad en que puede incurrir el acto administrativo y por el carácter de orden público que revisten las reglas sobre competencia (arts. 121 y 122 Constitución Política), es posible su examen en forma oficiosa por el juzgador'***[39]*.*

Posteriormente, en igual sentido y resaltando la trascendencia del principio de legalidad en las actuaciones administrativas, esta Sección expresó al respecto:

'En virtud del principio de legalidad[40], principio básico en un Estado de derecho, las competencias de cada uno de los órganos y autoridades de la Administración Pública deben encontrarse asignadas por la Constitución Política o la ley de manera expresa, tal como lo ordena la Carta en sus artículos 4, 6, 121 y 122, lo cual impone que toda actuación de dichos órganos se encuentre sometida al imperio del derecho, presupuesto indispensable para la validez de los actos administrativos.

*'La jurisprudencia de la Sección Tercera[41] ha enseñado que la competencia constituye el primero y más importante requisito de validez de la actividad administrativa, asumiendo que la incompetencia configura la regla general mientras que la competencia constituye la excepción, comoquiera que la misma se restringe a los casos en que sea expresamente atribuida por el ordenamiento jurídico a las distintas autoridades, lo cual se explica si se tiene en cuenta que '***la incompetencia** *está entronizada en beneficio de los intereses generales de los administrados contra los posibles abusos o excesos de poder de parte de los gobernantes; por esta razón, el vicio de incompetencia no puede sanearse'*[42]*.*

---

[37] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 15 de abril de 2010, exp. 18.292.

[38] *La doctrina ha expuesto sobre el tema: "**De todas las formas de ilegalidad [la incompetencia], es la más grave**: los agentes públicos no tiene (sic) poder sino con fundamento en los límites de los textos que fijan sus atribuciones; más allá, ellos dejan de participar en el ejercicio de la potestad pública. Es por lo que las reglas de competencia son de orden público: **la incompetencia debe ser declarada de oficio por el juez, incluso si el demandante no la ha invocado en apoyo de su demanda.** Ella no puede ser convalidada por la aprobación ulterior de la autoridad competente." (Resalta la Sala) (RIVERÓ, Jean: Derecho Administrativo, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1984. P.274)*

[39] *CONSEJO DE ESTADO. Sala Contencioso Administrativa. Sección Tercera. Sentencia de mayo 11 de 1999. Exp. 10.196. C.P. Ricardo Hoyos Duque.*

[40] *Nota original: La legalidad ha sido definida por Georges Vedel como "la cualidad de lo que es conforme a la ley. La legalidad expresa así la conformidad al derecho y es sinónimo de regularidad jurídica" Cfr. VEDEL, Georges, Derecho Administrativo, traducción de la sexta edición francesa, Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid, 1980, p. 219.*

[41] *Nota original: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 16 de febrero de 2006; Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra; Expediente: 13414.*

[42] *Nota original: GIRALDO CASTAÑO, Jesael Antonio, Derecho Administrativo General, 5ª edición, Editorial Marín Vieco Ltda., Medellín, 1995, p. 59.*

Igualmente ha puntualizado sobre el vicio de incompetencia lo siguiente[43]:

'(…) dada la gravedad que representa la ausencia de este requisito en la expedición de los actos administrativos, la Sala, al igual que la doctrina[44], ha considerado que "... por tratarse del cargo de incompetencia (...) que constituye el vicio más grave de todas las formas de ilegalidad en que puede incurrir el acto administrativo y por el carácter de orden público que revisten las reglas sobre competencia (Art. 121 y 122 Constitución Política), ***es posible su examen en forma oficiosa por el juzgador"***[45]*.*

(…)

"La actividad contractual de la Administración no escapa al principio de legalidad, toda vez que en este ámbito sus actuaciones también deben someterse a claras y precisas competencias que se encuentran atribuidas por la ley, normas de orden público y de obligatorio cumplimiento, máxime cuando se trata del ejercicio de prerrogativas que detenta la entidad estatal contratante; así pues, las facultades que por atribución legal ejercen las entidades del Estado cuando se relacionan con los particulares, mediante la contratación, requieren definición legal previa y expresa de la ley, puesto que es la propia ley la que establece los límites a la autonomía de la voluntad.

"Es por ello que la terminación unilateral a cuya aplicación obliga el artículo 45 de la Ley 80, mal podría ejercerse en casos distintos a los expresamente previstos en esa norma legal[46]".

Conforme con lo antes dicho, el Juez puede declarar de manera oficiosa la nulidad de un acto administrativo por falta de competencia funcional o temporal del funcionario u órgano que lo expide, ya que esta constituye la más grave de las causales de nulidad.

5) Incumplimiento contractual.

Sobre el incumplimiento contractual ésta Subsección en precedente oportunidad expresó lo que a continuación se transcribe por ser por entero pertinente en este caso:

---

[43] Nota original: Sentencia de 16 de febrero de 2006, Exp. 13414, M.P. Ramiro Saavedra Becerra.
[44] Nota original de la sentencia citada: BETANCUR JARAMILLO, Carlos; Derecho Procesal Administrativo Señal Editora, 5ª ed.; pág. 209. Afirma el profesor Betancur, que el carácter de orden público que tienen las normas que atribuyen las competencias funcionales, "... permite su declaratoria oficiosa por el juzgador, aunque el demandante no la haya invocado en apoyo de su petición". Por su parte, en la doctrina argentina, la incompetencia en razón de la materia es considerada como un ***"vicio muy grave",*** *calificación que hace que el acto sea inexistente, lo cual puede ser declarado de oficio en sede judicial (DROMI, Roberto; Ob. cit., Págs. 244 y 245).*
[45] Nota original: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de mayo de 1999; Expediente 10.196. Actor: Sociedad Brogra Ltda.
[46] CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de agosto 29 de 2007. Exp. 15.324.

"Los contratos, amén de regular o extinguir una relación jurídica de contenido económico, también pueden crear relaciones obligacionales y como quiera que en las relaciones jurídicas de esta estirpe una de las partes (el deudor) debe desplegar una conducta (la prestación) en favor de la otra (el acreedor), se sigue que el comportamiento desplegado por el deudor en favor del acreedor solo puede ser tenido como satisfacción de la prestación (pago) en la medida en que se ajuste plenamente a lo convenido.

No otra cosa se deduce de lo preceptuado en los artículos 1626, 1627 y 1649 del Código Civil al disponer, respectivamente, que "el pago efectivo es la prestación de lo que se debe", que "el pago se hará bajo todos los respectos en conformidad al tenor de la obligación; sin perjuicio de lo que en los casos especiales dispongan las leyes" y que "el deudor no puede obligar al acreedor a que reciba por partes lo que se le deba, salvo el caso de convención contraria, y sin perjuicio de lo que dispongan las leyes en casos especiales."

En consecuencia, se estará en presencia de un incumplimiento si la prestación no se satisface en la forma y en la oportunidad debida y si además esa insatisfacción es imputable al deudor.

Y es que si la insatisfacción no es atribuible al deudor, ha de hablarse de "no cumplimiento"[47] y esta situación, por regla general,[48] no da lugar a la responsabilidad civil.[49]

(…) El incumplimiento, entendido como la inejecución por parte del deudor de las prestaciones a su cargo por causas que le son imputables a él, puede dar lugar al deber de indemnizar perjuicios si es que esa inejecución le ha causado un daño al acreedor.

---

[47] F. HINESTROSA. *Tratado de las obligaciones.* Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 237

[48] Se exceptúa el caso, por ejemplo, en el que el deudor conviene en responder aún en el evento de fuerza mayor o caso fortuito, tal como se desprende de los incisos finales de los artículos 1604 y 1616 del Código Civil

[49] Artículos 1604, inc. 2º, y 1616, inc. 2º, ibidem.

En efecto, como toda responsabilidad civil persigue la reparación del daño y este puede consistir en una merma patrimonial, en ventajas que se dejan de percibir o en la congoja o pena que se sufre, es evidente que en sede de responsabilidad contractual un incumplimiento puede causar, o no, una lesión de ésta naturaleza y es por esto que no puede afirmarse que todo incumplimiento irremediablemente produce una merma patrimonial, impide la consecución de una ventaja o produce un daño moral, máxime si se tiene en cuenta que dos cosas diferentes son el daño y la prestación como objeto de la obligación.

Causar un daño genera la obligación de reparar el perjuicio causado con él pero si el acreedor pretende que el juez declare la existencia de esa obligación y que por consiguiente el deudor sea condenado al pago de la indemnización, aquel tiene la carga de demostrar su existencia y su cuantía.

Tal carga probatoria se encuentra establecida no solamente en el artículo 177 del C. P. C. al preceptuar que "incumbe a las partes probar los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen", sino también, y particularmente para la responsabilidad contractual, en el artículo 1757 del C. C. al disponer que "incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o esta."

Así que entonces es al acreedor a quien le asiste el interés de demostrar la ocurrencia del daño y la cuantificación del perjuicio sin que pueda descargar en el juzgador todo el peso de esa carga aunque éste, desde luego, cuenta con la facultad oficiosa en materia probatoria pero dentro de los precisos límites previstos en el artículo 169 del C. C. A.

Luego, si el acreedor nada prueba en torno a la existencia del daño y a la cuantía del perjuicio, no podrá abrirse paso la pretensión indemnizatoria pues sin la certeza de la ocurrencia del daño y la magnitud del perjuicio, la responsabilidad está irremediablemente condenada al fracaso.

(…) Si se tiene en cuenta que la responsabilidad derivada del contrato persigue la indemnización de los perjuicios causados, como ya se dijo, y que en la responsabilidad

contractual el deudor debe estar en mora pues de lo contrario no puede reclamar la indemnización de perjuicios ni la cláusula penal en su caso, tal como lo pregonan los artículos 1594 y 1615 del Código Civil, es conclusión obligada que si alguno de los contratantes ha incumplido el otro no estará en mora, pues así lo dispone el artículo 1609 del Código Civil, y por consiguiente el incumplido no puede reclamar perjuicios o la pena.

No otra cosa puede deducirse de las normas antes mencionadas que a la letra expresan:

"Artículo 1594. Antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino sólo la obligación principal…"

"Artículo 1615. Se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora, o, si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención."

"Artículo 1609. En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos."[50]

Teniendo en cuenta los criterios antes señalados, la Sala iniciará el estudio del caso en concreto.

6) El caso concreto.

En el asunto que aquí se estudia por vía de apelación, la Sala precisará lo alegado por las partes en el escrito contentivo del recurso de apelación, en el siguiente orden:

---

[50] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 24 de julio de 2013, Expediente 25131.

La parte demandante: arguyó que no está de acuerdo con lo dicho por el A quo frente a la existencia de la excepción de contrato no cumplido, ya que esta fue propuesta por el Ministerio de Minas y Energía quien no era parte dentro del contrato, usurpando de esta manera la facultad que tenía INGEOMINAS y el Departamento de Boyacá. Adicionalmente, manifiesta que el no pago del canon superficiario se debió a que no existía claridad frente a la persona o a la entidad a la que debía hacerse el desembolso, siendo este el motivo de su incumplimiento.

La Agencia Nacional de Minería encaminó su inconformidad a que no se debió declarar la nulidad de las resoluciones acusadas debido a que el Gobernador del departamento de Boyacá podía asignar en el Secretario de Minas y Energía las funciones otorgadas mediante la Resolución 180927 de 2005, de manera que era procedente, la desconcentración de las funciones y en consecuencia, el funcionario era competente para expedir los actos administrativos. Sumado a lo anterior, la entidad demandada argumenta que se equivocó el Juez de primera instancia al ordenar la cancelación de la inscripción de caducidad del contrato en el registro minero, ya que este procedimiento se hizo conforme con la Ley 685 de 2001, que establece que la caducidad del contrato procede entre otras, por el no pago oportuno y completo de las contraprestaciones económicas.

El Departamento de Boyacá: apeló diciendo que la decisión adoptada desconoce la competencia con la que cuenta el departamento para declarar la caducidad de un contrato ante el incumplimiento e imposibilita la ejecución de los encargos hechos por el Ministerio de Minas y Energía, por lo tanto, no está de acuerdo con la declaratoria de nulidad de las Resoluciones No. 314 y 385 de 2006 ni con la orden de cancelación de la inscripción de caducidad en el registro y de la inhabilidad para contratar con el Estado.

Teniendo claro lo anterior, la Sala pasa a estudiar el material probatorio aportado al expediente para de esta manera determinar si le asiste razón a la parte accionante o a las entidades demandadas.

Así pues, se encuentra plenamente demostrado dentro del proceso, que a través de la Resolución No.181145 del 14 de septiembre de 2001[51], la Viceministra de Energía y Gas encargada de las funciones del Despacho del Ministro de Minas y Energía, dispuso que el Ministro de Minas y Energía en su calidad de autoridad minera, podría delegar en los Gobernadores de Departamento y en los Alcaldes de ciudades capitales sus funciones de tramitación y celebración de contratos de concesión, así como los trámites de control y vigilancia de los mismos, bajo los términos previstos en la Ley 685 de 2001, en los siguientes términos:

> *"(…)* ***ARTÍCULO TERCERO:*** *Serán funciones del Delegatario las siguientes:*
> *(…)*
> *4. Remitir a la Empresa Nacional Minera Ltda – MINERCOL LTDA – los documentos e informes necesarios para efectos de:*
> *a) La celebración de contratos, así como para la terminación, caducidad y reversión (…)*
> *d) Liquidación de canon superficiario (…)*
> ***ARTICULO CUARTO: (…) PARÁGRAFO SEGUNDO:*** *El cien por ciento (100%) de los recursos que se recauden por concepto de cánon superficiario que se genere por la exploración de áreas correspondiente a trámites mineros iniciados bajo la vigencia del Decreto 2655 de 1998 y que continúen bajo ese régimen corresponderá a MINERCOL LTDA.*
> ***(…)***
> ***ARTÍCULO QUINTO:*** *Las autoridades delegatarias podrán ejecutar las actuaciones y trámites inherentes a las funciones que se le delegan a través de los funcionarios y dependencias centrales, regionales o locales de que dispongan, de acuerdo con la asignación y reparto de negocios que considere conveniente. (…)"*

Así mismo, se encuentra probado que mediante Resolución No.181192 del 24 de septiembre de 2001[52], el Ministro de Minas y Energía delegó en el Gobernador de Boyacá dentro del ámbito territorial de su jurisdicción y por el término de 2 años las funciones de tramitación de contratos de concesión, excepto los que se refieran a carbón y esmeraldas, así como, los trámites de control y vigilancia de los mismos, de conformidad con la Ley 685 de 2001, de donde se destaca:

> *"(…)* ***ARTÍCULO SEGUNDO:*** *El delegatario deberá ejercer la delegación que por este acto se le confiere en los términos previstos en la ley 685 de 2001 – Código de Minas, en la Resolución 18-1145 del 14 de septiembre de 2001 por medio de la cual se reglamenta el otorgamiento de la delegación a que se refiere el artículo 320 de la ley 685 de 2001 y conforme a los que se acuerde en el Convenio que deberá suscribirse una vez quede en firme la presente resolución.*

---

[51] Fls. 305 a 307 C. 1
[52] Fls. 192 a 194 C. 1

> ***ARTÍCULO TERCERO:*** *El delegatario podrá ejecutar las actuaciones y trámites inherentes a las funciones que se le delegan a través de los funcionarios y dependencias centrales, regionales o locales de que disponga, de acuerdo con la asignación y reparto de negocios que considere conveniente. (…)"*

La anterior delegación, fue prorrogada en varias oportunidades por el Ministerio de Minas y Energía, así:

1. Resolución No.18 1436 del 19 de noviembre de 2003[53], mediante la cual el Ministro de Minas y Energía, prorroga por el término de un año la delegación de funciones otorgada al Gobernador de Boyacá mediante Resolución No. 18 1192 de 2001, en los mismos términos que fue conferida.

2. Resolución 18 1530 del 23 de noviembre de 2004[54], mediante la cual el Ministro de Minas y Energía, prorroga hasta el 31 de diciembre de 2004 la delegación de funciones otorgada al Gobernador de Boyacá mediante Resolución No. 18 1192 de 2001, en los mismos términos que fue conferida.

3. Resolución No.18 0927 de 25 de julio de 2005[55] el Ministro de Minas y Energía modificó la Resolución No.18 1192 de 24 de septiembre de 2001, en donde, entre otras, adicionó a las funciones delegadas al Gobernador de Boyacá, las siguientes:

> *"ARTICULO CUARTO: Adicionase a la Resolución 18 1192 de 2001, los siguientes artículos:*
>
> *ARTICULO SEPTIMO: Las funciones que por éste acto se delegan comprenden entre otros:*
> *a) Tramitación y celebración de contratos de concesión minera, rechazo de propuestas de contratos de concesión minera, terminación, caducidad y reversión (…)*
> *c) Liquidación y recaudo de canon superficiario.*
> *(…)"*

4. Resolución No.18 1844 del 22 de diciembre de 2006[56], mediante la cual el Ministro de Minas y Energía, prorroga por el término de 6 meses delegación de funciones otorgada al Gobernador de Boyacá mediante Resolución No. 18 1192 de 2001.

---

[53] Fl. 195 C. 1
[54] Fl. 196 C. 1
[55] Fls. 197 a 201 C.1

5. Resolución No.18 0917 del 21 de junio de 2007[57], mediante la cual el Ministro de Minas y Energía, prorroga hasta el 30 de junio de 2008 la delegación de funciones otorgada al Gobernador de Boyacá mediante Resolución No. 18 1192 de 2001, modificada por la Resolución No.18 0927 de 2005.

6. Resolución No.18 0992 del 26 de junio de 2008[58], mediante la cual el Ministro de Minas y Energía, prorroga hasta el 30 de junio de 2009 la delegación de funciones otorgada al Gobernador de Boyacá mediante Resolución No. 18 1192 de 2001, modificada por la Resolución No.18 0927 de 2005.

7. Resolución No.18 2366 del 18 de diciembre de 2008[59], mediante la cual el Ministro de Minas y Energía, prorroga hasta el 31 de diciembre de 2010 la delegación de funciones otorgada al Gobernador de Boyacá mediante Resolución No. 18 1192 de 2001, modificada por la Resolución No.18 0927 de 2005.

También se evidencia del material probatorio obrante en el plenario que mediante el Decreto 00877 de 28 de septiembre de 2005[60] el Gobernador de Boyacá en uso de las atribuciones constitucionales y legales, en especial las conferidas por el artículo 9 de la Ley 489 de 1998, el artículo 314 de la Ley 685 y las resoluciones 18 1145 del 14 de septiembre de 2001 y 18 0927 del 25 de julio de 2005 del Ministerio de Minas y Energía, delegó las funciones asignadas al Secretario Agropecuario Minero, Director Minero Energético, así:

> *" ARTICULO 1º. Delegar en el Secretario Agropecuario y Minero del Departamento de Boyacá, las siguientes funciones:*
>
> *(…)*
> *2. Otorgar y cancelar licencias mineras y decretar la caducidad de los contratos de concesión minera.*
> *(…)*

---

[56] Fl. 204 C. 1
[57] Fl. 196 C. 1
[58] Fls. 205 y 206 C. 1
[59] Fls. 207 y 208 C. 1
[60] Fl. 99 C. 1

ARTÍCULO 2º. Delegar en el Director Minero Energético de la Secretaria Agropecuaria y Minera, las siguientes funciones:
(…)
19. Requerir bajo apremio de multa y bajo causal de cancelación o caducidad en desarrollo de la ejecución de títulos mineros e imponer multas por incumplimiento de obligaciones derivadas de títulos mineros.
(…)"

Conforme con lo anterior, queda claro que desde el año 2001 el Ministro de Minas y Energía delegó en el Gobernador del Departamento de Boyacá las funciones de tramitación de contratos de concesión, excepto los que se referían a carbón y esmeraldas, así como, los trámites de control y vigilancia de los mismos, de conformidad con la Ley 685 de 2001. De manera que, era el Gobernador del Departamento la autoridad administrativa que tenía competencia funcional para otorgar las concesiones mineras y realizar los demás trámites delegados.

El 27 de diciembre de 2004[61] se celebró el Contrato de Concesión Minera No. 0946-15, para la exploración y explotación de un yacimiento de caliza y demás concesibles entre el Instituto Colombiano de Geología y Minería - INGEOMINAS y los señores Francisco Javier Vélez Serna y Juan Alberto Pulido Alba, en cuya cláusula décima séptima y octava, se indicó frente a la caducidad, lo siguiente:

*"**CLAUSULA DECIMA SEPTIMA.- Caducidad**.- LA CONCEDENTE podrá mediante providencia motivada declarar la caducidad administrativa del presente contrato en los siguientes casos: (…)*
17.4 El no pago oportuno y completo de las contraprestaciones económicas; (…)

***CLAUSULA DECIMA OCTAVA.- Procedimiento para la caducidad.-** La caducidad del contrato, en los casos en que hubiere lugar, será declarada por LA CONCEDENTE previa resolución de trámite en la que, de manera concreta y específica, se señalen la causal o causales en que hubiere incurrido EL CONCESIONARIO. En esta misma providencia se le fijará una término, no mayor de treinta (30) días, para que subsane las faltas que se le imputan o formule su defensa, respaldada con las pruebas correspondientes. Vencido este término se resolverá lo pertinente en un plazo máximo de diez (10) días. (…)".*

Durante la ejecución de este contrato y ante el incumplimiento del contratista, mediante auto No. 109 del 28 de noviembre de 2005[62], el Director Minero Energético de la

[61] Fls. 34 a 43 C. 1
[62] Fl 49 C. 1

Gobernación de Boyacá requirió bajo apremio de caducidad a los contratistas por el no pago de canon superficiario, del cual se destaca:

> *"(…)*
>
> *Que según el artículo 230 de la Ley 685 de 2001, los concesionarios mineros deberán pagar una contraprestación económica denominada canon superficiario, por un valor de un salario mínimo día por hectárea y por anualidades anticipadas a partir del perfeccionamiento del contrato, si el área solicitada no excede de 2000 hectáreas.*
>
> *Qué en mérito de lo expuesto, esta entidad requiere bajo apremio de caducidad a los titulares de la referencia para que dentro del término de treinta (30) días, contados a partir de la notificación de la presente providencia, consignen la suma de UN MILLON CUARENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y CINCO PESOS MDA CTE ($1.044.555), en la Cuenta Corriente No. (…)*
>
> *Que en caso de no efectuar el pago requerido en el lapso señalado, se procederá a declarar la caducidad del contrato, de conformidad con lo establecido en el artículo 112 de la Ley 685 de 2001 según el cual "El contrato podrá terminarse por la declaración de su caducidad, exclusivamente por las siguientes causas: D) El no pago oportuno y completo de las contraprestaciones económicas"*
>
> *(…)"*

De la misma manera, el Grupo Externo de Fiscalización Minera de la Secretaria Agropecuaria y Minera de Boyacá a través del informe de evaluación del expediente No. 946-15 de fecha 13 de febrero de 2006[63], elaborado frente a los titulares: Francisco Javier Vélez Serna y Juan Alberto Pulido Alba, buscó garantizar el cumplimiento de las obligaciones técnicas, económica, de las normas de seguridad e higiene mineras y ambientales y la adecuada conservación de los recursos mineros, de donde se resalta:

> *"5.2 Obligaciones de carácter económico pendientes:*
>
> - *El titular está en mora de allegar recibo de pago del canon superficiario por anualidad anticipada, sobre la totalidad del área de la concesión durante el primer año de exploración por un valor de $1.044.760 para el periodo comprendido entre el 25 Abril / 2005 al 24 Abril / 2006.*
>
> *5.3 Obligaciones de carácter legal pendientes:*
>
> - *El titular está en mora de renovar la póliza minero ambiental teniendo en cuenta que se debe ajustar de acuerdo a la fecha de inscripción en RMN es decir, del 25 Abril/2006 al 24 Abril/2007 y, que las contraprestaciones le corresponden a la Delegación de Boyacá a partir del 25 Julio/ 2005 (Resolución 18-0927).*

[63] Fls. 48 y 49 C. 1

Reposa también en el proceso copia auténtica del Acta de Visita de Seguridad Minera a Exploraciones a Cielo Abierto[64] realizada por la Secretaria Agropecuaria y Minera de Boyacá de fecha 23 de febrero de 2006, en la cual se concluyó lo siguiente:

- *" No se observó ningún tipo de explotación minera dentro del área otorgada*
- *Durante el recorrido se observó el área en estado natural.*
- *Se remite a jurídica para que determine el trámite a seguir"*

Como consecuencia de lo anterior, y ante el desacato de los demandantes de cumplir con su obligación de pago del canon superficiario, la Secretaría de Minas y Energía de la Gobernación de Boyacá declaró la caducidad del Contrato Minero No. 0946-15 por medio de la Resolución No. 0314 de 5 de septiembre de 2006[65], así:

> *"ARTÍCULO PRIMERO: Declarar la caducidad del Contrato Único de Concesión Minera No. 946-15, celebrado entre EL INGEOMINAS y los señores FRANCISCO JAVIER VÉLEZ SERNA y JUAN ALBERTO PULIDO ALBA para la exploración y explotación de un yacimiento de caliza y demás concesibles, ubicado en el Municipio de Firavitoba – Departamento de Boyacá-, en virtud de los expuesto en la parte motiva del presente acto administrativo.*
>
> *ARTICULO SEGUNDO.- Declarar que el señor FRANCISCO JAVIER VÉLEZ SERNA, identificado con la C.C. No. 70.053.128 de Medellín y el señor JUAN ALBERTO PULIDO ALBA identificado con la C.C. No. 7.212.713 de Duitama, se encuentran inhabilitados para contratar con el Estado, por el término de cinco (5) años, contados a partir de la ejecutoria de la presente providencia.*
>
> *(…)*
>
> *ARTÍCULO CUARTO.- Una vez ejecutoriada la presente providencia remitir copia de la misma a CORPOBOYACÁ, para lo que sea de su competencia. Igualmente, enviar copia la Alcaldía Municipal de Firavitoba para que, de ser pertinente, procedan efectuar la suspensión de actividades de explotación según el artículo 306 de la Ley 685 de 2001. Enviar copia a la Dirección de Minas y Energía del Ministerio de Minas y Energía, para efectos de que se de publicidad sobre la inhabilidad declarada mediante este administrativo, según sus competencias; en el mismo sentido, enviar copia a la Oficina de Contratación de la Gobernación de Boyacá, y a la Contraloría General de la República, a la Procuraduría General de la Nación y a la Cámara de Comercio de Tunja.*
>
> *ARTÍCULO QUINTO.- Una vez ejecutoriada la presente providencia enviar copia de la misma al INGEOMINAS para inscripción en el Registro Minero Nacional, hecho anterior, desanótese el área respectiva del Catastro Minero que se lleva en esta entidad.*
>
> *ARTICULO SEXTO.- Una vez ejecutoriada la presente providencia y una vez remitidas las copias pertinentes, el Grupo de Trabajo de Atención al Minero deberá devolver el*

[64] Fls. 50 a 52 C.1
[65] Fls. 54 a 56 C. 1.

expediente al Grupo de Fiscalización, Seguimiento y Control de esta entidad, con el fin de que se tomen las acciones respectivas para elaborar el acta de liquidación e impulsar el trámite para su suscripción.

ARTICULO SÉPTIMO.- Notificar personalmente el contenido de la presente providencia al señor FRANCISCO JAVIER VÉLEZ SERNA (…) y al señor JUAN ALBERTO PULIDO ALBA (…) y de no ser posible la comparecencia del mismo a este Despacho, proceder a notificar mediante edicto (…)"

La anterior decisión, fue comunicada a los demandantes a través del Oficio No. 003549 del 5 de septiembre de 2006[66] suscrito por la Coordinadora Grupo Atención al Minero del departamento, los cuales interpusieron recurso de reposición el 14 de septiembre de 2006[67], donde adujeron que esperaron que INGEOMINAS liquidara el canon superficiario y les indicara donde debían efectuar el pago, que se habían enterado que el expediente pasó a la Gobernación de Boyacá, lo que les creó confusión respecto a la autoridad minera que tenía competencia.

La Administración resolvió el recurso interpuesto, por medio de la Resolución No. 0385 de 21 de noviembre de 2006[68], en donde confirmó la resolución que declaró la caducidad del Contrato Minero No. 0946-15.

Como consecuencia de tal declaración, la entidad pública dio cumplimiento a lo dispuesto en el acto administrativo y ordenó inscribir la Resolución No.314 de 2006 que declaró la caducidad del contrato, tal y como consta en el Certificado de Registro Minero[69] – Contrato Único de Concesión No. 0946-15, la cual fue registrada el 25 de abril de 2005 con una vigencia hasta el 23 de enero de 2007.

A este tenor, se profirieron comunicaciones[70] fechadas del 2 de enero de 2007 suscritas por el Director Minero Energético del Departamento de Boyacá y dirigidas a la Oficina de Contratación de la Gobernación de Boyacá, a la Contraloría General de la República, a la Corporación Autónoma Regional de Boyacá "CORPOBOYACÁ", a la Alcaldía Municipal de Firavitoba, a la Dirección de Minas del Ministerio de Minas y Energía, y a

[66] Fl. 57 C.1.
[67] Fls. 58 a 63 C. 1
[68] Fls. 65 a 69 C. 1.
[69] Fl. 78 C. 1
[70] Fls. 85 a 90 C. 1

la Cámara de Comercio de Tunja, para efectos de informar el envío de actos administrativos correspondientes al expediente minero No. 946 -15.

Posteriormente, se citó a los contratistas mediante auto No. 412 del 17 de abril de 2007[71] suscrito por el Director de Minas y Energía de la Gobernación de Boyacá, para que se llevara a cabo la liquidación del contrato No.946-15, de acuerdo con lo estipulado en la Cláusula Vigésima del mismo. En el referido acto, se hizo un recuento del requerimiento realizado mediante Auto No. 109, del contenido de la Resolución No.314, de la obligación de mantener vigente la garantía contractual y que para efectos de llevar a cabo la liquidación se requería aportar comprobante de consignación y allegar Póliza Minero Ambiental cumpliendo con lo indicado contractualmente.

Así mismo, se encuentra probado a través del certificado de antecedentes No. 3035629-0[72] expedido el 2 de mayo de 2007 por la Procuraduría General de la Nación, que se registró al señor Juan Alberto Pulido Alba inhabilidad para contratar con el Estado por la declaratoria de caducidad del contrato.

Entonces del acervo probatorio antes citado, la Sala encuentra que la administración amparada en el artículo 112 de la Ley 685 tenía la facultad de decretar la caducidad del contrato de concesión minera, previo a compeler al contratista para que cumpliera con el pago del canon superficiario. Por lo tanto, ante la renuencia de los aquí demandantes de cumplir con sus obligaciones contractuales, la entidad se vio en la obligación de hacer uso de la facultad de declarar la caducidad del contrato, configurándose de esta manera el incumplimiento contractual por el no pago del canon pactado en la forma y en la oportunidad debida, comportamiento que claramente le es imputable al actor.

No obstante, es preciso indicar que mediante sentencia del 17 de marzo de 2010 proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, en el proceso de nulidad simple adelantado contra el Decreto No. 000877 de 28 de septiembre de 2005, instaurado por Francisco Javier Vélez Serna y Otro contra el Departamento de Boyacá. Rad. 2007 – 00589, se declaró la caducidad del mencionado decreto, por las siguientes razones:

---

[71] Fls. 92 a 94 C. 1
[72] Fl. 98 C.1

"(…) Son varias las razones por las cuales el Gobernador de Boyacá, no podía delegar las funciones a él encomendadas, que soportan y justifican la prohibición contenida en el numeral segundo del artículo 11 de la Ley 489 de 1998, entre las que se cuentan, ser una excepción al principio de la improrrogabilidad de la competencia, conforme a lo cual lo que se delega es el ejercicio de la función y no la competencia para disponer de ella, razón por la cual la facultad de delegar debe estar prevista en la ley, como lo fue, para la que delegó el Ministro de Minas y Energía (artículo 320 de la Ley 685 de 2001), pero no en cuanto a la que el Gobernador delegó en su Secretario Agropecuario y en el Director Minero Energético.

La improcedencia de delegar lo delegado, obedece a la naturaleza discrecional que encierra la facultad, para que el titular de la función la designe en un subalterno u otra autoridad, pero que ella no puede disponer quien recibió la delegación, elemento que siempre debe tener en cuenta el delegatario, porque bajo tal discrecionalidad quien delegó puede resumir en cualquier momento sus funciones, situación que se tornaría difusa y se dilataría con una cadena de delegaciones de lo delegado.
(…)
En consecuencia, es forzoso concluir que el Decreto 000877 de 28 de septiembre de 2005, expedido por el Gobernador de Boyacá, "Por medio de la cual se delegan unas funciones al Secretario Agropecuario y Minero, Director Minero Energético" debe ser declarado nulo sin que sea viable que su nulidad se extienda a otros actos y actuaciones, porque como se dijo, para que cualquier acto sea objeto de nulidad, debe demandarse, individualizarse y ser objeto de juicio de anulación, bajo las garantías y procedimientos propios de cada juicio.
(…)

III. FALLA

(…)
SEGUNDO.- Declarar la nulidad Decreto 0008777 de 28 de septiembre de 2005 expedido por el Gobernado de Boyacá, "Por medio de a cual se delegan unas funciones al Secretario Agropecuario y Minero, Director Minero Energético", de conformidad con lo expuesto en este proveído.

TERCERO.- Se declara inhibida la Sala frente a la pretensión encaminada a que "… se declare la nulidad de todas las actuaciones y actos administrativos desde septiembre 29/05 hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, relacionadas con la INDUSTRIA MINERA DE BOYACÁ", por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.
(…)"

Conforme a lo anterior, la Sala concluye que le asiste razón a la parte demandante cuando afirma que la Resolución No.0314 del 5 de septiembre de 2006, que declaró la caducidad del contrato minero No.0946-15, y la Resolución No.0385 del 21 de noviembre de 2006, que confirmó la anterior, expedidas por el Secretarío de Minas y Energía de la Gobernación de Boyacá, deben ser declaradas nulas, debido a que fueron proferidas en cumplimiento de una delegación que fue conferida por el entonces Gobernador de Boyacá a uno de sus Secretarios contrariando el artículo 211

Constitucional y el artículo 11 de la Ley 489 de 1998, preceptos que expresamente señalan que no es posible delegar las funciones, atribuciones y potestades recibidas en virtud de una delegación (acápite número 2 de la parte considerativa de esta providencia), tal y como ocurrió en el presente caso, en donde el Ministro de Minas y Energía en cumplimiento a lo ordenado por la Ley 685 de 2001, delegó en el Gobernador del departamento las funciones de tramitación de contratos de concesión excepto los que se refieran a carbón y esmeraldas y la declaratoria de caducidad de dichos contratos.

Adicionalmente, se encuentra el hecho de que a través de providencia del 17 de marzo de 2010 el Tribunal Administrativo de Boyacá declaró la nulidad del Decreto No. 000877 de 28 de septiembre de 2005, mediante el cual el Gobernador de Boyacá delegó las funciones al Secretario Agropecuario Minero - Director Minero Energético, por considerar que el Gobernador del departamento no podía delegar las funciones a él delegadas.

Como consecuencia de lo anterior, esta Subsección concluye que deberá confirmar la nulidad por falta de competencia del funcionario que los expidió, ya que como bien lo dijo la sentencia que estudió la legalidad del Decreto 0008777 de 28 de septiembre de 2005 expedido por el Gobernador de Boyacá, “Por medio de la cual se delegan unas funciones al Secretario Agropecuario y Minero, Director Minero Energético”, el Gobernador no contaba con la facultad de delegar las funciones a él delegadas por el Ministro de Minas y Energía, en uno de sus subalternos, debido a que lo que se delegaba era la función no la competencia para delegar, razón se configura la causal antes mencionada.

De esta manera, se desestiman las afirmaciones hechas por los entes demandados en sus escritos de alzada, debido a que contrario a lo dicho por ellos, el Gobernador del departamento de Boyacá no podía delegar las funciones que le habían sido delegadas, por el Ministro de Minas y Energía, por las razones ya explicadas. Configurándose de esta manera, la ya mencionada causal de nulidad por falta de competencia del funcionario que expidió el acto, debido a que como se dijo anteriormente quien suscribió la resolución demandada no era la persona idónea para hacerlo; desvirtuándose la

presunción de legalidad de las Resoluciones acusadas por no cumplir con el presupuesto de validez, que persigue que el acto administrativo se ajuste al ordenamiento jurídico, situación que trae como consecuencia la pérdida de su fuerza ejecutoria, tratada en el acápite 3.

Ahora bien, sobre la declaratoria de incumplimiento del contrato (acápite 5) por el no el pago del canon superficiario consagrado en el artículo 230 de la Ley 685 de 2001, la Sala encuentra que esta tiene total respaldo fáctico y jurídico, ya que se encuentra acreditado dentro del proceso que la parte demandante no canceló dicho canon durante la ejecución del contrato, tal y como se observa de diferentes medios de prueba, como el recurso de reposición que se interpuso contra el acto administrativo que declaró la caducidad del contrato, en donde se solicitó se diera un plazo para el cumplimiento de dicha obligación y que no se declarara la caducidad del contrato, en los cuales se dijo que no se había pagado por cuanto no había claridad respecto de la entidad a la cual debía hacerse el desembolso por parte del contratista.

Al respecto, vale la pena traer a colación lo dicho por esta Corporación[73] sobre la declaratoria de incumplimiento del contrato, el cual supone que se *"acredite en el proceso haber cumplido o estado presto a cumplir sus obligaciones; o lo que es igual, para abrir paso a pretensiones en ese sentido la parte que las invoca debe probar que satisfizo las obligaciones que le incumben o se allanó a hacerlo, para demostrar que la otra parte está en un incumplimiento de las obligaciones a su cargo, que éstas son exigibles y que, por tanto, se encuentra en mora para su pago[74]*".

De manera que, para que haya lugar a la declaratoria de responsabilidad del deudor este debe estar constituido en mora, pues de lo contrario no puede reclamar la indemnización de perjuicios ni la cláusula penal dado el caso, tal como lo pregonan los artículos 1594 y 1615 del Código Civil, de donde se concluye que si alguno de los contratantes ha incumplido el otro no estará en mora, pues así lo dispone el artículo

[73] Consejo de Estado. Sentencia del 30 de enero de 2013. C.P: Danilo Rojas Betancourth. Exp: 24.217.
[74] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 22 de julio de 2009, exp. 17552.

1609 del Código Civil, y por consiguiente el incumplido no puede reclamar perjuicios o la pena.

El anterior presupuesto, se cumple en el caso en comento, debido a que los contratistas le incumplieron al contratante en el pago del canon, de allí que la entidad demandada no se encuentra en mora y por lo tanto, los accionantes no puedan reclamar a la entidad demandada el pago de perjuicios.

La Subsección deja en claro que no es de recibo la afirmación hecha por el recurrente en el sentido de indicar, que no existía certeza sobre la entidad a la cual debía hacerse el pago del canon superficiario, ya que desde el auto de apremio se indicó el nombre del beneficiario y el número de cuenta y banco donde debía efectuarse la obligación de pago.

Finalmente se itera que, la Sala confirmará la decisión del *A quo* de declarar la nulidad de los actos administrativos demandados, sin hacer reconocimiento alguno por concepto de perjuicios, declarará probada la excepción de contrato no cumplido por haberse encontrado probado el incumplimiento del contrato No.946-15, conforme con lo antes expuesto y frente a la solicitud de cancelación de la inscripción de caducidad del contrato de concesión minera No.0946-15 y de la inhabilidad por 5 años para contratar registrada en la Procuraduría General de la Nación, esta Subsección confirma igualmente lo dispuesto por el Tribunal de primera instancia, teniendo en cuenta que los efectos de la nulidad de los actos administrativos es devolver las cosas al estado que se encontraban antes de que se hubieran proferido los actos anulados, es decir, como si los actos no hubieran existido.

De manera que, la Sala confirmará la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá el 16 de enero de 2014, en donde se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, por las razones antes señaladas.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá del 16 de enero de 2014, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ
Presidenta de la Sala

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Magistrado

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Magistrado Ponente