



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

Consejero ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

Bogotá D.C., veintiocho (28) de octubre de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 25000-23-26-000-2006-00657 (40992)

Actor: ESMERALDAS Y MINAS DE COLOMBIA S.A.-ESMERACOL S.A.

Demandado: IGEOMINAS Y MINERCOL EN LIQUIDACIÓN

Referencia: Asuntos mineros

- Tema 1: Contractual minero.
- Subtema 1: Caso fortuito o fuerza mayor.
- Subtema 2: Responsabilidad contractual.
- Subtema 3: Teoría de la imprevisión.
- Tema 2: Naturaleza jurídica de las facturas.
- Tema 3: Caducidad de la acción de controversias contractuales mineras.
- Subtema 1: Excepción de caducidad contemplada en el parágrafo 1º del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo.
- Tema 4: Congruencia de la sentencia.
- Subtema 1: Fallo *citra petita*.
- Subtema 2: Fallo *ultra petita*.
- Tema 5: Falta de motivación del acto administrativo.
- Tema 6: Facturas por Administración y canon superficiario.

Sentencia: revoca.

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por las dos partes de la *litis*, contra la sentencia parcialmente estimatoria del seis (6) de octubre de dos mil diez (2010), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el proceso de la referencia, al cual esta Subsección le concedió prelación, en los términos del auto de veinte (20) de febrero de dos mil catorce (2014)¹.

I. SÍNTESIS DEL CASO

La empresa demandante viene explotando un yacimiento minero esmeraldífero en la zona de Coscuez (Boyacá) a partir de 1977, a través de una serie de contratos mineros. En el último contrato de operación minera que suscribió, el actor alega que la estipulación relativa al canon superficiario se pactó contra derecho y que, dado que la demandada no ejecutó la administración convenida, ella debe restituir lo pagado por tales conceptos.

La actividad de explotación minera tuvo que suspenderse en un lapso trascurrido entre el 2002 y el 2003, debido a que se interrumpió el suministro de explosivos y de energía eléctrica a la actora. Esta última afirma que dichas circunstancias constituyen eventos de caso fortuito o fuerza mayor, que imposibilitaron el cumplimiento de las obligaciones a cargo suyo, y que, además, generaron unas

¹ Folio 819 a 824 del cuaderno principal.



circunstancias técnicas y económicas excepcionales. La autoridad minera accedió a la solicitud, formulada por la ahora actora, de descontar las sumas causadas durante el periodo en el que se suspendió la explotación minera, mediante resolución cuya nulidad pretende que se declare.

La accionante alega, además, que las facturas con las que se realizó el cobro del canon superficiario y de la administración convenida son actos administrativos carentes de motivación, que fueron notificados indebidamente.

II. ANTECEDENTES

2.1. La demanda

2.1.1.- El veintitrés (23) de febrero de dos mil seis (2006), **Esmeraldas y Minas de Colombia – Esmeracol S.A.** (en adelante, “**Esmeracol**”) presentó demanda contra el **Instituto Colombiano de Geología y Minería – Ingeominas** y la **Empresa Nacional Minera Ltda. – Minercol Ltda.** (en adelante, “**Minercol**”), en ejercicio de la acción de controversias contractuales prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo (“CCA”), en concordancia con el artículo 77 de la Ley 80 de 1993² y los artículos 289, 294 y 297 de la Ley 685 de 2001 (“Código de Minas”)³.

2.1.2.- En el escrito introductorio, Esmeracol formuló, en resumen, las siguientes **pretensiones**:

2.1.2.1.- **Primera principal**: Que se declare la nulidad de la cláusula cuarta (4ª) de la renovación del contrato de operación minera 122-95M, suscrita el 30 de julio de 1995.

2.1.2.2.- **Segunda principal**: Que como consecuencia de la anterior declaración de nulidad, la autoridad minera restituya indexadas las sumas pagadas por la actora en exceso de aquellas que legamente podían haber sido cobradas y recaudadas.

2.1.2.3.- Subsidiarias a la primera y segunda principal

- **Primera**: Que se declare que la autoridad minera no se encontraba facultada para el cobro del canon superficiario (este tiene lugar únicamente en el período de exploración), por lo que debe reintegrar a la actora lo pagado por tal concepto desde el 30 de julio de 1995.

² LEY 80 DE 1993. “Artículo 77.- De la Normatividad aplicable en las actuaciones administrativas. En cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la Función administrativa, serán aplicables en las actuaciones contractuales. A falta de éstas, regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil. || Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo”.

³ LEY 685 DE 2001. POR LA CUAL SE EXPIDE EL CÓDIGO DE MINAS Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES. “Artículo 289. Acción de nulidad del contrato. Solamente la Administración, el concesionario, los terceros que acrediten interés directo y el Ministerio Público, podrán pedir que se declare la inexistencia o nulidad del contrato de concesión minera, en las condiciones y con los requisitos señalados en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo.[...] Artículo 294. Diferencias de orden técnico. Las diferencias de carácter exclusivamente técnico que llegaren a surgir entre los concesionarios y la autoridad concedente que no puedan arreglarse en forma amigable, serán sometidas para su resolución al arbitramento técnico previsto en las leyes. Las diferencias de orden legal o económico, quedan sometidas al conocimiento y decisión de la rama jurisdiccional del poder público colombiano. En caso de desacuerdo sobre la calidad técnica, jurídica o económica de las diferencias éstas se considerarán legales. En la designación de los árbitros y en el procedimiento arbitral se aplicará el Decreto 1818 de 1998 y las normas que lo adicione o reformen. [...] Artículo 297. Remisión. En el procedimiento gubernativo y en las acciones judiciales, en materia minera, se estará en lo pertinente, a las disposiciones del Código Contencioso Administrativo y para la forma de practicar las pruebas y su valoración se aplicarán las del Código de Procedimiento Civil”



- **Segunda:** Que se declare que la autoridad minera no *“podía legalmente”* cobrar más de *“un salario mínimo diario por hectárea y por cada año”*, por concepto de canon superficiario, por lo que debe devolver lo pagado en exceso a partir del 30 de julio de 1995.
- **Tercera:** Que se declare que lo cancelado por Esmeracol en el periodo de explotación a título de canon superficiario constituyó un pago de lo no debido, por lo que se deben restituir tales sumas.

2.1.2.4.- **Tercera principal:** Que se declare que la obligación de administración convenida en el contrato de operación minera 122-95M no se ejecutó, por lo que la entidad contratante no tenía derecho a cobro alguno por dicho concepto y, consecuentemente, debe devolver lo pagado.

Subsidiaria: Que se declare que, al no haberse realizado actividades de administración, cualquier suma pagada por la actora constituye un pago de lo no debido, por lo que debe restituirse.

2.1.2.5.- **Cuarta principal:** Que se declare que la ejecución del contrato de operación 122-95M estuvo y sigue estando sometida a los efectos de hechos considerados como caso fortuito o fuerza mayor.

Subsidiaria: Que se declare que la ejecución del contrato 122-95M estuvo sometida a circunstancias de orden técnico y económico cuyos efectos y consecuencias afectaron y afectan su desarrollo normal.

2.1.2.6.- **Quinta principal:** Que se declare que la actora no incurrió en retardo culposo en el cumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato 122-95M.

Subsidiaria: Que se declare que Esmeracol *“[...] está exonerada de responsabilidad contractual generada en el cumplimiento de sus obligaciones”*.

2.1.2.7.- **Sexta principal:** Que se realicen *“[...] los siguientes pronunciamientos con el propósito de hacer viable la ejecución contractual”*: (i) que, por el período en que se demuestre que existió situación excepcional o caso fortuito o fuerza mayor, la actora no debe remuneración alguna; (ii) que se restituya el plazo del contrato en proporción igual a aquella en la que, por situación imprevista, no se pudo realizar explotación minera; y (iii) que la actora tiene derecho a que se ajuste el contrato a condiciones de viabilidad financiera que permitan recuperar los *“rezagos”* que se produjeron como consecuencia de circunstancias imprevistas que alteraron la ecuación económica.

Subsidiarias a la sexta principal:

- **Primera:** Que se ordene la *“actualización”* del contrato 122-95 a las disposiciones legales vigentes que resulten menos gravosas a las establecidas en el contrato de renovación 122-95 de 1995.
- **Segunda:** Que, para preservar el derecho a la igualdad y el equilibrio equitativo de cargas legales y contractuales, se ordene la *“actualización”* del contrato 122-95 a las disposiciones legales vigentes que resulten menos gravosas a las establecidas en el contrato de renovación 122-95 de 1995, las cuales impiden la viabilidad del primero.
- **Tercera:** Que se establezcan las medidas necesarias para el restablecimiento de la ecuación contractual, así como los ajustes necesarios para asegurar una remuneración equilibrada.



- **Cuarta:** Que se ordene a la entidad contratante compensar las pérdidas sufridas por Esmeracol y se disminuya el valor de las prestaciones económicas a cargo de esta última.
- **Quinta:** Que se declare que: (i) la autoridad minera contratante únicamente tiene derecho al cobro de canon superficiario, con respecto al área retenida por Esmeracol, como objeto de exploración; y (ii) que el monto del canon superficiario será equivalente a *“un salario mínimo día por hectárea y por año pagadero por anualidades anticipadas desde el momento en que se produzca la sentencia que fije nuevas condiciones de ejecución del contrato”*. O que, en subsidio de ésta última petición declarativa, se rebaje el canon superficiario a un monto que haga viable el contrato, conforme e los elementos técnicos, financieros, cambiarios y sociales que se acrediten en el proceso.

2.1.2.8.- **Séptima principal:** Que se declare que la entidad minera concedente no puede facturar el valor de las contraprestaciones pactadas en el contrato 122-95M, mientras dure la incertidumbre sobre las condiciones de ejecución del contrato.

2.1.2.9.- **Octava principal:** Que se establezcan las sumas a cargo de la actora y a cargo de la autoridad minera concedente teniendo en cuenta: (i) los conceptos y cifras causadas hasta la fecha de presentación de la demanda, que resulten de la nulidad de la cláusula 4ª del acto de renovación del contrato 122-95M y de la aplicación de las medidas de restablecimiento de la ecuación contractual; y (ii) los conceptos y cifras que se produzcan en el lapso de la *litis*, conforme al contenido de la sentencia.

2.1.2.10.- **Novena principal:** Que se ordene la actualización del contrato a las disposiciones legales que regulen los intereses comerciales moratorios.

2.1.2.11.- **Décima principal:** Que, como consecuencia de la pretensión anterior, se declare que el interés moratorio del 3% mensual debe reajustarse a favor del contratante al máximo legalmente permitido y se restituyan las sumas canceladas por tal concepto.

2.1.2.12.- **Pretensiones subsidiarias a las pretensiones principales tercera a décima, así como a sus pretensiones subsidiarias.**

- **Primera:** Que se declare la nulidad de las facturas número 2975, 2958, 3317, 3318, 3385, 3442, 3625, 3626, 3788, 3789, 3859, 3860, 4199 y 4200, de junio de 2002 a octubre de 2003, a título de canon superficiario y de administración; y que, como consecuencia, se establezcan los valores que Esmeracol debe a la accionada.
- **Segunda:** Que, por la omisión de la debida notificación de las operaciones administrativas de liquidación y los actos administrativos contenidos en las facturas relacionadas anteriormente, se decrete la inoponibilidad de las mismas.
- **Tercera:** Que se *reliquiden* las facturas referidas, *“reduciendo de las mismas las sumas que resulten probadas por las razones y en la cuantía que se demuestre en el presente proceso”*.

2.1.2.13.- **Decimoprimera principal:** Que se declare la nulidad de la Resolución SFOM-154 de 15 de diciembre de 2005, expedida por el Ingeominas, a través de la Subdirección de Fiscalización y Ordenamiento Minero, por las razones y motivos que se acrediten en el proceso y hayan sido argumentados en la demanda.



2.1.2.14.- **Decimosegunda principal:** Que, como consecuencia de la anterior declaración, se condene al Ingeominas a restituir cualquier suma que, como efecto de la Resolución SFOM-154 de 2005 hubiera sido pagada por la actora.

2.1.2.15.- **Decimotercera principal:** Que se declare que la autoridad minera incumplió la obligación contractual pactada en la cláusula 4ª del contrato 122-95M, de acuerdo con la cual debía definir la situación de los aparceros y ocupantes de la zona comprendida en dicho contrato.

2.1.2.16.- **Decimocuarta principal:** Que, consecuentemente, se condene a la entidad minera a resarcir los perjuicios ocasionados a la accionante.

2.1.2.17.- **Decimoquinta principal:** Que, como consecuencia de la situación irregular de los aparceros y ocupantes de la zona explotada por Esmeracol, *“la autoridad minera debe reconocer como excusa al incumplimiento de las obligaciones contractuales a su cargo el hecho de [sic] dichos terceros conforme se demuestre en el proceso”*.

Subsidiaria: Que se declare que los cortes de energía eléctrica constituyen un caso ajeno a la voluntad de la actora, cuya ocurrencia es imputable a terceros ajenos a la relación convenida en el contrato de operación y que, en consecuencia, se declare que el contrato 122-95M fue objeto de suspensión por el tiempo en que se produjeron los cortes de energía y, por ende, que por ese período la autoridad minera no puede realizar cobro alguno a la actora.

2.1.3.- Como **fundamento fáctico** de sus pretensiones, la sociedad demandante expuso lo siguientes hechos:

2.1.3.1.- Esmeracol fue constituida como sociedad anónima, a través de la escritura pública número 3706 del 10 de agosto de 1977, otorgada en la Notaría 10ª de Bogotá.

2.1.3.2.- El 6 de octubre de 1977, Esmeracol y Ecominas suscribieron contrato de operación para la explotación de esmeraldas en un área de 220 hectáreas ubicadas en la reserva especial de Coscuez, con una duración de 5 años.

2.1.3.3.- El 7 de diciembre de 1981, Esmeracol y Ecominas suscribieron el contrato de operación 122-95M, con el objeto de:

“[...] otorgar por parte de la empresa al Operador el derecho temporal y exclusivo a explorar y explotar, a nombre de la misma, el subsuelo potencialmente esmeraldífero de un área de 73 hectáreas y 3.858,71 metros cuadrados y que hace parte de la inicialmente contratada con la misma sociedad y que se encuentra ubicada en la zona de la Reserva Especial de Coscuez [...]. Parágrafo: El área descrita será la mínima que puede estipularse durante la vigencia de este contrato y/o de sus prórrogas, sin que la devolución de parte de ella implique un menor valor en las contraprestaciones estipuladas”.

Dicho contrato se rige por la Ley 20 de 1969 y el Decreto 1275 de 1970.

2.1.3.4.- Conforme al artículo 49 del Código de Minas, los contratos mineros son de adhesión.

2.1.3.5.- Con sujeción al artículo 58, núm. 6º, de la Ley 141 de 1994, y las cláusulas 13ª, 14ª y 15ª del contrato de operación 122-95M de 1981, la remuneración en éste



pactada era la que permitía la ley vigente al momento de su celebración, la cual asciende a \$23'201.250, lo que incluye el 23% del valor de las regalías.

2.1.3.6.- Del negocio jurídico referido se desprenden derechos adquiridos, según el artículo 6º del Decreto 2655.

2.1.3.7.- Desde 1985, el contrato de contrato de operación 122-95M de 1981 se encuentra en periodo de explotación.

2.1.3.8.- El 31 de julio de 1985 se firmó un otrosí al contrato 122-95M, con el que se prorrogó su vigencia hasta el 30 de junio de 1995.

2.1.3.9.- La Ley 2ª de 1990 y el Decreto 1377 de 1990 transformaron a Ecominas en Minerales de Colombia S.A. –Mineralco S.A.–, la cual tenía dentro de su objeto la explotación y explotación de los yacimientos otorgados en aporte a Ecominas (art. 3, Ley 2ª).

2.1.3.10.- El 27 de julio de 1991 se convino un segundo otrosí al referido contrato, con el propósito de delimitar y alinear el área cubierta.

2.1.3.11.- El 30 de julio de 1995 se suscribió la renovación por 25 años del contrato 122-95M, con la cual se otorgó al operador un derecho temporal exclusivo a explorar y explotar el subsuelo potencialmente esmeraldífero en un área de aproximadamente 73 hectáreas (ha) y 3.856 metros cuadrados (m²), ubicada en el municipio de San Pablo de Barbur (Boyacá). En este acto, las condiciones de remuneración se ajustaron a los términos de la Ley 141 de 1994 y se impuso un interés moratorio del 3% mensual.

2.1.3.12.- Por medio del Decreto 1679 de 1997 se fusionaron Mineralco S.A. y la Empresa Colombiana de Carbón Ltda. –sujetas al régimen de empresas industriales y comerciales del Estado y vinculadas al Ministerio de Minas y Energía– en una sociedad de responsabilidad limitada denominada Empresa Nacional Minera Ltda. – Mineralco Ltda.

2.1.3.13.- El 15 de julio de 2000 se redujo el área comprendida por el contrato 122-95M a 46 ha y 9501 m².

2.1.3.14.- El contrato de operación minera 122-95M siempre ha estado, sin solución de continuidad, dentro de los activos de empresas industriales y comerciales del Estado, regidas por la legislación mercantil, siendo Mineralco la última de ellas.

2.1.3.15.- A través de la Resolución 002 de 17 de febrero de 2003, se suspendió el suministro de explosivos a Esmeracol. La suspensión fue levantada, mediante Resolución del 12 de marzo de 2004, debido a que no se encontró méritos para mantenerla.

2.1.3.16.- El artículo 1º del Decreto 254 de 2004 dispuso la supresión, disolución y liquidación de Mineralco Ltda., figura distinta a la transformación y fusión por la que había optado anteriormente, "lo que supone la existencia de una masa líquida que conforma un patrimonio autónomo representado por el gerente liquidador", según los artículos 2, 7 y 26 *ejusdem*, así como los artículos 222, 232 y 234 del Código de Comercio.

2.1.3.17.- Las facturas número 2975, 2958, 3317, 3318, 3385, 3442, 3625, 3626, 3788, 3789, 3859, 3860, 4199 y 4200, emitidas entre junio de 2002 y octubre de



2003, no fueron notificadas con las formalidades exigidas por el artículo 44 del CCA, por lo que son inoponibles.

2.1.3.18.- En el momento en el que el representante legal de Esmeracol acudió a las instalaciones del Ingeominas a recibir notificación de la Resolución SFOM-154 de 2005, no se le entregó copia auténtica de la misma, ni soportes en los que se estableciera la forma en la que habían sido determinadas las cifras en esta contenidas.

2.1.3.19.- Conforme a la cláusula 4ª del contrato de operación 122-95M, el operador se obligaba a permitir la permanencia de aparceros y ocupantes reconocidos, por lo que “[...] a la línea eléctrica se colgaron los vivientes de la zona como una manera de poder tener acceso al servicio y disparando de manera inusitada el costo del servicio”. Con ello, “Esmeracol S.A. se vio en imposibilidad de cubrir en tiempo sus obligaciones con la Empresa de Energía de Boyacá que le suspendió el servicio”.

2.1.3.20.- Con la complicidad entre funcionarios de la Empresa de Energía de Boyacá y “guaqueros”, se realizaron instalaciones y acometidas eléctricas que, por encontrarse en el terreno entregado en concesión a Esmeracol, fueron facturados a nombre de esta última.

2.1.3.21.- Según el contrato de operación minera del 7 de diciembre de 1981, la autoridad minera tiene la obligación de regularizar la situación de terceros ajenos al contrato, la cual fue incumplida.

2.1.3.22.- Se desconoce el periodo, el área y la cuantía a partir de las cuales se calculó, en la Resolución SFON-154 de 2005, el monto del canon superficiario cobrado.

2.1.3.23.- Minercol no realizó labores de administración del contrato de operación minera, pese a lo cual la resolución impugnada ordenó el recaudo correspondiente a ésta.

2.1.3.24.- Lo pagado por concepto de administración y canon superficiario, por parte de Esmeracol, desde el 30 de junio de 1995 hasta el momento de presentación de la demanda en exceso a lo legalmente permitido constituye pago de lo no debido.

2.1.3.25.- La suspensión del suministro de energía eléctrica y de explosivos constituyen hechos de fuerza mayor, que imposibilitaron el cumplimiento de lo acordado en el contrato de operación 122-95 M de 1981, debido a que la excavación se efectúa mediante el método convencional de voladura, y la electricidad se requiere para la ventilación y secado de túneles y galerías, así como para el mantenimiento del campamento y el laboreo minero.

2.1.4.- Según la firma actora, con los anteriores hechos se configuran las siguientes **causales de nulidad de la Resolución SFMO-154 de 15 de diciembre de 2005:**

2.1.4.1.- **Falta de competencia del Ingeominas**, debido a que avocó el conocimiento de una “*situación contractual*” anterior al 28 de enero de 2004, la cual le competía a Minercol en Liquidación. Aparte, el único factor competencial enunciado es insuficiente e impertinente con relación a un crédito que formaba parte de la liquidación de Minercol, sobre la cual tenía competencia exclusiva y excluyente el liquidador de esta.



2.1.4.2.- **Insuficiente motivación**, en atención a que en la resolución no se especificaron las bases de la liquidación, los tiempos que abarcaba ni las operaciones realizadas para calcular el monto adeudado. Por otro lado, sobre los eventos de caso fortuito y fuerza mayor, la actora protestó que la resolución en comentario: **(i)** dejó de reconocer los efectos de dichos eventos en los meses de enero, febrero y marzo de 2004; y **(ii)** pasó por alto que éstos hubieran sido ocasionados por aparceros, tenedores y ocupantes, por lo que se trataba de hechos irresistibles de un tercero.

2.1.4.3.- **Desviación de poder**, en la medida en que el Ingeominas utilizó el poder unilateral del que se encuentra investida la Administración, para cobrar, sin haber ejecutado, la administración del contrato, así como para desconocer los hechos ajenos a Esmeracol que debieron haber sido resueltos por la propia misma Administración.

2.1.4.4.- **Flagrante violación de la ley**, ya que la Resolución SFOM-154 de 2005 transgredió: **(i)** los artículos 6 y 122 de la Constitución, debido a que el Ingeominas actuó en campos de actuación contractual sometidos a la liquidación; **(ii)** los artículos 22, 232, 234 y 238 del Código de Comercio, en los que se establece el régimen de protección de los acreedores de un patrimonio en liquidación; **(iii)** el artículo 23 del Decreto 3577 de 2004, el cual limita temporalmente las actuaciones de la Subdirección de Fiscalización y Ordenamiento Minero del Ingeominas; **(iv)** los artículos 52 y 54 de la Ley 685 de 2001, debido a que se desconoció la existencia y consecuencias económicas y técnicas de los eventos de fuerza mayor; **(v)** el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con el artículo 8 de la Ley 153 de 1887, por violación del principio de solidaridad por la autoridad minera, debido a los cobros indebidos que efectuó; **(vi)** el artículo 75 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con el artículo 68 del CCA, los cuales establecen que el juzgamiento de la ejecución de las obligaciones contractuales corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa y especifican las condiciones bajo las cuales procede la jurisdicción coactiva, por lo que resulta inválida la disposición que establece que el crédito será cobrado mediante jurisdicción coactiva; y **(vii)** el Decreto 254 de 28 de enero de 2004, que reguló la liquidación de Minercol, en cuanto precisó las competencias y condiciones reglamentarias de actuación del liquidador de Minercol.

2.1.5.- Adicionalmente, la demandante planteó los siguientes **vicios comunes de ilegalidad** que –en su parecer– afectan a las **facturas**, la **Resolución SFOM-154 de 2005** y la **cláusula 4ª del contrato del contrato de renovación 122.95M**;

2.1.5.1.- **Violación de los artículos 13 y 109 de la Constitución, y del artículo 3º del CCA**, porque Esmeracol, en su calidad de explotador de esmeraldas, fue sometida a un régimen legal nuevo que, sin justificación ni razonamiento, hizo más gravosas las condiciones de explotación económica, por vía contractual, pese a que la ley es *“la única que puede clasificar, separar y distinguir”*, siempre y cuando –afirma– sea una *“discriminación favorable o una desigualdad preferente”*.

2.1.5.2.- **Violación del artículo 58 constitucional, el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, el artículo 6º del Decreto 2655 de 1988 y el artículo 356 del Código de Minas**, los cuales establecen el respeto a los derechos adquiridos, las condiciones contractuales preexistentes y la incorporación de las leyes existentes al momento de la celebración del contrato, que –aduce– resultaron violadas *“[...] en tanto la Administración, valiéndose de la adhesión propia del contrato minero, impuso en la renovación la cláusula cuarta y esta cláusula cambia el régimen legal con que el contrato se firmó”*.



2.1.5.3.- Violación del artículo 884 del Código de Comercio, modificado por el artículo 111 de la Ley 510 de 1999, pues la actividad minera es una actividad comercial, según el artículo 20 del Código de Comercio, y, consecuentemente, el pacto, cobro y recaudo del interés moratorio máximo definiendo en la legislación comercial acarrea la pérdida de dichos intereses. Por otra parte, afirma que no se produjo un retardo culposo, ya que en la misma Resolución SFOM-154 de 2005 se acreditó la existencia de causales justificativas del retardo. Además, señala que Esmeracol protestó la cuenta, por lo que no puede afirmarse que había sido renuente al pago.

2.1.5.4.- Violación del artículos 230 de la Ley 685 de 2001, los artículos 213 y 214 del Decreto 2655 de 1988, el artículo 1º del Decreto 727 de 1990, con la cláusula 4ª del contrato operación minera del 7 de diciembre de 1981, las facturas expedidas por Minercol y la Resolución SFOM-154 de 2005, “[...] *en tanto que los mencionados actos consagran el canon superficiario para eventos legales no previstos, por [sic] cuantía extremadamente superiores a las legamente señaladas y [sic] factura y pretenden cobrarlos, tal como se expresó en los hechos de la presente demanda*”.

2.2. Trámite procesal relevante.

2.2.1.- En escrito separado, la sociedad actora solicitó la suspensión provisional parcial de la resolución demandada⁴, la cual fue negada por auto de 31 de enero de 2007⁵.

2.2.2.- Admitida la demanda⁶, el Ingeominas presentó **escrito de contestación**⁷, en el que, tras referirse a los fundamentos fácticos y jurídicos enunciados en el libelo introductorio, expuso las razones de la defensa. En primer lugar, manifestó que, según el artículo 317 del Código de Minas, el Ministerio de Minas y Energía es la autoridad minera en Colombia, el cual –a través del Decreto 254 de 2004– delegó al Ingeominas las funciones inherentes a dicha autoridad, con sujeción a los artículos 324 *ejusdem* y 14 de la Ley 489 de 1998. Por ello, a partir del 28 de enero de 2004, día en que se expidió el decreto mencionado, el Ingeominas desarrolló las funciones que anteriormente venía desempeñando Minercol. Adicionalmente, el Decreto 3577 de 2004 asignó al Ingeominas unas funciones adicionales. En consecuencia, afirma, los pronunciamientos y decisiones proferidas por la entidad demandada obedecieron a imperativos legales.

En segundo lugar, el Ingeominas expuso la forma en que se desarrolló el contrato operación minera 122-95M de 1981 y puso de presente que Esmeracol suscribió la renovación de dicho negocio jurídico, por lo que no cabe justificar su incumplimiento repitiendo que se trató de un contrato de adhesión. Agregó que en el documento de renovación se consignó expresamente, que las partes habían “*acordado*” renovar el contrato de operación minera suscrito el 7 de diciembre de 1981 y que, conforme al Acuerdo 65 de 1981 de la Junta Directiva de la Empresa Colombiana de Minas, habían considerado conveniente ajustarlo a una realidad contractual más viable.

En tercer lugar, la entidad demandada puso de presente que, según el artículo 12 del Decreto 3577 de 2004, la Subdirección de Fiscalización y Ordenamiento Minero tenía la función de realizar el seguimiento y control de las obligaciones derivadas de los contratos de concesión y demás títulos mineros. Aparte, los numerales 1º, 5º y

⁴ Folios 84 y 85 del cuaderno 1.

⁵ Folios 124 y 125 del cuaderno 1.

⁶ Folio 120 del cuaderno 1.

⁷ Folios 138 a 196 del cuaderno 1.



20° de la Resolución D-393 de 16 de noviembre de 2004 asignaron a la Subdirección mencionada la función de autorizar prórrogas, así como la suspensión de licencias de explotación y contratos de concesión minera, y expedir los actos que fueren necesarios para el cabal cumplimiento de los asuntos de su competencia. Dentro de ese marco normativo, aduce haber tenido competencia para dictar la resolución impugnada.

En cuarto lugar, la accionada sostiene que la Resolución SFOM-154 del 2005 fue emitida en respuesta a una solicitud presentada por Esmeracol el 13 de octubre de 2004, con el propósito de que se suspendiera el cobro de las contraprestaciones causadas en el período en el que la firma permaneció inactiva por falta de fluido eléctrico y materiales explosivos. Añade que en el expediente reposa copia de la Resolución 002 de 17 de febrero de 2003, con la que el Ejército Nacional suspendió el suministro de explosivos a la demandante, por incumplimiento del artículo 52 del Decreto 2535 de 1993, en el que además consta que esta había sido multada por almacenamiento de explosivos en lugares no autorizados, venta de materiales explosivos sin autorización y omisión de rendimiento de cuentas. Recuerda que, tras una reunión con el representante legal de Esmeracol, el Comité de Contratación Minera del Ingeominas emitió un acta en la que dispuso aceptar la suspensión de actividades y liquidar la deuda excluyendo dicho período, y el Grupo de Seguimiento y Control de la Subdirección de Ordenamiento Minero emitió concepto técnico en el que avaló lo anterior. Fue así como –concluye– la Resolución SFOM-154 de 2005 se basó en argumentos reales y debidamente motivados.

En quinto lugar, el Ingeominas manifestó que, por medio del Decreto 254 de 2004, fue suprimido Minercol y sus funciones mineras fueron transferidas al Ingeominas, y que el Ministerio de Minas reasumió las funciones delegadas a Minercol, que inmediatamente delegó al Ingeominas, a través de las Resoluciones 180073 y 180074 de 2004. Con ello, todos los títulos mineros de Minercol fueron entregados al Ingeominas y la posición contractual de este último fue determinada expresamente por la ley, produciéndose una subrogación que opera de pleno derecho. Aparte, manifiesta que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 y el literal e) del artículo 46 del Código de Minas, los contratos de concesión, su ejecución, prórrogas validez y terminación se rigen por las leyes vigentes al momento de su perfeccionamiento, por lo que, consecuentemente, no le son aplicables las normas comerciales ni de la Ley 80 de 1993, salvo en lo relativo a la capacidad, las inhabilidades y las incompatibilidades. Precisa además que el numeral 7° del artículo 27 del Decreto 254 de 2004 excluyó del patrimonio a liquidar de Minercol los contratos que esta hubiera suscrito y ejecute en ejercicio de funciones delegadas por el Ministerio de Minas y Energía.

En sexto lugar, la demandada alegó que, con la expedición de la Resolución SFOM-154 de 2005, no estaba exigiendo obligaciones, ni liquidando un contrato, sino ejerciendo su tarea fiscalizadora de obligaciones derivadas de títulos mineros otorgados. Agrega que, en cualquier caso, el artículo 112 de la Ley 6ª de 1992 le otorgó la facultad de cobro coactivo a los ministerios, así como a los organismos adscritos y vinculados a estos. El “Decreto 2174 de 2002” (sic), que reglamentó la anterior disposición, facultó a dichas entidades para organizar grupos de trabajo destinados al cobro coactivo de las créditos a favor de las mismas y, en subsidio, concedió dicha facultad a las oficinas jurídicas. Además, el artículo 6º, núm. 19º, del Decreto 3577 de 2004 asignó a la Secretaría General del Ingeominas la función de llevar a cabo las actuaciones encaminadas a lograr el cobro efectivo de las sumas adeudadas a dicho instituto. La Secretaría, a su vez, creó el Grupo de Cobro Coactivo por medio de la Resolución D-212 de 2005.



En séptimo lugar, el instituto accionado arguye que con la resolución controvertida no se presentó un doble cobro. Con ésta, dio respuesta parcialmente afirmativa a la solicitud de reducción de la deuda elevada por la sociedad actora, debido a el contrato de operación minera 122-95M había salido del fuero de Minercol en Liquidación, según el artículo 27, núm. 7º, del Decreto 254 de 2004, y éste había hecho entrega al Ingeominas todos los contratos, convenios y proyectos de minería que estuvieran bajos su responsabilidad, como consta en el *acta consolidatoria del proceso de entrega y recibo de expedientes*, de 27 de agosto de 2004.

Por último, el Ingeominas puso de presente que los argumentos presentados por la actora sobre la imposibilidad económica y técnica de realizar la explotación minera objeto del contrato 122-95M fueron tenidos en cuenta en la Resolución SFOM-154 de 2005, por lo que no entiende la intención de la actora al atacar tal acto, el cual no fue objeto de recurso y fue notificado personalmente al representante legal de Esmeracol.

2.2.3.- Minercol Ltda. en Liquidación contestó la demanda, a través de escrito⁸ en el que, como excepciones, propuso: **(i)** ausencia de legitimación por pasiva por incapacidad de Minercol en Liquidación; **(ii)** que tanto Minercol como el Ingeominas actuaron en cumplimiento de un deber legal; **(iii)** caducidad de la acción de nulidad relativa al acto de renovación del contrato de operación minera 122-95M, suscrito el 30 de julio de 1995, conforme al artículo 136.10.e) del CCA y el artículo 297 de la Ley 685 de 2001; e **(iv)** improcedencia de la acción de nulidad frente a la Resolución SFOM-154 de 2005, porque no se agotó la vía gubernativa.

Minercol Ltda. en Liquidación se sumó a lo argumentado por el Ingeominas, en cuanto a la exclusión que se hizo, respecto de la masa de liquidación, de los contratos que se encontraban en liquidación (art. 27, Decreto 257 de 2004) y a que la competencia sobre éstos había sido asumida por el Ingeominas, en calidad de autoridad minera, produciéndose así una subrogación legal de los mismos. A lo anterior, añadió que las facturas objeto de la *litis* no constituían actos administrativos liquidatorios, ya que en ellos no se resuelve una situación jurídica, plasmándose únicamente obligaciones, por lo que no estaban sujetos a notificación personal. Además, tales facturas no hacían parte de la masa de liquidación, en razón a que no habían sido relacionados en el inventario aprobado por la Superintendencia de Sociedades, como no fue relacionado ningún otro crédito derivado de contratos mineros vigentes al momento de la liquidación.

Por otra parte, Minercol Ltda. en Liquidación alegó que los cánones cobrados en la cláusula 4ª del contrato de operación minera 122-95M se ajustaron a las disposiciones legales vigentes en la fecha de suscripción y que, los intereses de mora, a pesar de estar pactados en un 3% se liquidaron y cobraron sin sobrepasar los límites establecidos en la legislación mercantil y penal.

2.2.4.- Habiendo concluido el término probatorio, se corrió traslado a las partes para **alegar de conclusión**⁹.

El Ministerio de Minas y Energía, en su calidad de subrogada de Minercol –a la fecha liquidada– presentó **alegatos de conclusión**¹⁰ el 9 de octubre de 2009, en los que reiteró lo argumentado en la contestación de la demanda. Aparte, expresó que de los testimonios de los señores Gilberto Rodríguez Muñoz y Luis Eduardo Urbano Barrera, en concordancia con lo señalado por la Empresa de

⁸ Folios 197 a 220 del cuaderno 1.

⁹ Auto de 23 de septiembre de 2009. Folio 269 del cuaderno 1.

¹⁰ Folios 270 a 278 del cuaderno 1.



Energía de Boyacá en oficio allegado al expediente, se infiere que en este caso se presentó un conflicto en la ejecución del contrato de operación minera 122-95M, “[...] *cuya definición corresponde a la [sic] Justicia Ordinaria, y no a la jurisdicción Contencioso Administrativa, originados en las relaciones con los diferentes cortes asociados con quienes manejaba[n] la explotación de la mina de la sociedad Esmeracol S.A., los explotadores ilegales (guaqueros), situación que originó según el actor, las dificultades con la [sic] Empresa de Energía, que llevaron a la suspensión [sic] tanto del servicio de energía, hechos imputables a ESMERACOL.*

2.2.5.- El Ingeominas alegó de conclusión, a través escrito presentado el 13 de octubre de 2009¹¹, en el que insistió en lo argumentado previamente.

2.2.6.- El 13 de octubre de 2009, Esmeracol radicó escrito de **alegatos de conclusión**¹², con el que reiteró lo aducido anteriormente y añadió que:

- En el numeral 8º del acuerdo de pago número diez (10), suscrito por Minercol el 23 de abril de 2002, ésta había reconocido que las facturas emitidas constituían una manifestación de voluntad de la administración, encaminada producir efectos jurídicos entre las partes. Por lo tanto, considera que dichas facturas constituyen actos administrativos.
- Como en la demanda, ella negó que la accionada había realizado labores de administración en el contrato objeto del litigio, al no haberse demostrado lo contrario, debía tenerse por probado el pago de lo no debido.
- Asimismo, como en ese momento expuso a manera de negación indefinida, que la resolución atacada no había sido motivada, tal aserto debía tenerse como probado.
- La existencia de aparceros y ocupantes en la zona entregada a Esmeracol para la explotación minera había sido probada mediante prueba testimonial. De esta forma, asegura que se produjo el incumplimiento, por parte de la accionada, de entregar la zona libre de aparceros y ocupantes. Añade que, igualmente, con ello se demostró que Esmeracol no incurrió en mora, ni en retardo culpable en el impago de sus obligaciones.
- La fuerza mayor se acreditó mediante los testimonios de Gilberto Rodríguez y Luis Eduardo Urbano, así como las medidas que se requirieron para asegurar la viabilidad del contrato de operación minera. Por lo tanto, concluye que asistía razón a Esmeracol en objetar el monto facturado por consumo de energía, y que debían darse por terminados dos (2) de los procesos de cobro instaurados en contra suya.
- De lo anterior se desprende, igualmente, el deber de adoptar medidas de restablecimiento de las condiciones del contrato, para mantener el contrato en el estado en que se encontraba antes de que surgieran los eventos de fuerza mayor.
- Con el dictamen pericial de Rubén Darío Mojica Villamizar se probó que se había producido una suspensión de la venta de explosivos por 12 meses y 25 días y que, durante dicho lapso, no se había extraído material de interés económico, “[...] *obligando al despido del personal minero y al cierre y abandono de la mina*”. Adicionalmente, señala que con dicha peritación se demostró que, tras un año de abandono, es “*casi imposible*” la recuperación del proyecto.
- Con la declaración del testigo Gilberto Rodríguez se probó, además, que Esmeracol había intentado cumplir con su función social como empresa, pero, por los problemas de seguridad, no había conseguido ejercer control

¹¹ Folios 279 a 301 del cuaderno 1.

¹² Folios 348 a 421 del cuaderno 1.



sobre la zona, ni beneficiarse de la misma. Esto dio lugar a los problemas entre Esmeracol y la Empresa Electrificadora de Boyacá.

2.2.7.- En escrito separado¹³, la **sociedad actora** solicitó que se decretaran **pruebas de oficio**, lo cual fue negado por el *a quo*¹⁴.

2.3. Sentencia apelada.

2.3.1.- El seis (6) de octubre de dos mil diez (2010), el Tribunal Administrativo de Cundinamarca profirió sentencia¹⁵ en la que resolvió:

PRIMERO. *Declarar la prosperidad de la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de Minercol Ltda en liquidación, propuesta por el apoderado de la entidad extinta.*

SEGUNDO. *Dar por probada la pretensión tercera subsidiaria de la décima principal.*

TERCERO. *Modificar el inciso primero del numeral segundo de la resolución SFOM – 154 de 2005, el cual quedará así:*

'Declarar que como consecuencia de la suspensión de actividades prevista en el artículo anterior, la sociedad comercial ESMERACOL S.A. adeuda al Instituto Colombiano de Geología y Minería – INGEOMINAS, la suma de QUINIENTOS SESENTA Y SIETE MILLONES CIENTO CUARENTA Y DOS MIL TRESCIENTOS NOVENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$567'142.390).'

CUARTO. *Negar las pretensiones de la demanda.*

QUINTO. *Sin condena a costas.*

SEXTO. *Notifíquese personalmente al agente del Ministerio Público, y a las partes de conformidad con el artículo 173 del Código Contencioso Administrativo. Contra esta providencia procede el recurso de apelación.*

SÉPTIMO. *Por Secretaría, liquidar los gastos del proceso y devolverlos a la parte actora. Adviértase a la parte demandante que pasados dos (2) años si no han sido reclamados se decretará su prescripción a favor del Consejo Superior de la Judicatura – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial".*

El *a quo* juzgó que la Empresa Nacional Minera Limitada –Minercol Ltda.–, no se encontraba legitimada en la causa por pasiva, debido a que había cesado en sus funciones como autoridad minera con ocasión de la expedición del Decreto 254 de 2004, con el cual dicha entidad fue suprimida, disuelta y liquidada.

El Tribunal resolvió las extensas pretensiones propuestas en el escrito introductorio en dos apartados, el primero lo dedicó al estudio de solicitud de declaración de nulidad de la Resolución SFOM-154 de 2005 y el segundo al análisis de la nulidad de la cláusula 4ª del contrato de operación minera 122-95M.

Con respecto a la nulidad de la Resolución SFOM-154 de 2005 por ausencia de competencia, el juzgador de primera instancia puso de presente que las funciones de autoridad minera ejercidas por Minercol fueron asumidas por el Ministerio de Minas y Energía, y luego delegadas al Ingeominas, a través de la Resolución 18-

¹³ Folios 325 a 332 del cuaderno 1.

¹⁴ Auto de 18 de noviembre de 2009. Folios 424 a 425 del cuaderno 1.

¹⁵ Folios 450 a 469 del cuaderno principal.



0073 del 27 de enero de 2004, en los términos de la Ley 685 de 2001. Añadió que dentro de las funciones del Ingeominas estaba la de cobrar los dineros facturados por Minercol, cuyo pago adeudaba Esmeracol, conforme a los artículos 11 y 23 del Decreto 252 de 2004, modificado este último por el artículo 12 del Decreto 3577 de 2004, y los numerales 5, 12, 13 y 20 del artículo 3 de la Resolución 939 de 2004. Dichas sumas –aseveró– no formaban parte del patrimonio autónomo de Minercol en liquidación, según el artículo 27.7 del Decreto 254 de 2004. Por ende, el Tribunal concluyó que el Ingeominas estaba en la obligación de dar respuesta a la solicitud de suspender el cobro de las deudas de Esmeracol, presentada por esta última, y de adelantar las actividades de recaudo respectivas.

En relación con la nulidad de la Resolución SFOM-154 de 2005, el *a quo* afirma que no se presentó subrogación contractual alguna, debido a que las funciones de autoridad minera siempre estuvieron en cabeza del Ministerio de Minas y Energía; y, conforme al artículo 12 de la Ley 489 de 1998, éste podía reasumir su competencia en todo momento, así como revisar los actos del delegatario. El contrato objeto de la *litis* –afirma– fue suscrito por Minercol por delegación del Ministerio de Minas, el cual, posteriormente, reasumió sus funciones de autoridad minera y las delegó de nuevo al Ingeominas. Conforme a lo anterior, este cargo fue rechazado.

En lo atinente a la nulidad de la Resolución SFOM-154 de 2005 por falta de motivación, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca señaló que, en respuesta a la solicitud de suspensión del contrato minero y reevaluación de la deuda, en el acto recurrido se mencionó que, tras verificar el estado de cuenta en reunión celebrada el 31 de marzo de 2005 y recibir concepto técnico de la Grupo de Seguimiento y Control de la Subdirección de Ordenamiento Minero, se consideró viable la suspensión del contrato minero entre el 17 de febrero de 2003 y el 1º de enero de 2004. Aparte, recordó que en la resolución se transcribieron los apartes más importantes del concepto técnico mencionado, dentro de tales apartes se mencionan las facturas. Por último, el Tribunal agregó que en la resolución se expusieron las razones por las que la suspensión del servicio de luz y de la venta de pólvora era imputable a la Esmeracol, por lo que este cargo fue considerado impropio.

En respuesta a las inconformidades expuestas en la demanda, por una supuesta inoponibilidad del acto atacado, el *a quo* especificó la forma en que se demostró que éste había sido debidamente notificado y precisó que las facturas son títulos valor, mas no actos administrativos, por lo que de aquellas no se predicaban los requisitos de notificación de estos últimos. Adicionalmente, manifestó que, de lo dicho en la propuesta de pago presentada por Esmeracol, se infiere que ésta había recibido y aceptado el valor que se le estaba cobrando, en los términos del artículo 773 del Código de Comercio.

Procedió el Tribunal, a continuación, a analizar la alegada nulidad de la cláusula 4ª del contrato 122-95M, por cobro de lo no debido y violación al derecho de igualdad. El *a quo* precisó que dicho contrato no es de adhesión, de conformidad con lo establecido en los artículos 61 a 74 del Decreto-Ley 2655 de 1988. Añadió que Esmeracol y la autoridad minera habían llegado a dicho acuerdo de voluntades, debido a los problemas de delimitación que se habían presentado, por lo que estaban sujetas a lo estipulado, de acuerdo con el artículo 38 de la Ley 153 de 1887 y el artículo 1495 del Código Civil. El 30 de junio de 1995, fecha en la que fue suscrito tal contrato, no se encontraba vigente el artículo 230 de la Ley 685 de 2001, que –señala– definió el monto del canon superficiario. Por tanto, siendo el contrato de renovación un acuerdo de voluntades en los términos del artículo 40 de la Ley



80 de 1993 y el artículo 1062 del Código Civil, y no existiendo, al momento de su suscripción, una norma que fijara el valor de los cánones, procedía el cobro del cobro de canon superficiario, equivalente a 20 SMMLV por hectárea, así como del canon de administración, que ascendía a 2 SMMLV por hectárea para los períodos 2º y 3º de 2002, como procedió el Ingeominas en la Resolución SFOM-154 de 2005.

El Tribunal advirtió, que la entidad accionada liquidó la deuda con base en el área que inicialmente cubría el contrato minero (73,3856 hectáreas), en lugar del área de 46,9496 hectáreas, acordada en el otrosí de 15 de julio de 2002. Teniendo en cuenta lo anterior, procedió el Tribunal a calcular el valor cobrado y el valor que debía cobrarse en cada una de las facturas allegadas al expediente, para concluir que, pese a que no estaban llamados a prosperar los cargos de la demanda, se estaría presentando un enriquecimiento sin justa causa. En consecuencia, el fallador de primera instancia revocó el numeral 2º de la Resolución SFOM-154 de 2005 y recalculó los intereses moratorios desde el vencimiento del trimestre cobrado, según la cláusula 4ª del contrato de renovación, teniendo como resultado una deuda de \$567'142.390 del Ingeominas a favor de Esmeracol, la cual se refleja en los numerales segundo y tercero de la parte resolutive de la sentencia.

2.3.2.- **La actora solicitó aclaración y corrección del fallo**, a través de escrito radicado el 20 de octubre de 2010¹⁶, debido a que, a juicio suyo: (i) incurrió en contradicción, en cuanto, en el numeral 2º, conforme a la parte motiva, estimó la 3ª pretensión subsidiaria 10ª principal, por medio de la cual se buscaba la reliquidación de las facturas y, a su vez, el numeral 4º negó las pretensiones de la demanda; y, (ii) al re-liquidar, el *a quo* no tuvo en cuenta que Minercol había accedido a rebajar \$209'226.549 en la comunicación 1101-6453 del 11 de octubre de 2004, lo que implicaría restarle dicha suma lo reconocido, para un total de \$357'915.841.

2.3.3.- El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con auto de 3 de noviembre de 2010¹⁷, negó la solicitud de corrección, por considerar que ésta no era consecuencia de una simple equivocación en una operación aritmética, sino que implicaba una modificación de la liquidación efectuada en la sentencia. Accedió, por otro lado, a la petición de aclaración, con lo cual el numeral 4º de la parte resolutive del fallo fue reemplazado por el siguiente: "**CUARTO. Negar las demás pretensiones de la demanda**".

2.4. El recurso contra la sentencia

2.4.1. Recurso del Ingeominas.

El 20 de octubre de 2010, la entidad accionada presentó solicitud de aclaración del fallo, la cual fue rechazada por el *a quo*¹⁸, y, en subsidio, de apelación¹⁹, con el propósito de que se corrigiera la liquidación realizada por el fallador de primera instancia, por las siguientes razones.

- A) El segundo trimestre de 2002 se debió liquidar a partir del área inicial del contrato 122-95M (73,3856 hectáreas), porque el otrosí que redujo el área fue suscrito el 15 de junio de 2002 y se perfeccionó el 27 de setiembre del mismo año.
- B) En la Resolución SFOM-154 de 2005, las contraprestaciones correspondientes al tercer y cuarto trimestre de 2002 fueron calculadas

¹⁶ Folios 471 y 473 del cuaderno principal.

¹⁷ Folios 484 y 485 del cuaderno principal.

¹⁸ Auto de 3 de noviembre de 2010. Folios 484 y 485 del cuaderno principal.

¹⁹ Folios 474 a 482 del cuaderno principal.



- con el área inicial de 73,3856 hectáreas, por lo que el valor debe ajustarse al área establecida de 46,9446 hectáreas.
- C) De acuerdo con lo anterior, el capital adeudado por concepto de canon superficiario correspondiente a los trimestres segundo, tercero y cuarto de 2002 ascendería a \$248'445.016, el cual generó un interés moratorio que, liquidado a la tasa máxima permitida por la ley que –afirma–, sería de \$199'700.195.
 - D) En el fallo, el monto de la administración se calculó a partir del SMMLV del 2002, pese a que debía calcularse con base en el SMMLV de 2005.
 - E) El total del capital en intereses adeudados ascendería así a \$410'328.407, “antes del IPC”.

2.4.2. Recurso de Esmeracol S.A.

La sociedad demandante interpuso recurso de apelación, por medio de escrito presentado el 29 de noviembre de 2010²⁰, en el que rebatió lo argumentado en la motivación del fallo de primera instancia, con base en los razonamientos que se sintetizan a continuación:

2.4.2.1. Sobre la nulidad de la Resolución SFOM-154 de 15 de diciembre de 2005:

- A) En la Resolución SFOM-154 de 2015, se tomó la Resolución D-332 de 2005 como fuente de competencia, la cual asignó a la Subdirección de Fiscalización y Ordenamiento Minero la función de expedir actos administrativos sobre liquidación de los contratos y demás títulos mineros. Sin embargo, con ésta no se expidió un acto administrativo de liquidación contractual, por lo que el fundamento de la competencia de Ingeominas enunciado es incongruente con su contenido.
- B) El considerando 4º de la Resolución D-332 de 2005 señala que la Subdirección de Fiscalización y Ordenamiento Minero tiene la función de efectuar el seguimiento y control del cumplimiento de las obligaciones de los titulares mineros. Pero, con la determinación del monto de un crédito causado antes del 28 de enero de 2004 sobrepasó dicha competencia, la cual le correspondía a Minercol Ltda. en Liquidación, conforme al Decreto 254 de 2004, que ordenó su liquidación, así como determinar la masa de la liquidación y definió las funciones del gerente liquidador. Además, con ello, quebrantó el régimen de liquidación mercantil aplicable por disposición expresa del Decreto 254 de 2004, en cuanto generó un detrimento a la masa de la liquidación e invadió la competencia del liquidador.
- C) Según el artículo 26 del Decreto 254 de 2004, cualquier derecho patrimonial que ingrese o deba ingresar a Minercol Ltda. en Liquidación hace parte de la masa de la liquidación. Por lo tanto, las facturas relacionadas en la resolución censurada, al constituir créditos a favor de ésta, hacían parte integrante de sus activos, y su cuantificación, negociación y recaudo era competencia exclusiva del liquidador.
- D) Minercol Ltda. en Liquidación no perdió su competencia para adelantar cualquier cobro, conforme a lo establecido en el artículo 3º del Decreto 254 de 2004, ya que éste le permitió conservar su capacidad jurídica para realizar los actos, operaciones y contratos necesarios para efectuar su pronta liquidación; actos que consisten en determinar la balanza de activos y pasivos, para, con ello, satisfacer las acreencias de los acreedores. Aparte, afirma que –según el artículo 7º y los numerales 2º, 3º, 8º y 12º del artículo

²⁰ Folios 487 a 541 del cuaderno principal.



8° del Decreto 254– el liquidador de Minercol tenía la competencia de determinar, vigilar y recaudar el pasivo de la empresa. Esto dio lugar a una duplicidad de funciones, que se refleja en la insistencia de Minercol –en Liquidación en el recaudo de facturas pendientes de pago.

- E) En el momento en el que fue expedida la Resolución SFOM-154 de 2005 no se había presentado una subrogación de la posición contractual. Al afirmar que esto había ocurrido, el *a quo* –arguye– desconoció el artículo 28 del Decreto 254 de 2004, de acuerdo con el cual, una vez finalizada la liquidación de Minercol, y no antes, sus derechos y obligaciones serían transferidos al Ministerio de Minas y Energía. La liquidación no había culminado en el momento en el que fue expedida la resolución demandada, ni tampoco se produjo una cesión del contrato con aviso al deudor.
- F) La motivación de los actos administrativos implica dejar plasmados, al menos en forma sumaria, los fundamentos de hecho y de derecho a partir los cuales se toma una decisión particular, lo que no puede entenderse como una simple mención de las fuentes de la decisión, “[...] pues cuando una resolución individualiza, cuantifica y liquida obligaciones, debe motivar el periodo y la base sobre la cual se calcula el canon superficiarios, la administración y los intereses moratorios”. Esto impide conocer la tasa de interés que se está aplicando y el capital que se cobra. Podría así haberse cobrado una tasa de usura del 3%, contraria a Derecho, sin que esto fuera notado.
- G) Los efectos de la fuerza mayor se extendieron durante el primer semestre de 2004, y más allá, como se acreditó en este asunto mediante prueba testimonial, por lo que debe restablecerse el equilibrio económico del contrato, como lo hizo parcialmente la resolución impugnada. El Tribunal, no obstante, se limitó a repetir lo enunciado en el concepto técnico, sin realizar una valoración jurídica encaminada a determinar si esto era suficiente para negar el reconocimiento de la suspensión durante enero, febrero y marzo de 2004. Además, la resolución reconoció que el suministro de explosivos a Esmeracol había sido interrumpido hasta el 12 de marzo de 2004, por lo que la suspensión del contrato debió prolongarse hasta esa fecha. Al no hacerlo, afirma, se presentó una falsa motivación.
- H) Habiéndose acreditado la suspensión del suministro de explosivos, así como la demora en el desagüe de los túneles por falta de fluido eléctrico y, con ello, la existencia de circunstancias de fuerza mayor durante el primer semestre de 2004, el Tribunal debería haber restituido el equilibrio de la ecuación financiera del contrato.

2.4.2.2. Sobre la nulidad de la cláusula cuarta (4ª) del contrato de renovación 122.95M

- A) En la cláusula 4ª, cuya nulidad se solicita, se pactó el pago de canon superficiario en la etapa de la explotación, pese a que las contraprestaciones propias de la explotación son las regalías, según el artículo 213 del Decreto-Ley 2655 de 1988. Sin embargo –asevera– la Administración, valiéndose de su privilegio para imponer unilateralmente las condiciones contractuales, así como de las disposiciones de la Ley 141 de 1994, impuso unas condiciones más gravosas para la actora, con lo que ésta se vio obligada a pagar “2400 veces más de lo legal”. Además, puso de presente que en el Decreto-Ley 2655 de 1988 sí se reguló expresamente la manera en la que debía cobrarse el canon superficiario y de administración.
- B) En la liquidación, la sentencia debió: restablecer el equilibrio contractual por los efectos de la fuerza mayor; reajustar los intereses moratorios a lo



permitido legalmente; descontar los conceptos "ilegales" de administración y canon superficiario.

2.4.2.3.- Adicionalmente, la recurrente afirmó que el fundamento fáctico de lo pretendido en la demanda se probó en el proceso y que la sentencia incurrió en incongruencia, debido a que se pronunció de forma genérica sobre las pretensiones, mas no sobre todas y cada una de forma individualizada.

2.4.2.4.- Por último, Esmeracol solicitó que, conforme al numeral 2º del artículo 214 del Código Contencioso Administrativo, se oficiara a la entidad demandada, para que allegara copia auténtica de dos (2) oficios, en los que –asegura– se reconocen los descuentos otorgados por Minercol que no fueron tenidos en cuenta en la liquidación realizada por el *a quo*. Al memorial de apelación se anexó copia simple de dichos oficios.

2.5. Trámite de segunda instancia.

2.5.1.- Habiéndose admitido los recursos de apelación²¹, se corrió traslado a las partes, para que alegaran de conclusión, y al Ministerio público, para que emitiera concepto²².

2.5.1.1.- La **sociedad demandante**, con apoyo en el numeral 3º del artículo 214 del CCA, solicitó pruebas de segunda instancia, mediante escrito presentado el 18 de octubre de 2012²³.

2.5.1.2.- Al no haberse efectuado un pronunciamiento del *ad quem* sobre la anterior solicitud, el **Ministerio Público** advirtió, con escrito radicado el 1º de noviembre de 2012, que se configuraba la nulidad de todo lo actuado a partir del auto de 3 de octubre de 2012, de acuerdo con lo establecido en el numeral 6º del artículo 140 del CCA²⁴. A través de auto de 26 de junio de 2013²⁵, se declaró la nulidad de este proceso a partir del 3 de octubre de 2012, y se negó la solicitud pruebas presentada por la demandante.

2.5.1.3.- El **Ministerio de Minas y Energía, actuando como "subrogado de Minercol"**, presentó alegatos de conclusión, en los que solicitó confirmar la sentencia de primera instancia y condenar en costas al apelante, con fundamento en lo argumentado previamente por esta parte y la transcripción de algunos apartados del fallo de primer grado, que –en su parecer– desvirtúan lo alegado en el recurso de alzada²⁶.

2.5.1.4.- La **Agencia Nacional de Minería** formuló **alegatos de conclusión**²⁷, en los cuales señaló que, con el Decreto 4131 de 3 de noviembre de 2011, el **Ingeominas** había pasado a denominarse **Servicio Geológico Colombiano** y a ser un instituto científico y técnico, con personería jurídica, autonomía administrativa, técnica, financiera y patrimonio independiente, el cual forma parte del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación –SNCTI– y se encuentra adscrito al Ministerio de Minas y Energía. A su vez, fue creada la Agencia Nacional de Minería (en adelante, **ANM**), por medio del Decreto 4134 de 3 de noviembre de 2011. Con la entrada en funcionamiento de la ANM, el 3 de mayo de 2012, la

²¹ Auto de 11 de julio de 2012. Folio 591 y 592 del cuaderno principal.

²² Auto de 3 de octubre de 2012. Folio 603 del cuaderno principal.

²³ Folios 605 a 607 del cuaderno principal.

²⁴ Folios 690 a 693 del cuaderno principal.

²⁵ Folios 710 a 715 del cuaderno principal.

²⁶ Folios 718 a 733 del cuaderno principal.

²⁷ Folios 734 a 738 del cuaderno principal.



Resolución 0012 de 9 de mayo de 2012 resolvió que el Servicio Geológico Colombiano cumpliría funciones de autoridad minera hasta el 2 de junio de 2012, las cuales, a continuación, pasaron a ser asumidas por la ANM.

Por lo demás, la ANM solicitó, en sus alegaciones de segunda instancia, que se revocara el numeral 3º de la parte resolutive de la sentencia impugnada, con base en lo argumentado en el recurso interpuesto por el Ingeominas.

2.5.1.5.- **Esmeracol alegó de conclusión**, a través de escrito²⁸, en el que reiteró lo dicho en ocasiones previas. Aparte, recalcó que Minercol liquidó facturas por el periodo en el que el Ingeominas, por medio de la resolución controvertida en el *sub judice*, reconoció parcialmente que se había presentado una suspensión contractual. Este hecho –alega– “[...] consta en el expediente administrativo, sin embargo, por ser altamente incidente, fue ocultado en la remisión de los antecedentes administrativos” (énfasis propio). Ante la omisión de la remisión de copias auténticas por parte del Ingeominas, la actora aportó copias simples, obrantes a folios 333 y 334 del cuaderno 7, y 1611 del cuaderno 6. Teniendo en cuenta lo anterior –afirma– el auto de 26 de junio de 2013 consideró que la solicitud de pruebas deprecada en segunda instancia era “*inútil o superflua*”. Con ello, en su parecer, se demuestra quien era el verdadero titular de los créditos y quien tenía competencia para su cobro, restándole competencia al Ingeominas.

2.5.1.6.- El **Ministerio Público** presentó **concepto**²⁹ en el que **pidió que la sentencia de primera instancia fuera confirmada**. Con respecto a la cláusula 4ª del contrato de operación minera suscrito el 30 de junio de 1995, manifestó que:

“[...] se dio cumplimiento al art. 17 de la ley 141 de 1994, que a más de haber ordenado que los contratos debían renovarse, disponía que el valor del canon superficiario sería el valor resultante de multiplicar veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes para el periodo, por el número de hectáreas contratadas. Como se trató de una renovación no de una prórroga podía pactarse diferentes estipulaciones, porque se trataba de un nuevo contrato” (subrayado añadido).

Manifestó además que la Ley 685 de 2001 modificó el valor del canon, pero esto no tiene implicaciones sobre la validez de la cláusula 4ª, ya que ésta se apoyó en la disposición legal vigente al momento de su suscripción. Aparte, resaltó que no se probó que se tratara de un contrato de adhesión, ni que el consentimiento de Esmeracol estuviera viciado de nulidad.

Tras realizar un recuento de las facturas expedidas por Minercol en desarrollo del contrato 122-95M objeto de la *litis*, el Ministerio Público concluyó que no tenía sustento la solicitud de recalcular el canon superficiario y de administración, ya que el cobro se realizó conforme a lo pactado y lo dispuesto en la Ley 141 de 1994.

2.5.1.7.- En lo atinente a la nulidad de la Resolución SFOM-154 de 2005, deprecada por la actora, el Ministerio Público, tras analizar los antecedentes y razonamientos en ella expuestos, precisó que:

“(i) No tiene razón la parte actora al solicitar que de la obligación contenida en la resolución acusada se debe deducir el periodo de 1 de enero a 12 de marzo de 2004 porque en ese acto administrativo, de conformidad con la documentación que le sirve de antecedente, no se está liquidando ese periodo. Únicamente hasta 2003.

²⁸ Folios 739 a 779 del cuaderno principal.

²⁹ Folios 781 a 825 del cuaderno principal.



(ii) *Tampoco son de recibo los argumentos relativos a la insuficiente motivación de la resolución, toda vez que como quedó visto la actuación administrativa se inició por solicitud de ESMERACOL para que se recalculara una deuda pendiente y en el contenido de la resolución se hace referencia expresa a cada uno de los documentos tenidos en cuenta, incluido el concepto técnico que permite concluir que se cobró el periodo abril-diciembre de 2002.*

(iii) *INGEOMINAS [sic] si tenía competencia para expedir la resolución en tanto que era la autoridad delegada para el cobro de las prestaciones.*

[...]

El marco normativo precedente permite concluir que Ingeominas, como autoridad delegada, tenía la competencia para realizar los trámites para el cobro y recaudo de contraprestaciones económicas derivadas de la explotación de yacimientos mineros, de lo que [se] sigue que era competente para expedir la resolución SFMO-154 [...].

[...]

(iv) *No se probó que se incurriera por parte de la autoridad en desviación de poder en la expedición del acto, esto es que se haya desconocido el fin para el cual se facultaba para proferir el acto o se hiciera con un fin diferente al previsto en la norma.*

En lo relativo a que se [sic] cobra por el concepto de 'Administración' y ello no se ejecutó, debe señalar el Ministerio Público que tampoco se probó esa afirmación. Omitió la parte actora señalar en qué consistía la obligación y por qué en su criterio no se cumplió.

En punto al cobro del interés del 3% mensual se tiene que ese porcentaje fue acordado por las partes en la cláusula quinta del contrato de renovación, de ahí que su cobro no puede calificarse de ilegal.

(v) *Por último, como señaló el [sic] a-quo, en la resolución 154 de diciembre de 2005 se cobran los conceptos sobre el área inicial de 73 has y no sobre el área reducida de 46 has.*

Por lo tanto, habría lugar a confirmar el fallo en tanto que recalculó las sumas de acuerdo con el área final a partir [del] Otrosí al contrato 122-95 de 15 de julio de 2002".

En lo relacionado con el desequilibrio de la ecuación económica del contrato, el Ministerio Público realizó un análisis de las pruebas testimoniales y periciales practicadas en este proceso, a partir del cual determinó que "[...] si bien se probó que el Ejército suspendió la venta de pólvora y que la Empresa de Energía de Boyacá suspendió el fluido eléctrico [...]; así como la presencia de gUAQUEROS en la región, no se acreditó cuáles fueron los efectos económicos negativos que se generaron en el desarrollo del contrato minero [sic] esas situaciones, de haber existido tales efectos". Aparte, puso de presente que al expediente no se allegaron documentos que dieran cuenta de las finanzas de la firma demandante. Por lo tanto, consideró el agente del Ministerio Público que en este caso no procede un pronunciamiento favorable a las pretensiones de restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Presupuestos de la sentencia de mérito.

3.1.1. Competencia.



3.1.1.1.- De conformidad con el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo (CCA) modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998 –vigente para la fecha de la presentación de la demanda³⁰–, la citada jurisdicción “[...] *está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% [...]*”.

En la renovación del contrato de operación minera suscrito el 30 de junio de 1995, cuya nulidad parcial y restablecimiento del equilibrio contractual deprecia la actora, intervino Mineralco S.A., “[s]ociedad regulada por el régimen de Empresas Industriales y Comerciales del Estado, vinculada al Ministerio de Minas y Energía, creada por la Ley 2ª del 2 de enero de 1990 [...]”.

Por otro lado, la Resolución SFOM-154 de 2005, atacada por la actora, fue emitida por el Ingeominas, el cual, para la fecha, era “[...] *un establecimiento público del Orden Nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, adscrito al Ministerio de Minas y Energía*” como lo dispone el artículo 2º del Decreto 252 de 2004.

La *litis* tuvo así origen en un contrato suscrito y un acto proferido por entidades públicas que, según artículo 39 de la Ley 489 de 1998, forman parte del sector descentralizado de la administración pública nacional. Por lo tanto, **la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es competente para conocer de este proceso.**

Adicionalmente, **esta Subsección del Consejo de Estado es competente** para conocer del presente asunto, en razón al factor funcional, de conformidad con el artículo 293 del Código de Minas³¹ y el artículo 129 del CCA³².

3.1.2. Vigencia de la acción

3.1.2.1.- El actor alegó que la acción de nulidad del contrato minero tiene un carácter especial, de conformidad con lo establecido en los artículos 2º, 3º y 289 de la Ley 685 de 2001, en concordancia con el artículo 53 de la Ley 80 de 1993, por lo que – en su parecer– al no preverse un término de caducidad para la acción de nulidad en la Ley 685, se aplica subsidiariamente el término de cinco (5) años establecido en el artículo 136.10.e) del CCA.

Al respecto, la Sala considera pertinente aclarar que el artículo 2º del Código de Minas se limita a señalar el ámbito material de dicha codificación³³⁻³⁴, del cual no forma parte el proceso judicial a través del cual se ventilan los conflictos relacionados con los trabajos o la industria minera que se presenten entre el Estado y los particulares o entre éstos entre sí, sino únicamente las relaciones jurídicas entre éstos.

³⁰ 23 de febrero de 2006.

³¹ LEY 685 DE 2001. “Artículo 293. De las acciones referentes a los contratos de concesión que tengan por objeto la exploración y explotación de minas, conocerán en primera instancia, los tribunales administrativos con jurisdicción en el lugar de la celebración”.

³² CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. “Artículo 129. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se conceda el extraordinario de revisión”.

³³ Al respecto: CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-891 de 2002, apartado 27.

³⁴ LEY 685 DE 2001. “Artículo 2º. Ámbito material del Código. El presente Código regula las relaciones jurídicas del Estado con los particulares y las de estos entre sí, por causa de los trabajos y obras de la industria minera en sus fases de prospección, exploración, construcción y montaje, explotación, beneficio, transformación, transporte y promoción de los minerales que se encuentren en el suelo o el subsuelo, ya sean de propiedad nacional o de propiedad privada. Se excluyen la exploración y explotación de hidrocarburos líquidos y gaseosos que se regirán por las disposiciones especiales sobre la materia”.



Por otra parte, la Corte Constitucional ha precisado que:

*“El artículo 3 [de la Ley 685 de 2001] solamente establece el criterio de especialidad como una regla de aplicación dirigida a las autoridades judiciales y administrativas, para dirimir las posibles antinomias que se susciten con otras normas, además de las de carácter civil o comercial. En tal sentido el criterio *lex specialis* en la norma bajo estudio, establece que frente a conflictos jurídicos que se presenten entre el Estado y los particulares, o entre los particulares entre sí, dentro de las materias reguladas por la ley 685 de 2001 (artículo 2), se debe realizar una interpretación restrictiva de las normas generales provenientes de otros cuerpos normativos, inclusive el ambiental, a favor de las normas del Código de Minas (ley 685 de 2001)”³⁵.*

Así pues, cuando el Código de Minas establezca el consecuente jurídico de un supuesto fáctico comprendido dentro de su ámbito de aplicación –definido en el artículo 2º *eiusdem*– y exista otra norma ajena a dicha codificación que asigne un efecto jurídico diferente al mismo supuesto, el segundo debe aplicarse de forma restrictiva. Esto ocurre con el artículo 289 del Código de Minas, invocado por la demandante, en el que se definen los sujetos que se encuentran legitimados para solicitar la nulidad o inexistencia del contrato de concesión minera³⁶. Dicha disposición, de acuerdo con lo anterior, se aplica con carácter preferente sobre el artículo 87 del CCA³⁷, en el que se determinan los sujetos que con carácter general pueden pedir por vía judicial que se declare la existencia o nulidad de los contratos estatales.

No sucede lo mismo, sin embargo, con la regulación de la caducidad de la acción de nulidad de los contratos mineros, sobre lo cual no existe norma especial en el Código de Minas. Por lo tanto, en virtud de la remisión expresa al CCA que en materia de acciones judiciales realiza el artículo 297 del Código de Minas³⁸ –también invocado por la demandante– la vigencia de la acción en el *sub iudice* debe determinarse con fundamento en las disposiciones pertinentes del CCA.

3.1.2.2.- Adicionalmente, la sociedad actora alega que, al tener el litigio por objeto bienes públicos relacionados con las minas de esmeraldas, la acción tiene carácter imprescriptible, de acuerdo con el parágrafo 1º del artículo 136 del CCA. Esta disposición establece que:

“Cuando el objeto del litigio lo constituyan bienes estatales imprescriptibles e inenajenables la acción no caducará”.

³⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-339 de 2002, apartado 4º; y sentencia C-891 de 2002, apartado 30.

³⁶ LEY 685 DE 2001. “Artículo 289. Acción de nulidad del contrato. Solamente la Administración, el concesionario, los terceros que acrediten interés directo y el Ministerio Público, podrán pedir que se declare la inexistencia o nulidad del contrato de concesión minera, en las condiciones y con los requisitos señalados en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo”.

³⁷ CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Artículo 87. Subrogado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998. “De las controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas”.

³⁸ LEY 685 DE 2001. “Artículo 297. Remisión. En el procedimiento gubernativo y en las acciones judiciales, en materia minera, se estará en lo pertinente, a las disposiciones del Código Contencioso Administrativo y para la forma de practicar las pruebas y su valoración se aplicarán las del Código de Procedimiento Civil”.



Pues bien, en el asunto de autos, el objeto del litigio³⁹ se centra, al menos en parte, en el análisis de la validez de la cláusula 4ª del contrato de operación minera del 30 de junio de 1995. En dicha cláusula se pactó lo siguiente:

“EL OPERADOR pagará un canon superficiario como contraprestación distinta a las regalías, por el área contratada, así: PERÍODO DE EXPLOTACIÓN.- Por cada año el valor resultante de multiplicar veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes para el periodo por el número de hectáreas contratadas. ADMINISTRACIÓN DEL CONTRATO.- EL OPERADOR pagará a MINERALCO S.A., por concepto de Administración del contrato durante la vigencia del mismo, dos (2) salarios mínimos mensuales por hectárea – año, vigente al momento de su cancelación. [...] PARÁGRAFO TERCERO.- REGALÍAS: EL CONTRATISTA cancelará por concepto de regalías correspondientes a la explotación de esmeraldas, el 1.5% del valor el material explotado que se liquidará por la Sociedad Minerales de Colombia S.A. 'MINERALCO S.A.' a favor de los beneficiarios de las mismas, conforme a la Ley 141 de 1994”.

Según el artículo 3º del Decreto 2655 de 1988, vigente al momento en el que se suscribió el acto de renovación cuya validez se discute, *“todos los recursos naturales no renovables del suelo y del subsuelo pertenecen a la Nación en forma inalienable e imprescriptible”*. El artículo 6º de la Ley 685 de 2001, que actualmente se encuentra en vigor, en línea con lo anterior, establece que: *“La propiedad estatal de los recursos naturales no renovables es inalienable e imprescriptible”*. De esta forma, el legislador estatuyó la propiedad estatal sobre los recursos mineros, lo que –como lo ha precisado la Corte Constitucional– *“corresponde a la prevalencia del interés general allí comprometido, por ser la minería una actividad de utilidad pública e interés social (Código de Minas, artículo 13), así como a un claro mandato constitucional (art. 332)”*⁴⁰.

No sucede lo mismo, sin embargo, con los cánones de administración y superficiario cuyo cobro es objeto de la cláusula impugnada. El canon superficiario y las regalías son las contraprestaciones económicas que se pagan al Estado por el derecho que éste otorga a los particulares para explotar minerales de su propiedad⁴¹, lo que –como lo ha señalado esta Colegiatura– *“[...] resulta plenamente coherente con las normas constitucionales [...] ya que si el Estado es el propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, salvo algunas excepciones, resulta lógico y equitativo que ninguna persona pueda explorar una determinada zona del territorio nacional en búsqueda de tales bienes sin haber obtenido previamente la autorización del Estado, por intermedio de la autoridad competente, y sin pagar por ello un precio o contraprestación”*⁴². El canon de administración, por su parte,

³⁹ *“Debemos cuidarnos de confundir las nociones de proceso y litigio, aunque en materia civil, laboral y contencioso administrativa, es común en la mayoría de los procesos la existencia de personas con intereses opuestos o diferentes y entonces en ellos existe litigio y se produce una especie de lucha judicial en que se esgrimen armas de ataque y de defensa; pero también es evidente, y ello no debe ser olvidado, que en otros falta absolutamente el litigio. Es decir, en esta clase de proceso existe generalmente el litigio, en la misma forma que la enfermedad en la curación, sirviendo de pretexto para iniciarlos, pero no se confunden: el proceso se inicia entonces ante el juez y se desarrolla en su presencia; el litigio existe desde antes entre las partes, y puede ocurrir que a pesar de él no se inicie ningún proceso”*. DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Compendio de Derecho Procesal*, Tomo I, Editorial ABC, Bogotá, 1983, p. 139.

⁴⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-891 de 2002, apartado 39.

⁴¹ DECRETO 2655 DE 1988. *“Artículo 212. Contraprestaciones económicas. Las contraprestaciones económicas que percibe el Estado a cargo de las personas a quienes se otorga el derecho a explorar o explotar recursos minerales, constituyen una retribución directa por el aprovechamiento económico de dichos bienes de propiedad nacional. Clases de contraprestación económica. Las contraprestaciones económicas son de cuatro clases: || • Canon superficiario. || • Regalías. || • Participaciones. || • Impuestos específicos. || El canon superficiario es la suma de dinero que deberán pagar los beneficiarios de licencias de exploración en los términos señalados en este capítulo, siempre y cuando se trate de proyectos de gran minería”*. LEY 685 DE 2001. *“Artículo 226. Contraprestaciones económicas. Las contraprestaciones económicas son las sumas o especies que recibe el Estado por la explotación de los recursos naturales no renovables”*.

⁴² CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 29 de octubre de 2014, exp. 2216.



corresponde a la administración del contrato por parte de la entidad contratante y hace parte de las “compensaciones”, que “[...] son el objeto de una obligación pactada en los contratos de explotación de recursos naturales no renovables, mediante la cual el contratista ejecutor de dicha explotación se compromete a pagar una contraprestación a favor del Estado por haber éste aceptado y prestado su concurso en la explotación de dichos recursos”⁴³.

Tanto el canon superficial como el de administración requerían pacto expreso de las partes, como —en este asunto— se acordó bajo la vigencia del Decreto 2655 de 1988 y la Ley 141 de 1994⁴⁴. Sus beneficiarios solían ser los entes territoriales, el Fondo Nacional de Regalías o las empresas industriales del Estado, como Mineralco⁴⁵, que era la sociedad beneficiaria en los términos del acto de renovación del contrato 122-95M. Los beneficiarios de las regalías, por su parte, eran los departamentos y los municipios productores, los municipios portuarios o el Fondo Nacional de Regalías⁴⁶. Se trata pues de fondos que forman parte del presupuesto de las anteriores entidades.

De conformidad con lo establecido en el numeral 4º del artículo 407 del Código de Procedimiento Civil⁴⁷, vigente para la época de los hechos, y con la sentencia de la Corte Constitucional C-530 de 1996⁴⁸, que declaró exequible la anterior disposición, dichos fondos, al ser propiedad de entidades de derecho público, son imprescriptibles. Sin embargo —como lo ha manifestado esta Sección⁴⁹— por tratarse de dinero, es evidente que tales fondos no pueden considerarse inalienables, por lo que no se aplica la regla que en materia de caducidad prescribe el parágrafo 1º del artículo 136 del CCA, invocado por la sociedad demandante.

3.1.2.3.- Pasando ahora a analizar, de conformidad con lo anterior, la vigencia de la acción en el *sub lite*, esta Colegiatura observa, en primer lugar, que en las **súplicas primera y segunda principales de la demanda**, la sociedad actora pide que la cláusula 4ª del contrato 122-95M, suscrito el 30 de junio de 1995, se declare nula,

⁴³ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-251 de 2003.

⁴⁴ Apartados 2.4.4.5 y 3.4.8.4.

⁴⁵ Al respecto: ORTIZ RODRÍGUEZ, Alexa C. *Manual de Derecho Minero*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, p. 149. TORRES RICO, Anibal. *Tratado de Regalías Mineras e Hidrocarburos*, Editorial Carrera 7ª, Bogotá, 2008, p. 33.

⁴⁶ Ley 141 de 1994. “Artículo 1º. Constitución del Fondo Nacional de Regalías. Créase el Fondo Nacional de Regalías con los ingresos provenientes de las regalías no asignadas a los departamentos y a los municipios productores y a los municipios portuarios de conformidad con lo establecido en esta Ley”.

⁴⁷ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. “Artículo 407. Declaración de pertenencia. En las demandas sobre declaración de pertenencia se aplicarán las siguientes reglas: [...] 4. La declaración de pertenencia no procede respecto de bienes imprescriptibles o de propiedad de las entidades de derecho público”.

⁴⁸ “Los bienes fiscales comunes o bienes estrictamente fiscales dejaron de ser prescriptibles, se convirtieron en bienes imprescriptibles. Si no procede la declaración de pertenencia en relación con los bienes de propiedad de las entidades de derecho público, tampoco procede oponer la excepción de prescripción ante la demanda reivindicatoria de uno de tales bienes. Hoy día los bienes fiscales comunes o bienes estrictamente fiscales son imprescriptibles. Lo relativo a los bienes públicos o de uso público: siguen siendo imprescriptibles, al igual que los fiscales adjudicables que tampoco pueden adquirirse por prescripción. No se quebranta la igualdad, porque quien posee un bien fiscal, sin ser su dueño, no está en la misma situación en que estaría si el bien fuera de propiedad de un particular. En la medida en que se impide que los particulares se apropien de los bienes fiscales, se asegura o garantiza la capacidad fiscal para atender las necesidades de la comunidad. No hay acción para que se declare que se ha ganado por prescripción el dominio de un bien que la ley declara imprescriptible, porque no hay derecho”. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-530 de 1996.

⁴⁹ “Por otra parte, tampoco puede considerarse aplicable el criterio adoptado por esta corporación respecto de la posibilidad de formular las acciones contencioso administrativas en cualquier tiempo, cuando el objeto del litigio estaba constituido por bienes estatales imprescriptibles e inenajenables -criterio recogido actualmente en la Ley 446 de 1998 (numeral 8 del artículo 136 del C.C.A.)-, dado que si bien los dineros que debe transferir la Nación a favor de las entidades territoriales, por concepto de su participación en los ingresos corrientes de aquélla, pueden ser considerados bienes fiscales y, por lo tanto, imprescriptibles, conforme al numeral 4º del artículo 407 del Código de Procedimiento Civil -declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-530 de 1996-, es evidente que no constituyen bienes inenajenables, condición que, por lo demás, en ningún caso, podría predicarse del dinero”. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 6 de julio de 2005, exp. 28662.



debido a que vulneró diversas disposiciones de rango constitucional, legal y reglamentario, en tanto en cuanto, con dicha cláusula: (i) la sociedad accionante fue sometida, sin justificación alguna, a un régimen más gravoso, lo que constituye un acto discriminatorio⁵⁰; (ii) fueron vulnerados sus derechos adquiridos, así como las condiciones contractuales preexistentes y las leyes incorporadas a contrato⁵¹; (iii) se superó la tasa máxima del interés moratorio prevista en el Derecho comercial⁵²; y (iv) se pactó el cobro del canon superficiario para eventos no previstos en la ley⁵³. Como consecuencia de lo anterior, la sociedad actora pretende, **con la súplica octava principal**, que se reliquiden las sumas a cargo de la actora y de la autoridad minera.

De esta forma, Esmeracol pretende que la cláusula 4ª del negocio jurídico referido sea declarada nula, debido a que contraviene normas imperativas, esto es, disposiciones que *"en atención a su naturaleza no son susceptibles de modificación, ni menos aún de desestimación por los contrayentes"*, ya que—conforme al artículo 16 del Código Civil— *"tutelan un interés general prevalente sobre el de las partes, o también el interés de una parte contra la preeminente fuerza contractual de la otra"*⁵⁴.

La vulneración de una norma imperativa es —según el artículo 899 del Código de Comercio— una causal de nulidad absoluta del contrato⁵⁵. Esmeracol era una sociedad anónima en el momento en el que suscribió el referido acto de renovación⁵⁶ y, como consta en el registro el certificado de existencia y representación allegado al expediente⁵⁷, se encontraba inscrita en el registro mercantil. Por lo tanto, de conformidad con lo establecido en el artículo 13 del Código de Comercio⁵⁸, los artículos 13 y 44 de la Ley 80 de 1993⁵⁹, y la jurisprudencia contencioso administrativa⁶⁰, la vulneración de normas imperativas es una causal de nulidad absoluta para el contrato de operación minera de 30 de junio de 1995.

En este orden de ideas, la nulidad deprecada de la cláusula 4ª del negocio jurídico referido es de carácter absoluto, por lo que la vigencia de la acción se define de

⁵⁰ Con esto, según la actora, se vulneraron los artículos 13 y 109 de la Constitución, y del artículo 3º del CCA.

⁵¹ Lo que, conforme a lo alegado por Esmeracol, viola el artículo 58 constitucional, el artículo 38 de la Ley 153 de 1887 y el artículo 6º del Decreto 2655 de 1988 y el artículo 356 del Código de Minas.

⁵² Con lo que, para la firma demandante, se vulneró el artículo 884 del Código de Comercio, modificado por el artículo 111 de la Ley 510 de 1999

⁵³ De esta forma, la accionante considera que fueron trasgredidos los artículos 230 de la Ley 685 de 2001, los artículos 213 y 214 del Decreto 2655 de 1988, el artículo 1º del Decreto 727 de 1990,

⁵⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sala Plena. Sentencia de 29 de septiembre de 2011, exp. 18837.

⁵⁵ CÓDIGO DE COMERCIO. "Artículo 899. Nulidad Absoluta. Será nulo absolutamente el negocio jurídico en los siguientes casos: || 1) Cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa [...]"

⁵⁶ Folio 47 del cuaderno 2 de pruebas.

⁵⁷ Folios 5 y 6 del cuaderno 2 de pruebas.

⁵⁸ CÓDIGO DE COMERCIO. "Artículo 13. Presunción de estar ejerciendo el comercio. Para todos los efectos legales se presume que una persona ejerce el comercio en los siguientes casos: || 1) Cuando se halle inscrita en el registro mercantil [...]"

⁵⁹ Ley 80 de 1993. "Artículo 13. Los contratos que celebre las entidades q que se refiere el artículo 2º del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley. [...] Artículo 44. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común [...]"

⁶⁰ "En primer lugar, dispone el artículo 44 de la ley 80 que las causales de nulidad de los contratos estatales tienen dos fuentes normativa: || i) De un lado, las que contempla el derecho común. Recuérdese que en los términos de los artículos 13 y 40 de la ley 80 de 1993, los contratos estatales se rigen por el derecho civil y comercial, salvo en las materias particularmente reguladas en la ley 80. A aquéllos estatutos se refiere el artículo 44 de la ley 80, cuando remite a las causales de nulidad del derecho común. || Por tanto, si una de las partes del negocio estatal es un comerciante, el régimen jurídico aplicable al negocio es el código de comercio, y por ende las causales de nulidad previstas en él". CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia de 4 de octubre de 2007, exp. 16368.



conformidad con el literal e) del numeral 10º del artículo 136 del CCA, por remisión directa del artículo 297 del Código de Minas⁶¹, en el cual se establece lo siguiente:

"10. En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

En los siguientes contratos, el término de caducidad se contará así:

"[...] e) La nulidad absoluta del contrato podrá ser alegada por las partes contratantes, por el Ministerio Público o cualquier persona interesada, dentro de los dos (2) años siguientes a su perfeccionamiento. Si el término de vigencia del contrato fuere superior a dos (2) años, el término de caducidad será igual al de su vigencia, sin que en ningún caso exceda de cinco (5) años, contados a partir de su perfeccionamiento. En ejercicio de esta acción se dará estricto cumplimiento al artículo 22 de la Ley por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia".

Pues bien, en el contrato minero de 30 de junio de 1995 se fijó un término de duración de veinticinco (25) años. Por ende, la caducidad tendrá un plazo de cinco (5) años, contados a partir del momento de su perfeccionamiento.

Según el artículo 62 del Decreto 2655 de 1988⁶², vigente al momento de la suscripción de la escritura de renovación, en concordancia con el artículo 2º *ejusdem*⁶³, los contratos de su género se perfeccionan con su suscripción. Aparte, en su cláusula 22ª, el perfeccionamiento se sujetó a su inscripción en Registro Minero ante el Ministerio de minas⁶⁴.

El acto de renovación cuya nulidad parcial pretende la accionante fue elevado a escritura pública el treinta (30) de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995) y registrado el diez (10) de octubre del mismo año⁶⁵. Por lo tanto, la acción para solicitar su nulidad absoluta se encontraba vigente hasta el once (11) de octubre del dos mil (2000). Al haberse presentado la demanda el veintitrés (23) de febrero de dos mil seis (2006), **la Sala concluye que operó la caducidad de la acción que tiene por objeto las pretensiones primera y segunda principales, en las que se pide la declaración de nulidad de la cláusula 4ª del contrato minero suscrito el 30 de junio de 1995, así como la condena derivada de dicha declaración.**

3.1.2.4.- En segundo lugar, mediante las **pretensiones primera, segunda y tercera subsidiarias a las pretensiones primera y segunda principal**, la sociedad demandante procura que se declare que la autoridad minera no estaba

⁶¹ LEY 685 DE 2001. "Artículo 297. Remisión. En el procedimiento gubernativo y en las acciones judiciales, en materia minera, se estará en lo pertinente, a las disposiciones del Código Contencioso Administrativo y para la forma de practicar las pruebas y su valoración se aplicarán las del Código de Procedimiento Civil".

⁶² DECRETO 2655 DE 1988. "Artículo 62. Perfeccionamiento de los contratos de concesión. Los contratos de concesión, una vez suscritos, quedarán perfeccionados y podrán ejecutarse después de su inscripción en el Registro Minero" (subrayado fuera del texto original).

⁶³ DECRETO 2655 DE 1988. "Artículo 2º. Campo de aplicación. Este Código regula las relaciones entre los diversos organismos y entidades estatales, las de los particulares entre sí y con aquellos, en lo referente a la prospección, exploración, explotación, beneficio, fundición, transformación, transporte, aprovechamiento y comercialización de los recursos naturales no renovables que se encuentren en el suelo o en el subsuelo, incluidos los espacios marítimos jurisdiccionales, ya sean de propiedad nacional o de propiedad privada. Se exceptúan los hidrocarburos en estado líquido o gaseosos, que se regulan por las normas especiales sobre la materia" (subrayado añadido).

⁶⁴ Folio 297 del cuaderno 2.

⁶⁵ Folios 54 y 55 del cuaderno 2.



facultada para cobrar las sumas por concepto de canon superficiario pactadas en la cláusula 4ª del contrato minero de 30 de junio de 1995 y que, por lo tanto, lo cancelado por dicho concepto constituía un pago de lo no debido.

El pago es uno de los modos de extinción de las obligaciones, que consiste en la prestación efectiva de lo que se debe, conforme a los artículos 1625 y 1626 del Código Civil⁶⁶. Como cumplimiento efectivo de lo debido, el pago es así el modo común de extinción de las obligaciones. Se produce un pago de lo no debido cuando la obligación que se debe es inexistente, ya que éste es simplemente un medio para extinguir las obligaciones⁶⁷.

Ahora bien, tratándose de una obligación contractual, la nulidad absoluta o relativa debe ser declarada por un juez, conforme a lo establecido en el Código Civil⁶⁸ y la Ley 80 de 1993⁶⁹. La nulidad no opera de pleno Derecho, ni se contempla dentro de las facultades excepcionales de la administración, por lo que no puede ser declarada unilateralmente por ésta.

En este orden de ideas, el pago de lo no debido, en virtud de una obligación contractual, requiere la declaración previa de la nulidad absoluta o relativa del acto jurídico que constituya la fuente de la obligación de pago del canon superficiario. Esto es precisamente lo que persigue la sociedad actora al pretender que se declare que la autoridad minera no estaba facultada o que no “podía legalmente” cobrar lo pactado en la cláusula 4ª del contrato, ya que las razones que esta esgrime como fundamento de lo anterior son las mismas que alega para solicitar la nulidad de dicha cláusula, las cuales consisten, fundamentalmente, en argüir que dicha disposición contractual contravino la normativa vigente aplicable y, así, al haber pagado el deudor sumas superiores a las previstas en dichas disposiciones, efectuó un pago de lo no debido.

⁶⁶ CÓDIGO CIVIL. “Artículo 1625. Modos de extinción. Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consentan en darla por nula. || Las obligaciones se extinguen además en todo o en parte: || 1o.) Por la solución o pago efectivo. [...] Artículo 1626. DEFINICION DE PAGO. El pago efectivo es la prestación de lo que se debe”.

⁶⁷ “El derecho moderno, inspirándose en elementales principios de la equidad, también admite el enriquecimiento injusto o sin causa, que consiste en el acrecentamiento del patrimonio de una persona a expensas de otra [...]. Si tomamos la aplicación más frecuente de institución en el pago de lo no debido o pago sin causa, esta última expresión se refiere a la inexistencia de la obligación que necesariamente debe preexistir a todo pago, puesto que este es solamente un medio de extinguir las obligaciones; cuando el pago no está precedido de una obligación no puede producir lógicamente su efecto propio, porque no se puede extinguir lo que no existe; entonces se dice que hay pago sin justa causa o más exactamente pago de lo no debido”. OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. *Teoría de Contrato y del Negocio Jurídico*, 7ª edición, Temis, Bogotá, 2018, pp. 271 y 272.

⁶⁸ CÓDIGO CIVIL. Artículo 1742. Obligación de declarar la nulidad absoluta. Subrogado por el artículo 2º de la Ley 50 de 1936. “La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria. || Artículo 1743. Declaración de nulidad relativa. La nulidad relativa no puede ser declarada por el juez o prefecto sino a pedimento de parte; ni puede pedirse su declaración por el Ministerio Público en el solo interés de la ley; ni puede alegarse sino por aquéllos en cuyo beneficio la han establecido las leyes, o por sus herederos o cesionarios; y puede sanearse por el lapso de tiempo o por ratificación de las partes”.

⁶⁹ LEY 80 DE 1993. “Artículo 45.- De la Nulidad Absoluta. La nulidad absoluta podrá ser alegada por las partes, por el agente del Ministerio Público, por cualquier persona o declarada de oficio, y no es susceptible de saneamiento por ratificación. || En los casos previstos en los numerales 1o. 2o. y 4o. del artículo anterior, el jefe o representante legal de la entidad respectiva deberá dar por terminado el contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre. || Artículo 46.- De la Nulidad Relativa. Los demás vicios que se presenten en los contratos y que conforme al derecho común constituyen causales de nulidad relativa, pueden sanearse por ratificación expresa de los interesados o por el transcurso de dos (2) años contados a partir de la ocurrencia del hecho generador del vicio”.



En definitiva, la Sala encuentra que con *las pretensiones primera, segunda y tercera subsidiarias a las pretensiones primera y segunda principal* el libelista simplemente formuló, bajo un rótulo diferente, pretensiones de nulidad y las resarcitorias que de esta se derivan, las cuales –de conformidad con lo anteriormente establecido– habían caducado al momento en que presentó la demanda. Por lo tanto, **esta sala de Subsección procederá a declarar que sobre las pretensiones primera, segunda y tercera subsidiarias a las pretensiones primera y segunda principal operó el fenómeno de la caducidad.**

3.1.2.5.- En tercer lugar, las **pretensiones primera, segunda y quinta subsidiarias a la sexta principal**, así como la **pretensión subsidiaria a esta última pretensión subsidiaria** (valga la redundancia), y las **pretensiones novena y décima principales** buscan que se “*actualice*” el contrato minero de 30 de junio de 1995 a unas condiciones económicas diferentes a las pactadas, que hagan menos gravosa la posición de la actora o que, lo que es lo mismo, se rebaje el canon superficial y los intereses moratorios a un monto menor al pactado.

La Sala encuentra que, para que se produzca la “*actualización*” del acto de novación deprecada por la accionante, tendrían que cesar los efectos que dicho negocio jurídico debería producir con ocasión de su celebración; en otras palabras, tendría que declararse su ineficacia, lo que –conforme a la jurisprudencia de la Sala– implicaría su nulidad absoluta o relativa⁷⁰.

Como se estableció anteriormente, la caducidad de la acción encaminada a que se reconozca la nulidad absoluta del acto impugnado en este caso tiene un término de cinco (5) años, contados desde el momento de perfeccionamiento del contrato, por lo que dicho fenómeno tuvo lugar el once (11) de octubre del dos mil (2000). Ahora bien, en la hipótesis en la que la ineficacia de las disposiciones contractuales, cuya “*actualización*” solicita la demandante, fuera el resultado de la declaración de la nulidad relativa de las cláusulas de acto de renovación del contrato de 30 de junio de 1995, la caducidad se habría producido el once (11) de octubre de mil novecientos noventa y siete (1997), según el numeral f) del numeral 10º del artículo 136 del CCA.

En este orden de ideas, al haberse presentado la demanda el veintitrés (23) de febrero de dos mil seis (2006), **la Subsección concluye que acaeció el fenómeno de la caducidad con respecto a la acción que tiene por objeto las pretensiones primera, segunda y quinta subsidiarias a la sexta principal, así como la pretensión subsidiaria a esta última pretensión subsidiaria, y las pretensiones novena y décima principal, en las que se solicitó la “actualización” del acto de renovación al contrato 122-95M a unas condiciones económicas, diferentes a las pactadas, que hagan menos gravosa la posición de la actora o que, lo que es lo mismo, se rebaje el canon superficial y los intereses moratorios a un monto menor al pactado.**

3.1.2.6.- Con las **pretensiones tercera principal y subsidiaria a ésta**, la sociedad accionante busca que se declare que la obligación de administración convenida en

⁷⁰ “La eficacia en sentido lato del contrato se refiere, entonces, a la plenitud de la producción de sus efectos jurídicos, o sea a los derechos y obligaciones que de su celebración surgen para las partes y sus proyecciones respecto de terceros, extraños al interés dispuesto, pero afectos a su disposición. En cambio, la ineficacia del contrato es la no producción de los efectos que debiera producir con ocasión de su celebración, bien sea porque: a) para el ordenamiento jurídico el negocio es inexistente, es decir no produce efecto alguno; b) o resulta inválido o nulo, o sea, que nacido a la vida jurídica, los efectos que de su existencia emanan pueden ser anulados o aniquilados por presentar irregularidades o vicios frente a la ley; c) o por disposición legal o particular se diferencian sus efectos, como cuando se somete a condiciones por las partes o requiere de autorizaciones legales que lo activen”. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia de 30 de abril de 2012, exp. 21699.



el contrato de operación minera de 30 de junio de 1995 no se ejecutó y, en consecuencia, se le devuelva lo pagado por tal concepto, a título de responsabilidad contractual o de pago de lo no debido. La Sala advierte que el contrato de operación minera referido supone la ejecución de prestaciones sucesivas durante un tiempo más o menos largo, que –en este asunto– deben ejecutarse entre el 30 de junio de 1995 y el 30 de junio de 2020 (cláusula 3ª)⁷¹. La administración además genera un pago periódico mensual durante la vigencia del contrato suscrito el 30 de junio de 1995 (cláusula 4ª), por lo que la Subsección entiende que la omisión de dicha administración por parte de la autoridad minera entre el 30 de junio de 1995 y el momento en que la demanda fue presentada, fue lo que motivó éstas súplicas. Por lo tanto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136.10 del CCA⁷², **esta Colegiatura concluye que la acción que tiene por objeto las pretensiones tercera principal y subsidiaria se encontraba vigente al momento de la presentación de la demanda.**

3.1.2.7.- Mediante las pretensiones **cuarta principal, quinta principal y subsidiaria, y sexta principal**, la firma demandante persigue que se declare que la ejecución del contrato de operación minera 122-95M estuvo y está sometido a hechos de caso fortuito y fuerza mayor y, por ende, se declare que: **(i)** no incurrió en incumplimiento culposo del contrato; y **(ii)** no debe remuneración alguna, por lo que debe restituirse lo pagado el periodo en el que la ejecución se vio afectada.

En línea con lo anterior, esta Subsección nota que con las **súplicas cuarta subsidiaria, tercera y cuarta subsidiarias a la sexta principal, y séptima principal**, la accionante pretende que se declare que, como efecto de la suspensión de actividades mineras que se produjo por las circunstancias fuerza mayor previamente invocadas, Esmeracol tuvo que afrontar unas circunstancias excepcionales de orden técnico y económico en el cumplimiento del contrato 122-95M, por lo que, consecuentemente, solicita que: **(i)** el contrato se reajuste en condiciones de viabilidad financiera y equilibrio prestacional; **(ii)** se ordene compensar las pérdidas sufridas por Esmeracol; y, **(iii)** se declare que la entidad minera concedente no puede facturar el valor de las contraprestaciones pactadas en el contrato 122-95M, mientras dure la incertidumbre sobre las condiciones de ejecución del contrato.

Las anteriores inconformidades parten de un motivo común, consistente en los eventos de caso fortuito y fuerza mayor, que –según la actora– impidieron la ejecución del contrato y trajeron consigo unos efectos de orden técnico y económico que le ocasionaron pérdidas a Esmeracol. En el capítulo II del escrito introductorio denominado *"DE LA FUERZA MAYOR, EL CASO FORTUITO Y DE LA IMPOSIBILIDAD TÉCNICA Y ECONÓMICA DE REALIZAR LA EXPLOTACIÓN"*⁷³, la accionante hace consistir los eventos de caso fortuito y fuerza mayor *"liberatorios de la responsabilidad frente a la obligación de pago convenida en la renovación del contrato de operación minera 122-95 M de 7 de diciembre de 1981"* en dos (2) hechos, a saber: **(i)** *"[I]a suspensión en la venta de explosivos por parte del Ejército Nacional"*; y, **(ii)** *"[I]a suspensión del fluido eléctrico por parte de la Empresa de Energía de Bogotá"*. Estas circunstancias –aduce la demandante– imposibilitaron, por un lado, la actividad de explotación minera desarrollada a través de excavación por el método convencional de voladura, y, por el otro, impidieron que se ventilaran y secaran los túneles y galerías, así como el mantenimiento de campamentos y el

⁷¹ Folios 294 a 299 del cuaderno 2.

⁷² CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. "Artículo 136. [...] 10. En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento".

⁷³ Folios 65 a 68 del cuaderno 1.



laboreo minero. Con ello –señala– se suspendió la actividad minera de Esmeracol, lo que trajo consigo unas consecuencias técnicas y económicas que no habían sido superadas aún al momento en que fue presentada la demanda.

Conforme a lo afirmado en la demanda⁷⁴ y lo corroborado en el expediente⁷⁵, la suspensión del suministro de explosivos se reanudó el 12 de marzo de 2004; y, según el oficio del jefe del Departamento Zona Occidente de la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. número 53030-223 del 29 de julio de 2004⁷⁶ –del cual se aportó copia simple– “[...] *en marzo del 2002 se le suspendió el servicio por deuda generada en años anteriores; en el año 2003, se suspendió en varios períodos [...]*”. No se especificaron las fechas en las que se reanudó el suministro de energía eléctrica. Sin embargo, es claro que este no pudo restablecerse después del 31 de diciembre del 2003. Siendo así esta fecha anterior a aquella en la que se reanudó el suministro de explosivos, la Sala tomará el día siguiente a esta última fecha, como punto inicial del conteo de la caducidad para las pretensiones que tienen por objeto la declaración de la ocurrencia de eventos de fuerza mayor que imposibilitaron el cumplimiento del contrato de operación minera de 30 de junio de 1995 por parte de Esmeracol, de conformidad con lo establecido en el artículo 136.10 del CCA⁷⁷. La caducidad debía comenzar a contarse, entonces, a partir del 13 de marzo del 2004, por lo que operó el 13 de marzo de 2006. La demanda fue instaurada el 23 de febrero de 2006. Por lo tanto, **la Sala declarará que la acción que tuvo por objeto las pretensiones cuarta principal, quinta principal y subsidiaria, y sexta principal fue presentada oportunamente.**

La Sala advierte, por otro lado, que, si bien las circunstancias excepcionales de orden técnico y económico en la ejecución del contrato de 30 de junio de 1995 traen causa en las eventos de fuerza mayor anteriormente aludidos, tales circunstancias excepcionales constituyen, *per se*, el motivo de la petición de reajuste del equilibrio prestacional de dicho contrato y de compensación de las pérdidas sufridas. Como lo ha establecido la jurisprudencia contencioso-administrativa, la ocurrencia de sucesos que imponen condiciones excesivamente gravosas a una de las partes contratantes, da lugar a la recomposición del equilibrio económico del contrato, mientras que los eventos de fuerza mayor, que imposibilitan la ejecución contractual, determinan la irresponsabilidad de la parte frente al cumplimiento del contrato⁷⁸. Se trata así de supuestos fácticos y consecuentes jurídicos diferentes, por lo que el motivo de la solicitud de declaración de irresponsabilidad de Esmeracol por fuerza mayor, es distinto al motivo de la petición de reajuste del equilibrio contractual. Las circunstancias que dieron lugar a esta última solicitud se extendieron –según la actora– hasta, al menos, el momento en el que fue presentada la demanda. Por lo tanto, la Sala juzga que **las pretensiones cuarta**

⁷⁴ Folio 67 del cuaderno 1, numeral 68º.

⁷⁵ Resolución 003 del 12 de marzo de 2004, proferido por el Segundo Comandante y Jefe de Estado Mayor de la Primera Brigada del Ejército Nacional, por la cual se levantó la suspensión a la venta de materiales explosivos y accesorios a Esmeracol, ordenada mediante la Resolución 002 del 17 de febrero de 2003 (folios 1559 y 1560 del cuaderno 6).

⁷⁶ Folio 73 del cuaderno 2.

⁷⁷ CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. “Artículo 136. [...] 10. *En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento*”.

⁷⁸ “*En presencia de la teoría de la imprevisión, la prestación contractual se cumple en condiciones gravosas para el contratista y ello determina su derecho a que se restablezca la ecuación financiera del contrato. || En cambio, la fuerza mayor determina la irresponsabilidad del contratista frente a la no ejecución del objeto contratado, sin que ello comporte indemnización o compensación a su favor. || Se tiene así que la ocurrencia de la fuerza mayor impone demostrar que el fenómeno fue imprevisible y que no permitió la ejecución del contrato, en tanto que en la teoría de la imprevisión debe probarse que el hecho exógeno e imprevisible no impidió la ejecución del contrato, pero hizo más oneroso el cumplimiento de las obligaciones para el contratista, porque tuvo que incurrir en gastos necesarios para contrarrestar los efectos impeditivos del fenómeno presentado*”. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia de 22 de julio de 2009, exp. 14389.



subsidiaria, y tercera y cuarta subsidiaras a la sexta principal, se encontraban vigentes en el momento en el que la demanda fue presentada.

En las **pretensiones decimoprimer y decimosegunda principales**, la sociedad demandante solicita que se declare la nulidad de la Resolución SFOM-154 de 15 de diciembre de 2005 y que, como consecuencia de ello, se condene al Ingeominas a restituir cualquier suma que, como efecto de dicha resolución se hubiera pagado. Esta Corporación ha señalado que, de conformidad con el artículo 136.10 del CCA, en casos en los que se pretenda la nulidad de actos administrativos dictados con ocasión de la actividad contractual, el término de caducidad de la acción de controversias contractuales será de dos (2) años, contados desde el momento de su comunicación, notificación o publicación. En el *sub judice*, el acto administrativo cuya nulidad se deprecia fue proferido el 15 de diciembre de 2005 y la demanda fue presentada el 23 de febrero de 2006. Por ende, **la Sala encuentra que la acción que tenía por objeto las pretensiones decimoprimer y decimosegunda principales se encontraba vigente al momento de presentación de la demanda.**

3.1.2.8.- A través de las **pretensiones decimotercera y decimocuarta principales**, Esmeracol busca que se declare que, con la ocupación por gUAQUEROS y aparceros del área del contrato 122-95M, la autoridad minera incumplió la cláusula 4ª del contrato de operación minera de 7 de diciembre de 1981 y que, en consecuencia, se condene a esta última el resarcimiento de los perjuicios ocasionados a la accionante. En el escrito introductorio no es específica el tiempo durante el cual se produjo dicha ocupación. Sin embargo, el señor Gilberto Rodríguez Muñoz, quien fue llamado a declarar a este proceso, para que, depusiera sobre “[l]a problemática social, política y de seguridad que se vive en la Región del Occidente de Boyacá y en concreto en la zona de influencia del contrato 122/95”, manifestó, en audiencia que se desarrolló el 13 de agosto de 2007, lo siguiente:

“PREGUNTADO: Sírvase poner en conocimiento en [sic] que consiste la gUAQUERÍA. CONTESTADO: consiste en una serie de personal que hacen trabajos clandestinos en el sector que tiene en arriendo la empresa ESMERACOL. PREGUNTADO: Sírvase informar si cuando se le entregó a ESMERACOL la zona concesionada había gUAQUEROS en la zona. CONTESTADO: siempre ha habido gUAQUEROS en la zona desde que lo entregaron y actualmente hay todavía” (énfasis añadido)⁷⁹.

Por lo tanto, la ocupación por gUAQUEROS a la zona del contrato 122-95M, con la que –según la actora– la autoridad minera incurrió en responsabilidad contractual, es un fenómeno continuado, sobre el cual existen evidencias de que se prolongó, al menos, hasta el momento de presentación de la demanda. Siendo este el motivo de la inconformidad reclamada en las **pretensiones decimotercera y decimocuarta principales**, **la Sala concluye que, en los términos del artículo 136.10 del CCA, la acción que tenía por objeto dichas pretensiones se encontraba vigente cuando fue interpuesta la demanda.**

3.1.2.9.- Con la **pretensión decimoquinta principal**, la firma accionante pide que la situación irregular de los gUAQUEROS y aparceros ocupantes del área del contrato de operación minera 122-95M sea reconocida como excusa al incumplimiento de sus obligaciones contractuales. La Sala nota que los hechos que motivaron esta solicitud son los mismos que dieron lugar a las pretensiones decimotercera y decimocuarta principales. Evidenciándose, como se expuso anteriormente, que se trata de un fenómeno continuado que se extendió hasta el momento en el que se presentó la demanda, **esta Subsección determina que la acción que tenía por**

⁷⁹ Folio 301 del cuaderno 1.



objeto la pretensión decimoquinta principal no había caducado cuando fue interpuesta la demanda.

3.1.2.10.- En la **pretensión subsidiaria a la decimoquinta principal**, la demandante deprecia que se declare que los cortes de energía eléctrica constituyeron un caso ajeno a la voluntad de la actora, y que, en consecuencia, el contrato 122-95M fue objeto de suspensión por el tiempo en que se produjeron los cortes de energía, por lo que, por ese período, la autoridad minera no podía realizar cobro alguno a la actora. Vale decir, que se declare que la entidad minera concedente no puede facturar el valor de las contraprestaciones pactadas en el contrato 122-95M, mientras dure la incertidumbre sobre las condiciones de ejecución del contrato.

La Sala observa que **los cobros** efectuados durante el período en el que se produjeron los cortes de energía –y, en los que consecuentemente, estaría suspendido el contrato 122-95M– constituyen el hecho que dio lugar a esta súplica. Por lo tanto, conforme a lo establecido en el artículo 135.10 del CCA⁸⁰, en línea con la jurisprudencia contencioso-administrativa⁸¹, el término de caducidad será contado desde el momento en el que el actor tuvo conocimiento de tales cobros.

Esmeracol no precisó el lapso en el que se presentaron los mencionados cortes de energía. Sin embargo, según el oficio del jefe del Departamento Zona Occidente de la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. número 53030-223 del 29 de julio de 2004⁸², “[...] en marzo del 2002 se le suspendió el servicio por deuda generada en años anteriores; en el año 2003, se suspendió en varios períodos [...]”. En dicho oficio, no se especificaron las fechas en las que se reanudó el suministro de energía eléctrica. Sin embargo, es claro que los cortes de energía eléctrica cesaron antes del treinta y uno (31) de diciembre de dos mil tres (2003).

Conforme a los documentos obrantes en el expediente que a continuación se relacionan, por las obligaciones generadas entre marzo de dos mil dos (2002) y diciembre de dos mil tres (2003) se produjeron los siguientes cobros:

| NÚMERO DE FACTURA | UBICACIÓN | FECHA DE EMISIÓN | OBSERVACIONES |
|--------------------|-------------|---------------------|---|
| 2957 ⁸³ | F. 19, c. 2 | 18 de junio de 2002 | Canon superficiario, segundo trimestre de dos mil dos (2002). |
| 2958 | F. 18, c. 2 | 28 junio 2002 | Administración, segundo (2º) semestre de dos mil dos (2002). |
| 3317 | F. 16, c. 2 | 18 noviembre 2002 | Canon superficiario, tercer (3er) trimestre de dos mil dos (2002). |
| 3318 | F. 17, c. 2 | 18 noviembre 2002 | Administración, tercer (3er) trimestre de dos mil dos (2002). |
| 3385 | F. 13, c. 2 | 5 diciembre 2002 | Canon superficiario, cuarto (4º) trimestre de dos mil dos (2002). |
| 3442 | F. 12, c. 2 | 5 diciembre 2002 | Administración, cuarto (4º) trimestre de dos mil dos (2002). |
| 3625 | F. 25, c. 2 | 11 marzo 2003 | Canon superficiario, primer (1er) trimestre de dos mil tres (2003). |
| 3626 | F. 24, c. 2 | 11 marzo 2003 | Administración, primer (1er) trimestre de dos mil tres (2003). |

⁸⁰ “En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años, que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento”.

⁸¹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Autos de 12 de diciembre de 2007, (exp. 33.582), del septiembre 4 de 2008, (exp. 35.015), del 15 de diciembre de 2012 (exp. 40425) y del 30 de agosto de 2018 (exp. 58225), entre otras.

⁸² Folio 73 del cuaderno 2.

⁸³ Este documento fue referido en la demanda como factura núm. 2975 (f. 17, c. 1). No obstante, coincide en la fecha, monto y concepto con la factura referida en la demanda.



| | | | |
|------|-------------|---------------|---|
| 3788 | F. 23, c. 2 | 12 mayo 2003 | Canon superficiario, segundo (2º) trimestre de dos mil tres (2003) |
| 3789 | F. 22, c. 2 | 12 mayo 2003 | Administración, segundo (2º) trimestres de dos mil tres (2003). |
| 3859 | F. 21, c. 2 | 17 junio 2003 | Canon superficiario, tercer (3er) trimestre de dos mil tres (2003). |
| 3860 | F. 20, c. 2 | 17 junio 2003 | Administración, tercer (3er) trimestre de dos mil tres (2003). |

Esta Judicatura nota que la factura número tres mil ochocientos cincuenta y nueve (3859) tiene sello con firma de recibido de Esmeracol con fecha del nueve (9) de julio de dos mil tres (2003), mientras esta misma constancia de recibo de la factura número tres mil ochocientos sesenta (3860) tiene fecha del nueve (9) de julio de dos mil tres (2003).

La caducidad de la acción que tenía por objeto la pretensión subsidiaria a la decimoquinta principal, por los cobros efectuados con las facturas número tres mil ochocientos cincuenta y nueve (3859), y tres mil ochocientos sesenta (3860) acaeció el diez (10) de abril de dos mil cinco (2005), con respecto a la primera factura, y el diez (10) de julio de dos mil cinco (2005). Por tanto, al haberse presentado la demanda el veintitrés (23) de febrero de dos mil seis (2006), **la Sala concluye que, con respecto a la pretensión subsidiaria a la decimoquinta principal por los cobros efectuados con las facturas número tres mil ochocientos cincuenta y nueve (3859), y tres mil ochocientos sesenta (3860) acaeció el diez (10) de abril de dos mil cinco (2005), operó el fenómeno de la caducidad.**

No ocurre lo mismo con las demás facturas, lo que impide determinar con certeza que hubieran sido recibidas por Esmeracol –que lo niega– en un momento determinado. En consecuencia, al desconocerse el momento en el que la actora tuvo conocimiento del hecho generador del daño, esta Subsección considera que **no operó la caducidad de la pretensión subsidiaria a la decimoquinta principal por los cobros efectuados con las facturas número dos mil novecientos cincuenta y siete (2957), tres mil trescientos diecisiete (3317), dos mil novecientos cincuenta y ocho (2958), tres mil trescientos diecisiete (3317), tres mil trescientos dieciocho (3318), tres mil trescientos ochenta y cinco (3385), tres mil cuatrocientos cuarenta y dos (3442), tres mil seiscientos veinticinco (3625), tres mil seiscientos veintiséis (3626), tres mil setecientos ochenta y ocho (3788), y tres mil setecientos ochenta y nueve (3789).**

3.1.2.11.- Con la **pretensión séptima principal**, la sociedad actora busca que se declare que la demandada no podía facturar las contraprestaciones a cargo de Esmeracol, derivadas del contrato 122-95M. Mientras que las **pretensiones primera, segunda y tercera subsidiarias a las pretensiones principales tercera a décima, así como a sus pretensiones subsidiarias**, van dirigidas a conseguir la nulidad, inoponibilidad o reliquidación de las facturas número 2975, 2958, 3317, 3318, 3385, 3442, 3625, 3626, 3788, 3789, 3859, 3860, 4199 y 4200.

Conforme a los razonamientos expuestos en el apartado anterior y teniendo en cuenta que en el expediente no obran las facturas número cuatro mil ciento noventa y nueve (4199), ni cuarenta y dos mil (4200), resulta forzoso concluir que **fue ejercida en tiempo la acción relativa a la pretensión séptima principal, así como las pretensiones primera, segunda y tercera subsidiarias a las pretensiones principales tercera a décima, y a sus pretensiones subsidiarias, en lo relativo a las facturas número dos mil novecientos cincuenta y siete (2957), tres mil trescientos diecisiete (3317), dos mil novecientos cincuenta y**



ocho (2958), tres mil trescientos diecisiete (3317), tres mil trescientos dieciocho (3318), tres mil trescientos ochenta y cinco (3385), tres mil cuatrocientos cuarenta y dos (3442), tres mil seiscientos veinticinco (3625), tres mil seiscientos veintiséis (3626), tres mil setecientos ochenta y ocho (3788), y tres mil setecientos ochenta y nueve (3789).

3.1.3. Legitimación en la causa.

3.1.3.1.- Esmeracol suscribió, en calidad de “operador”, los contratos de operación minera de 7 de diciembre de 1981⁸⁴ y de 30 de junio de 1995⁸⁵, con fundamento en los cuales exige la responsabilidad contractual de la demandada, así como el restablecimiento del equilibrio económico. En desarrollo de éste último contrato, se emitió la Resolución del Subdirector de Fiscalización y Ordenamiento Minero del Ingeominas SFO-154 del 15 de diciembre de 2005⁸⁶, de la cual fue destinataria Esmeracol, cuya nulidad solicita. Por lo tanto, **Esmeracol se encuentra legitimada en la causa por activa.**

3.1.3.2.- **El Ingeominas, a su vez, se encuentra legitimado en la causa por activa**, debido a que el Ministerio de Minas, que es la autoridad minera⁸⁷, está facultada para delegar sus funciones⁸⁸⁻⁸⁹ y, a través de la Resolución 18-0073 del 27 de enero de 2004⁹⁰, reasumió las funciones que habían sido delegadas a Minercol mediante las Resoluciones números 18-1130 del 7 de septiembre de 2001 y 18-0921 del 6 de septiembre de 2002 (art. 1º). El Ministerio de Minas, a su vez, delegó en el Ingeominas⁹¹ las funciones que como autoridad minera y concedente le confería la Ley 685 de 2001, por medio de la Resolución 18-0074 de 2004 (art. 1º), con excepción de algunas funciones en ésta enumeradas, dentro de las cuales no se encuentra la de administrar y recaudar las contraprestaciones económicas derivadas de la explotación minera⁹², ni las de fiscalización y vigilancia de la ejecución de los contratos mineros⁹³. Así pues, tras la supresión de Minercol que,

⁸⁴ Folios 27 a 35 del cuaderno 2.

⁸⁵ Folios 294 a 299 del cuaderno 2. También se encuentra copia simple a folios 47 a 49 del cuaderno 2.

⁸⁶ Folios 1853 a 1856 del cuaderno 7; y 8 a 11 del cuaderno 2.

⁸⁷ CÓDIGO DE MINAS. “Artículo 9º.- Delegación. Las autoridades administrativas, en virtud de lo dispuesto en la Constitución Política y de conformidad con la presente Ley, podrán mediante acto de delegación, transferir el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades, con funciones afines o complementaria.”.

⁸⁸ LEY 489 DE 1998. “Artículo 14.- Delegación entre entidades públicas. La delegación de las funciones de los organismos y entidades administrativas del orden nacional efectuada en favor de entidades descentralizadas o entidades territoriales deberá 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”.

⁸⁹ CÓDIGO DE MINAS. “Artículo 324. Sistemas y métodos. La autoridad minera, al hacer delegación de funciones en las demás autoridades, acordará con estas la adopción de sistemas y ayudas técnicas de operación y comunicación que garanticen un eficiente desempeño de las funciones delegadas y un permanente y completo flujo de mutua información. Será responsabilidad de dicha autoridad minera que las funciones delegadas sean ejecutadas bajo los principios de legalidad, celeridad, economía y eficacia”.

⁹⁰ Folios 68 a 69 del cuaderno 3.

⁹¹ El Ingeominas estaba habilitado para “[e]jercer las funciones de autoridad minera que le sean delegadas”, conforme al numeral 11º del artículo 5º del Decreto del Ministerio de Minas y Energía número 252 de 2004.

⁹² CÓDIGO DE MINAS. “Artículo 317. Autoridad Minera. Cuando en este Código se hace referencia a la autoridad minera o concedente, sin otra denominación adicional, se entenderá hecha al Ministerio de Minas y Energía o en su defecto a la autoridad nacional, que de conformidad con la organización de la administración pública y la distribución de funciones entre los entes que la integran, tenga a su cargo la administración de los recursos mineros, la promoción de los aspectos atinentes a la industria minera, la administración del recaudo y distribución de las contraprestaciones económicas señaladas en este Código, con el fin de desarrollar las funciones de titulación, registro, asistencia técnica, fomento, fiscalización y vigilancia de las obligaciones emanadas de los títulos y solicitudes de áreas mineras”.

⁹³ CÓDIGO DE MINAS. “Artículo 318. Fiscalización y vigilancia. La autoridad minera directamente o por medio de los auditores que autorice, ejercerá la fiscalización y vigilancia teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 279 de este Código, de la forma y condiciones en que se ejecuta el contrato de concesión tanto por los aspectos técnicos como por los operativos y ambientales, sin perjuicio de que sobre estos últimos la autoridad ambiental o sus auditores autorizados, ejerzan igual vigilancia en cualquier tiempo, manera y oportunidad”.



con el Decreto 254 del 28 de enero de 2004 se produjo, el Ingeominas pasó a ser la autoridad minera a cargo de la administración y recaudo de las contraprestaciones derivadas de los contratos mineros, así como de la fiscalización y vigilancia de las obligaciones de éstos emanadas.

La Sala advierte además, que al proceso acudió la abogada Lina Paulina Orcasita Celedón, en representación de la ANM⁹⁴, agencia a la cual el Decreto-Ley 4134 de 2011 le atribuyó las funciones de: (i) "*autoridad minera o concedente en el territorio nacional*"; (ii) "*[a]dministrar los recursos minerales del Estado y conceder derechos para su exploración y explotación*"; (iii) "*[p]romover, celebrar, administrar y hacer seguimiento a los contratos de concesión y demás títulos mineros para la exploración y explotación de minerales de propiedad del Estado cuando le sea delegada esta función por el Ministerio de Minas y Energía de conformidad con la ley*; y (iv) "*[l]iquidar, recaudar, administrar y transferir las regalías y cualquier otra contraprestación derivada de la explotación de minerales, en los términos señalados en la ley*" (núm. 1º, 2º, 3º y 8º del artículo 4º). En el Decreto-Ley 4134 de 2011 se estableció además un régimen de transición, bajo el cual el Ingeominas continuaría ejerciendo las funciones que se le había delegado, durante un período de seis (6) meses, el cual concluyó el 3 de mayo de 2012⁹⁵. Tras ello, los contratos en curso pasarían a ejecutarse por la ANM⁹⁶. Por lo tanto, **la Sala reconocerá que, de conformidad con el artículo 60 del CPC⁹⁷, la ANM es sucesora procesal del Ingeominas.**

3.1.3.3.- De acuerdo con lo previamente establecido en esta providencia, al Ingeominas se le habían atribuido las funciones de administración y recaudo de las contraprestaciones derivadas de los contratos mineros, así como de la fiscalización y vigilancia de las obligaciones de estos derivados, en el momento en que se expidió la Resolución SFO-154 del 15 de diciembre de 2005, cuya nulidad acusa la sociedad demandante.

Aparte, el artículo 27 del Decreto 254 de 2004 dispuso expresamente que los contratos que hubiera suscrito y ejecutara Minercol en ejercicio de funciones delegadas por el Ministerio de Minas y Energía, así como los recursos asignados a ellos no formaban parte de Minercol Ltda. en Liquidación, los cuales serían subrogados a la entidad que dicho ministerio determinara, la cual –de acuerdo con lo anterior– es el Ingeominas⁹⁸. La suscripción de tales contratos, así como la

⁹⁴ Su personería jurídica fue reconocida con auto de 22 de febrero de 2017, visible a folio 850 del CUADERNO PRINCIPAL.

⁹⁵ DECRETO-LEY 4134 DE 2011. "Artículo 19. Régimen de Transición. El Servicio Geológico Colombiano seguirá ejerciendo todas las funciones, incluyendo aquellas en materia minera que por competencia directa o por delegación se le habían asignado al Instituto Colombiano de Geología y Minería– Ingeominas, hasta que entre en operación la Agencia Nacional de Minería–ANM, lo cual deberá ocurrir dentro de los seis (6) meses siguientes a la expedición del presente Decreto. || El Presidente de la Agencia Nacional de Minería–ANM, deberá adelantar de manera inmediata las medidas administrativas necesarias para el cumplimiento de las funciones asignadas en el presente decreto que entrará a regir dentro de los seis (6) meses siguientes a la expedición del presente decreto".

⁹⁶ DECRETO-LEY 4134 DE 2011. "Artículo 20. Subrogación de Contratos. El Servicio Geológico Colombiano deberá identificar los contratos, convenios, acuerdos y procesos de contratación en curso que por su objeto deban ser ejecutados por la Agencia Nacional de Minería, ANM. Para tal efecto los Representantes Legales de las dos Entidades suscribirán un acta que contenga la relación de los mismos, y formalizarán las respectivas subrogaciones en un tiempo no superior a seis (6) meses contados desde la fecha en que entre en operación la Agencia Nacional de Minería, ANM".

⁹⁷ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. "Artículo 60. Sucesión procesal. [...] Si en el curso del proceso sobreviene la extinción de personas jurídicas o la fusión de una sociedad que figure como parte, los sucesores en el derecho debatido podrán comparecer para que se les reconozca tal carácter. En todo caso, la sentencia producirá efectos respecto de ellos aunque no concurren".

⁹⁸ DECRETO 254 DE 2004. "Artículo 27. Bienes y recursos excluidos del patrimonio a liquidar. No forman parte del patrimonio de la Empresa Nacional Minera Ltda. en Liquidación, Minercol Ltda. en Liquidación: [...] 7. Los contratos, convenios y proyectos que Minercol Ltda. haya suscrito y ejecute en ejercicio de las funciones delegadas por el Ministerio de Minas y Energía, así como los recursos a ellos asignados, los cuales serán



vigilancia de las obligaciones de éstos emanadas y el cobro de las contraprestaciones económicas a que dieran lugar se encontraban en cabeza del Ministerio de Minas y Energía, como autoridad minera o concedente, conforme al artículo 317 del Código de Minas.

El artículo 27 del Decreto 254 de 2004 excluyó así expresamente de la masa de la liquidación de Minercol las acreencias provenientes de los contratos mineros que vinieran ejecutándose, como el 122-95M. Por lo tanto, no cabe afirmar –como lo hace la demandante– que contrato formara parte de dicha masa, conforme a lo establecido en el artículo 26 del Decreto 254 de 2004⁹⁹, que es la disposición en la que se definía, con carácter general, la masa de la liquidación, a la cual se aplica la excepción contenida en el artículo 27 precitado. La suscripción de tales contratos, la vigilancia de las obligaciones de ellos emanadas y el cobro de las contraprestaciones económicas a que dieran lugar estaban en cabeza del Ministerio de Minas y Energía, el cual había delegado tales funciones a Minercol, a través de las Resoluciones 18-1130 de 2001 y 18-0921 de 2002. Por ende, dicho ministerio estaba en capacidad de reasumir tales funciones administrativas y delegarlas nuevamente a otra entidad, como lo hizo a través de la Resolución 18-0073 de 2004, con el consiguiente traspaso de los derechos contractuales a que hubiera lugar.

Al haberse excluido, del patrimonio de Minercol Ltda. en Liquidación, los contratos mineros en ejecución y los recursos a ellos asignados, se excluyó así mismo de las funciones del Gerente General de Minercol Ltda. en Liquidación todo lo relacionado con la fiscalización, vigilancia, administración y recaudo de las contraprestaciones derivadas de tales contratos, sobre lo cual tenía competencia el Ingeominas, conforme al artículo 5.11 del Decreto 252 de 2004 y el artículo 1º de la Resolución 18-0074 de 2004.

Tampoco cabe argüir –como lo hace la sociedad actora– que, al momento de la expedición de la Resolución SFOM-154 de 2005 no se había presentado una subrogación de la posición contractual, debido a que el artículo 28 del Decreto 254 de 2004 establecía que una vez finalizada la liquidación de Minercol, y no antes, sus derechos y obligaciones serían transferidos al Ministerio de Minas y Energía, y la liquidación no había culminado aún. La Sala advierte que el artículo 28 del Decreto 254 de 2004¹⁰⁰ hacía referencia a los bienes y derechos que formaban parte del patrimonio de Minercol Ltda. en Liquidación, que son los que entraban en la liquidación de dicha empresa. Sin embargo, la subrogación de los contratos, como el 122-95M, operó por disposición legal directa y expresa, como se explicó anteriormente.

Así pues, al no debatirse en el asunto de autos un interés sustancial en cabeza Minercol Ltda. en Liquidación, la Sala concluye que no está legitimada en la causa por pasiva.

subrogados a la entidad que el Ministerio de Minas y Energía determine. Minercol Ltda. en Liquidación y el subrogatario, adelantarán todas la actuaciones necesarias para dar cumplimiento a lo aquí previsto".

⁹⁹ DECRETO 254 DE 2004. "Artículo 26. Masa de la liquidación. Integran la masa de la liquidación todos los bienes, las utilidades, rendimiento financieros generados de recursos propios y cualquier tipo de derecho patrimonial que ingrese o deba ingresar a la Empresa Nacional Minera Ltda., en Liquidación, Minercol Ltda. en Liquidación, con excepción de los bienes previstos en el presente Decreto y en el artículo 21 del Decreto-ley 254 de 2000".

¹⁰⁰ DECRETO 254 DE 2004. "Artículo 28. Traspaso de bienes, derechos y obligaciones. Una vez finalizada la liquidación de la Empresa Nacional Minera Ltda. en Liquidación, Minercol Ltda. en Liquidación, los bienes, derechos y obligaciones serán transferidos a la Nación - Ministerio de Minas y Energía. El Liquidador realizará oportunamente los actos que sean necesarios para el traspaso de esos activos, pasivos, derechos y obligaciones, si a ello hubiere lugar, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 35 del Decreto-ley 254 de 2000".



3.2. Acervo probatorio.

La Sala —en este apartado— enunciará las pruebas conducentes, pertinentes y que le permitan llegar a la certidumbre requerida para resolver el objeto del litigio¹⁰¹, del cual han quedado descartadas aquellas pretensiones sobre las cuales operó la caducidad. Se trata, entonces, de establecer si: (i) al no haberse ejecutado la obligación de administración convenida en el contrato de operación minera 155-95M, la entidad contratante no tenía derecho al cobro de la contraprestación económica convenida por ese rubro, y consecuentemente debe devolverse lo pagado; (ii) la suspensión del suministro de explosivos y de energía eléctrica a Esmeracol constituyen circunstancias de fuerza mayor, que imposibilitaron la ejecución del contrato minero 122-95M; (iii) el cese de actividades en las minas cubiertas por dicho negocio jurídico, como consecuencia de los eventuales hechos de fuerza mayor previamente mencionados, generó unas circunstancias técnicas y económicas excepcionales, que dan lugar al reajuste del equilibrio económico del contrato minero 122-95M; (v) la Resolución SFOM-154 de 15 de diciembre de 2005 es nula, por las razones alegadas; (vi) el área comprendida por el contrato 122-95M fue ocupada por aparceros y gUAQUEROS, lo que constituye un incumplimiento contractual por parte de la autoridad minera o permite excusar el cumplimiento de las obligaciones en cabeza de Esmeracol; y si (vii) resulta procedente la declaración de la nulidad, inoponibilidad o la reliquidación de las facturas número 2957, 2958, 3317, 3318, 3385, 3442, 3625, 3626, 3788 y 3789.

3.2.1. Prueba documental:

Las pruebas documentales que aquí se estudiarán y valorarán son aquellas que fueron aportadas y allegadas dentro de las oportunidades procesales correspondientes, como lo establece el artículo 174 del Código de Procedimiento Civil (CPC), el cual dispone que “[t]oda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso”.

Al proceso se aportaron documentos en original, o copia auténtica o simple. De conformidad con lo dispuesto en los numerales 1º y 2º del artículo 254 del CPC¹⁰², las copias allegadas al expediente se reputarán auténticas por la Sala, debido a que su autenticidad fue verificada por notario, o por el Ingeominas o por la Empresa de Energía Eléctrica de Boyacá S.A. E.S.P., previa orden judicial, emitida por el *a quo*, mediante auto de 13 de junio de 2007¹⁰³.

¹⁰¹ “La conducencia se refiere a la aptitud legal o jurídica de la prueba para convencer al juez sobre el hecho a que se refiere. La pertinencia trata de la importancia y relación entre los hechos que se pretenden demostrar o desvirtuar. La utilidad consiste en la necesidad de que la prueba sea útil para ayudar a obtener la convicción del juez respecto de los hechos que interesan al proceso” (subrayado fuera del texto). CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección A. Auto de 22 de marzo de 2013, exp. 45426. “1.1. La prueba judicial es un medio procesal que permite llevar al juez el convencimiento de los hechos que son materia u objeto del proceso y, por tanto, le permite tomar una decisión fundada en una determinada realidad fáctica. || 1.2. De acuerdo con el artículo 168 del Código Contencioso Administrativo, en los procesos tramitados ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa se aplicarán las normas del Código de Procedimiento Civil que regulan la admisibilidad de los medios de prueba, la forma de practicarlas y los criterios de valoración. En virtud del principio de la necesidad de la prueba, las pruebas aportadas a un proceso dentro de las oportunidades legalmente establecidas, deben llevar al juez al grado de convencimiento suficiente para que pueda solucionar el problema objeto de litigio. Por ello, las pruebas deben ser pertinentes y conducentes. Conducentes, porque el medio probatorio es idóneo para demostrar el hecho que se alega; pertinentes, porque el hecho que se pretende demostrar es determinante para resolver el problema jurídico” (énfasis añadido). CONSEJO DE ESTADO, Sección Cuarta. Auto de 10 de abril de 2014, exp. 20074.

¹⁰² CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. “Artículo 254. Valor probatorio de las copias. Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, en los siguientes casos: || 1. Cuando hayan sido autorizadas por notario, director de oficina administrativa o de policía, o secretario de oficina judicial, previa orden del juez, donde se encuentre el original o una copia autenticada. || 2. Cuando sean autenticadas por notario, previo cotejo con el original o la copia autenticada que se le presente”.

¹⁰³ Folios 241 a 243 del cuaderno 1.



Aquellos documentos que se hubiesen aportado en copia simple, se presumirán auténticos, sin necesidad de presentación personal ni autenticación, conforme al artículo 11 de la Ley 1395 de 2010 y la jurisprudencia unificada de la Sección Tercera del Consejo de Estado¹⁰⁴⁻¹⁰⁵.

3.2.1.1.- Copia auténtica del **acuerdo de Ecominas número 65 de 2 septiembre de 1981**¹⁰⁶, con el que se autorizó al gerente general de dicha empresa, a suscribir nuevos contratos de operación con unas sociedades, dentro de las que figura Esmeracol.

3.2.1.2.- Copia auténtica de la **escritura pública número 2335 de siete (7) de diciembre de 1981**¹⁰⁷ suscrita por representantes de Ecominas y Esmeracol, con la cual se formalizó el contrato de operación minera sobre un área de aproximadamente 73 hectáreas, ubicada en la reserva especial de Muzo – Coscuez (Boyacá). En este documento consta que el 6 de octubre de 1977, los suscribientes habían firmado un contrato de operación minera sobre un área de 220 hectáreas, el cual no se ejecutó con normalidad, por lo que Esmeracol solicitó su revisión.

El objeto del contrato, según la cláusula 1ª, consiste en otorgar a Esmeracol “[...] *el derecho temporal y exclusivo a explorar y explotar, a nombre de la Empresa [Ecominas], el subsuelo potencialmente esmeraldífero [...] que hace parte de la inicialmente contratada con la misma sociedad [...]*”. Su vigencia es de seis (6) años, prorrogable hasta por seis (6) años más, por solicitud de Esmeracol con la que, conforme a la cláusula 10ª, “[...] *las partes acordarán las nuevas contraprestaciones económicas que habrán de regir durante las respectivas prórrogas*”

En las cláusulas 3ª y 4ª se convino que: Ecominas no quedaba obligada a reconocer contraprestación alguna, en caso de que sobre el área del contrato se hubieran reconocido o llegaran a reconocerse derechos; y que Esmeracol se obligaba a permitir la permanencia de los aparceros y ocupantes reconocidos “[...] *hasta tanto, y mediante su colaboración, LA EMPRESA [Ecominas] no logre definir la situación de éstos en cuanto a su permanencia en tal lugar*”.

En la cláusula 9ª se pactó que Esmeracol sería propietaria de la producción de esmeraldas que obtuviera en razón de sus trabajos en el área del contrato, por lo que Ecominas como titular de los yacimientos, recibiría las siguientes contraprestaciones: **(i)** regalías equivalentes al 23% de la producción bruta, avaluadas por dos (2) peritos, destinadas al departamento de Boyacá y municipios,

¹⁰⁴ “El anterior paradigma, como se señaló, fue recogido por las leyes 1395 de 2010, 1437 de 2011, y 1564 de 2012, lo que significa que el espíritu del legislador, sin anfibología, es modificar el modelo que ha imperado desde la expedición de los Decretos leyes 1400 y 2019 de 1970. En otros términos, a la luz de la Constitución Política negar las pretensiones en un proceso en el cual los documentos en copia simple aportados por las partes han obrado a lo largo de la actuación, implicaría afectar -de modo significativo e injustificado- el principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, así como el acceso efectivo a la administración de justicia (arts. 228 y 229 C.P.). Lo anterior no significa que se estén aplicando normas derogadas (retroactividad) o cuya vigencia se encuentra diferida en el tiempo (ultractividad), simplemente se quiere reconocer que el modelo hermenéutico de las normas procesales ha sufrido cambios significativos que permiten al juez tener mayor dinamismo en la valoración de las pruebas que integran el acervo probatorio, para lo cual puede valorar documentos que se encuentran en copia simple y frente a los cuales las partes han guardado silencio, por cuanto han sido ellas mismas las que con su aquiescencia, así como con la referencia a esos documentos en los actos procesales (v.gr. alegatos, recursos, etc.) los convalidan, razón por la que, mal haría el juzgador en desconocer los principios de buena fe y de lealtad que han imperado en el trámite, con el fin de adoptar una decisión que no refleje la justicia material en el caso concreto o no consulte los postulados de eficacia y celeridad” (subrayado añadido). CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2013, exp. 25.022, M.P. Enrique Gil Botero.

¹⁰⁵ El Consejero de Estado Guillermo Sánchez Luque no comparte este criterio jurisprudencial, sin embargo lo respeta y acoge. Los argumentos de la inconformidad se encuentran consignados en la aclaración de voto a la sentencia del 22 de octubre de 2015, Rad. 26.984.

¹⁰⁶ Folio 73 del cuaderno 7 A.

¹⁰⁷ Folios 27 a 35 del cuaderno 2.



de conformidad con el artículo 2º del Decreto 1244 de 1974 (cláusula 11ª); y, (ii) contraprestaciones económicas por un monto de \$20'175.000 anuales, durante los tres (3) primeros años del contrato (cláusula 13ª); \$21'183.750, por el cuarto (4º) año; \$22'192.500 por el quinto (5º) años; y \$23'201.250 por el sexto (6º) años (cláusula 14ª). Dentro de las anteriores sumas se incluye el 23% correspondiente a regalías (cláusula 15ª).

3.2.1.3.- Copia auténtica del **otrosí al contrato de operación minera elevado a escritura pública 2335 del siete (7) de diciembre de 1981¹⁰⁸, suscrito en 1985**, por representantes de Ecominas y Esmeracol, por medio del cual se realizaron, entre otras, las siguientes modificaciones: (i) la vigencia se pactó en diez (10) años, los cuales culminarían el 30 de junio de 1995, pudiendo prorrogarse por un lapso igual, previa solicitud de Esmeracol, con la cual se acordarían unas nuevas contraprestaciones económicas (cláusula 10ª); y (ii) el monto de las contraprestaciones económicas del contrato se fijó en \$22'242.398, el cual, a partir del segundo año de operaciones (que comenzaría el 1º de junio de 1986), se incrementaría en un 5%, con respeto al valor del año inmediatamente anterior (cláusula 13ª). Dichas suma comprenden el pago de regalías (cláusula 15ª).

En esta copia no aparecen algunas partes del texto original y, en la fecha, sólo se especifica que el documento fue firmado en mil novecientos ochenta y cinco (1985). No obstante, en la cláusula relativa a la vigencia del contrato, se especificó que esta comenzaría a contarse a partir del 1º de julio de 1985.

3.2.1.4.- Copia auténtica de la **escritura número 2458 de 31 de julio de 1985**, de la notaría 15 de Bogotá¹⁰⁹, con la que se formalizó el anterior otrosí.

3.2.1.5.- Copia auténtica de la **comunicación con fecha de entrada de 31 de marzo de 1995¹¹⁰**, con la que el Gerente General de Esmeracol informó a Mineralco que el contrato de operación minera sobre un área de 73 hectáreas, ubicado en Coscuez, vencería el 30 de junio del mismo año. Aparte, mencionó que el parágrafo 1º del artículo 17 de la Ley 141 de 1994 había dispuesto que: "*Los contratos vigentes a la promulgación de la presente Ley, se renovarán a partir de la etapa de explotación teniendo en cuenta la clasificación anterior*". Según su interpretación de dicha norma –afirmó– el contrato mencionado quedaría prorrogado por 25 años, "[...] *toda vez que al expedirse aquella [Ley 141] el contrato firmado, vigente, se beneficiaría con sus efectos*".

3.2.1.6.- Copia auténtica del **oficio 0631 del 11 de abril de 1995¹¹¹**, por medio del cual Mineralco dio respuesta a la anterior comunicación de Esmeracol y le manifestó que:

"[...] se decidió por parte de esta administración suscribir un nuevo contrato adaptándolo a las nuevas disposiciones como es la ley 99 de 1993, Ley 80 de 1993, Ley 141 de 1994, Decreto 145 del 19 de enero de 1995, Decreto 2655 de 1988 actual Código de Minas y el Estatuto de Contratación de Mineralco S.A., [sic] ésto debido a que el artículo 17, parágrafo primero no estable como [sic] imperativo la renovación a 25 años de los contratos, lo que establece como imperativo es la clasificación que se encuentra dentro de ese artículo, lo que obligatoriamente deberá tenerse en cuenta de prorrogarse el mismo.

¹⁰⁸ Folios 36 a 38 del cuaderno 7 A.

¹⁰⁹ Folios 40 a 45 del cuaderno 7 A.

¹¹⁰ Folio 909 del cuaderno 5.

¹¹¹ Folio 912 del cuaderno 5.



Por esta razón, y con el fin de llevar a cabo una contratación ajustada a derecho, Mineralco lo invita a estudiar conjuntamente los términos de esta contratación, el viernes 21 de abril de 1995, a las 11:00 A.M.”.

3.2.1.7.- Copia auténtica de **comunicación de 20 de abril de 1995**¹¹², con sello de entrada del mismo día, a través de la cual Esmeracol solicitó que se repusiera la determinación contenida en el “Acto Administrativo, Oficio No. 0631 de abril 11 de 1995, emanado de la Oficina Jurídica”¹¹³.

3.2.1.8.- Copia auténtica del **oficio 804 de 4 de mayo de 1995**¹¹⁴, con el cual el Jefe de Oficina Jurídica de Mineralco comunicó a Esmeracol que su interpretación del artículo 17 de la Ley 141 de 1994 seguía siendo la esbozada en el oficio de 20 de abril de 1995. Rechazó así los argumentos de Esmeracol, debido, entre otras, a que “[...] *ello implicaría la pérdida de la facultad por parte de Mineralco para prorrogar sus contratos o para determinar si el adecuado o inadecuado cumplimiento de los compromisos por parte del contratista pudiera ser revisado por esta entidad para la aceptación o el rechazo de una prórroga*”. No obstante – manifestó– “[...] *en aras de satisfacer su inquietud sobre este tema, me he permitido solicitar concepto a la Oficina Jurídica del Ministerio de Minas*”.

3.2.1.9.- Copia auténtica del **acto de renovación del contrato de operación contenido en la escritura pública 2335 del 7 de diciembre de 1981 suscrito entre Mineralco y Esmeracol el 30 de junio de 1995**¹¹⁵, con el objeto de otorgar a la segunda el derecho temporal y exclusivo de explorar y explotar el subsuelo potencialmente esmeraldífero en un área de aproximadamente 73 hectáreas y 3856 metros cuadrados, en el municipio de San Pablo de Borbur (Boyacá), que es la misma área definida en el contrato inicial de operación suscrito el 7 de diciembre de 1981, con la modificación efectuada el 1º de agosto de 1991 (cláusulas 1ª y 2ª).

El término del contrato es de 25 años, conforme al artículo 17 de la Ley 141 de 1994, el cual podrá darse por terminado a solicitud del operador (cláusula 3ª).

En la cláusula 4ª se establecieron las contraprestaciones económicas del contrato, de la siguiente manera:

«EL OPERADOR pagará un canon superficiario como contraprestación distinta a las regalías, por el área contratada, así: PERÍODO DE EXPLOTACIÓN.- Por cada año el valor resultante de multiplicar veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes para el período, por el número de hectáreas contratadas. ADMINISTRACIÓN DEL CONTRATO.- El operador pagará a MINERALCO S.A., por concepto de Administración del contrato y durante la vigencia del mismo, dos (2) salarios mínimos mensuales por hectárea – año, vigente al momento de su cancelación. [...] PARÁGRAFO SEGUNDO: FORMA DE PAGO.- EL OPERADOR cancelará a MINERALCO S.A., el valor correspondiente al período de explotación más el valor correspondiente a la explotación del contrato, en forma trimestral dentro de los diez (10) días siguientes al vencimiento del trimestre, en las oficinas de MINERALCO S.A., en la ciudad de Santafé de Bogotá D.C. PARÁGRAFO TERCERO.- REGALÍAS. EL CONTRATISTA cancelará por concepto de regalías correspondientes a la explotación de esmeraldas, el 1.5% del valor del material explotado que se liquidará por la Sociedad Minerales de Colombia S.A. “MINERALCO S.A.”, a favor de los beneficiarios de las mismas, conforme a la Ley 141 de 1994».

¹¹² Folios 914 a 915 del cuaderno 5.

¹¹³ Esta es una transcripción. Los errores, erratas, énfasis y mayúsculas forman parte del texto original.

¹¹⁴ Folio 916 del cuaderno 5.

¹¹⁵ Folios 294 a 299 del cuaderno 2. También se encuentra copia simple a folios 47 a 49 del cuaderno 2.



Cabe mencionar, por su relevancia para el *sub lite*, que en este acto se pactó asimismo que: **(i)** en caso de que Esmeracol se retrasara en sus pagos del canon superficiario, pagaría un interés del 3% mensual (cláusula 5ª); **(ii)** Esmeracol sería el único responsable de las actividades relacionadas con la ejecución del contrato y de sus efectos, conforme a las normas vigentes (cláusula 6ª); **(iii)** Esmeracol constituiría una garantía única de cumplimiento del contrato y prestaciones sociales, a través de una compañía de seguros, *“la cual se mantendrá vigente durante el término de y hasta la liquidación del contrato”* y *“deberá renovarse año a año por un valor equivalente al veinte por ciento (20%) de la respectiva anualidad”*; **(iv)** Esmeracol *“podrá solicitar a discreción de Mineralco, la modificación del área objeto de la presente renovación”* (cláusula 12ª); **(vii)** Mineralco podrá renunciar al contrato, siempre y cuando se encuentre al día en sus obligaciones (cláusula 14ª); **(viii)** sin perjuicio de la declaración de caducidad, Mineralco podrá imponer a Esmeracol multas sucesivas de hasta 20 salarios mínimos mensuales vigentes *“cada vez y e en cada caso por mora o incumplimiento parcial de cualquiera de las obligaciones emanadas de este contrato”* (cláusula 15ª); **(ix)** Mineralco podrá declarar la caducidad del contrato, en caso de incumplimiento de Esmeracol, *“que afecte de manera grave”* su ejecución, siguiendo el procedimiento convenido, la cual acarreará la terminación del contrato, además de las sanciones a que haya lugar (cláusulas 18ª, 19ª y 20ª); **(x)** *“[...] cuando sobrevengan el caso fortuito, la fuerza mayor o circunstancias graves e imprevisibles de orden técnico o económico, que hagan imposible o demasiado gravoso el cumplimiento de lo pactada, cualquiera de las partes podrá pedir su revisión, según lo establecido en el artículo 868 del Código de Comercio”*; **(xi)** *“[p]ara efecto de las notificaciones que MINERALCO S.A. deba hacer [sic] a al OPERADOR se remitirán a la siguiente dirección: Carrera 15 No. 92-70. Oficina 2001 de Santafé de Bogotá D.C. Así mismo, EL CONTRATISTA se compromete a dar aviso oportuno de cualquier cambio que de ésta se produzca, quedando Mineralco S.A. exonerada de toda responsabilidad por incumplimiento de esta disposición”*.

3.2.1.10.- Copia auténtica de la **factura DCT CC 126 del 2 de octubre de 1995**¹¹⁶, emitida por el jefe del departamento de crédito y tesorería de Mineralco correspondiente al trimestre comprendido entre el 1º de julio y el 1º de octubre de 1995, por un monto de \$43'640.032 por las contraprestaciones económicas pactadas, y \$4'364.003, por concepto de administración del contrato.

3.2.1.11.- Copia auténtica del **recibo de caja 5092 del 18 de octubre de 1995**¹¹⁷, en la que se dejó constancia del pago las contraprestaciones económicas del contrato 003/81 para el trimestre transcurrido entre julio y octubre de 1995, por un total de \$46'640.032, de los cuales \$4'364.003 corresponden a la cuota de administración.

3.2.1.12.- Copia auténtica de la **factura DCC177 del 29 de diciembre de 1995**¹¹⁸, emitida por el jefe del departamento de crédito y tesorería de Mineralco correspondiente al trimestre comprendido entre el 1º de octubre y el 31 de diciembre de 1995, por un monto de \$43'640.032 por las contraprestaciones económicas pactadas, y \$4'364.003, por concepto de administración del contrato.

3.2.1.13.- Copia auténtica de la **factura número 80 de 1996**¹¹⁹, emitida por el jefe del departamento de crédito y tesorería de Mineralco correspondiente al primer trimestre de 1996, por un valor de \$52'149.642 correspondiente a las

¹¹⁶ Folio 923 del cuaderno 5.

¹¹⁷ Folio 924 del cuaderno 5.

¹¹⁸ Folio 930 del cuaderno 5.

¹¹⁹ Folio 933 del cuaderno 5.



contraprestaciones económicas pactadas, y \$5'214.964, por la administración del contrato.

3.2.1.14.- Copia auténtica de la **factura número 180 del 21 de junio de 1996**¹²⁰, emitida por el jefe del departamento de crédito y tesorería de Mineralco correspondiente al segundo trimestre de 1996, por un valor de \$52'149.642 por las contraprestaciones económicas pactadas, y \$5'214.964, correspondiente a la administración del contrato.

3.2.1.15.- Copia auténtica de la **comunicación del 11 de septiembre de 1996**¹²¹, con sello de entrada de 13 de septiembre de la misma anualidad, mediante al cual **Esmeracol** puso en conocimiento de Mineralco que había considerado necesario suspender temporalmente las operaciones de la mina de Coscuez a partir del 1º de octubre, “[...] *como consecuencia de las difíciles condiciones de operación y de orden público actualmente existente en la región que impiden el normal desarrollo de la explotación minera*”. La empresa pidió tener en cuenta lo anterior, “[...] *para todas las implicaciones contractuales que de ello puedan derivarse*”.

3.2.1.16.- Copia auténtica del **oficio 1519 del 30 de septiembre de 1996**¹²², con el que Mineralco requirió a Esmeracol, para que le informara “[...] *el término de suspensión de las labores de explotación, con el fin de contratar mediante una inspección técnica al área y definir hacia el futuro las obligaciones contractuales relacionadas con la ejecución del contrato*”.

3.2.1.17.- Copia auténtica del **recibo de caja 7427 de 21 de octubre de 1996**¹²³, en la que se dejó constancia del pago de las contraprestaciones económicas del contrato 003/81 para el primer trimestre de 1996, por un total de \$55'591.518, de los cuales \$5'214.964 corresponden a la cuota de administración.

3.2.1.18.- Copia auténtica de la **factura número 269 de 23 de octubre de 1996**¹²⁴, emitida por el jefe del departamento de crédito y tesorería de Mineralco correspondiente al trimestre comprendido entre el 1º de julio y el 30 de septiembre de 1996, por un valor de \$52'149.642, por las contraprestaciones económicas pactadas, y \$5'364.606, correspondiente a la administración del contrato.

3.2.1.19.- Copia auténtica de la **comunicación del 23 de octubre de 1996**¹²⁵, con sello de recibido del mismo día, a través de la cual el **Esmeracol** pidió a Mineralco que redujera el área del contrato de operación minera a 47,03 hectáreas, en atención a “*los últimos estudios de geología y geometría del yacimiento*”.

3.2.1.20.- Copia auténtica de la **comunicación del 23 de octubre de 1996**¹²⁶, con sello de recibido del 29 de octubre de 1996, por medio de la cual **Esmeracol** puso en conocimiento de Mineralco que el 1º de octubre del mismo año se habían suspendido todas las actividades de operación y explotación de la mina de Coscuez, y que había fijado el 1º de noviembre de 1996 como fecha tentativa para reiniciar las operaciones. En consecuencia, la suspensión del contrato comprendería, inicialmente, el lapso transcurrido entre el 1º de octubre y el 1º de noviembre de 1996.

¹²⁰ Folio 935 del cuaderno 5.

¹²¹ Folio 937 del cuaderno 5.

¹²² Folio 938 del cuaderno 5.

¹²³ Folio 947 del cuaderno 5.

¹²⁴ Folios 954 y 991 del cuaderno 5.

¹²⁵ Folios 948 y 949 del cuaderno 5.

¹²⁶ Folio 952 del cuaderno 5.



3.2.1.21.- Copia auténtica de un **memorando**, sin fecha, ni firma, remitido por el **subgerente técnico (E) de Mineralco** a la secretaria del Comité de Contratación de la misma empresa, con el que le informó que, en visita realizada el 1º de noviembre de 1996, se pudo constatar la parálisis total de las operaciones mineras de Esmeracol¹²⁷.

3.2.1.22.- Copia auténtica del **memorando 2710 del 5 de noviembre de 1996**¹²⁸, mediante el cual el jefe de la **Oficina Jurídica de Mineralco** comunicó a la secretaria del Comité Técnico de Contratación, que no encontraba impedimento para acceder a la solicitud de suspensión del contrato de operación minera presentada por Esmeracol, para el período comprendido entre el 1º de octubre y el 1º de noviembre de 1996.

3.2.1.23.- Copia auténtica del **memorando 2964 del 11 de diciembre de 1996**¹²⁹, remitido por **Subgerente Técnico (E) al jefe de la Oficina Jurídica de Mineralco**, en el que, a partir de la solicitud de reducción del área de Esmeracol, definió una nueva delimitación del área contratada, la cual tenía una cabida superficial de 46 hectáreas y 3856 metros cuadrados. En atención a lo anterior, indicó que procedía la firma de un otrosí por reducción de área, requiriéndose previamente “[...] el concepto de Tesorería, referenciado al pago de las contraprestaciones económicas”.

3.2.1.24.- Copia auténtica del **memorando del Sugerente Técnico (E) de Mineralco**, con fecha y número ilegible, dirigido al Comité de Contratación de la misma entidad, en el que le manifestó que no se encontraba objeción de tipo técnico a la solicitud de reducción del área contratada con Esmeracol¹³⁰.

3.2.1.25.- Copia auténtica de la **factura número 342 del 10 de diciembre de 1996**¹³¹, emitida por el jefe del departamento de crédito y tesorería de Mineralco, la cual corresponde al trimestre comprendido entre el 1º de octubre y el 30 de diciembre de 1996, por un valor de \$52'149.642, por las contraprestaciones económicas pactadas, y \$5'214.964, correspondiente a la administración del contrato.

3.2.1.26.- Copia auténtica del **recibo de caja 8398 del 31 de marzo de 1997**¹³², en el que se dejó constancia del pago las contraprestaciones económicas correspondientes al segundo (2º) trimestre de 1996 e intereses, por un total de \$55'591.518, de los cuales \$2'512.946 corresponden a la administración.

3.2.1.27.- Copia auténtica de la **factura número 094 del 26 de junio de 1997**¹³³, emitida por el jefe del Departamento de Crédito y Tesorería de Mineralco, la cual corresponde al “*Trimestre del 30 de Junio/97*” por un valor de \$63'113.623, por las contraprestaciones económicas pactadas, y \$6'311.362, correspondiente a la administración del contrato.

3.2.1.28.- Copia auténtica de la **factura número 103 de 1997**¹³⁴, emitida por el jefe del Departamento de Crédito y Tesorería de Mineralco, la cual corresponde al “*Trimestre del 30 de Marzo/97*” por un valor de \$63'113.623, por las

¹²⁷ Folio 956 del cuaderno 5.

¹²⁸ Folio 957 del cuaderno 5.

¹²⁹ Folios 962 y 963 del cuaderno 5.

¹³⁰ Folios 965 y 966 del cuaderno 5.

¹³¹ Folio 992 del cuaderno 5.

¹³² Folio 971 del cuaderno 5.

¹³³ Folio 987 del cuaderno 5.

¹³⁴ Folio 989 del cuaderno 5.



contraprestaciones económicas pactadas, y \$6'311.362, correspondiente a la administración del contrato.

3.2.1.29.- Copia auténtica del **acta número 45 de reunión ordinaria del comité de contratación y crédito de Mineralco**¹³⁵, que se llevó a cabo el 4 de junio y el 18 de julio de 1997, en la que se trató la solicitud de suspensión del contrato de operación minera suscrito con Esmeracol el 7 de diciembre de 1981 y renovado el 31 de junio de 1995.

3.2.1.30.- Copia auténtica de la **factura número 172 del 23 de octubre 1997**¹³⁶, emitida por el jefe del Departamento de Crédito y Tesorería de Mineralco, la cual corresponde al "Trimestre del 30 de Sept./97" por un valor de \$63'113.623, por las contraprestaciones económicas pactadas, y \$6'311.362, correspondiente a la administración del contrato.

3.2.1.31.- Copia auténtica del **oficio remitido por el gerente general de Mineralco a Esmeracol**, con el que le comunicó que el contrato de operación minera suscrito por la segunda presenta un saldo de \$236'486.034, más intereses de \$56'141.077 al 31 de octubre de 1997, por lo que solicitó que se acercara a las oficinas de Mineralco, antes del 31 de enero de 1998, para llegar a un acuerdo relativo a la forma de pago de tales acreencias¹³⁷.

3.2.1.32.- Copia auténtica de la **factura número 227 del 31 de diciembre 1997**¹³⁸, emitida por el jefe del Departamento de Crédito y Tesorería de Mineralco, la cual corresponde al trimestre comprendido entre el 1º de octubre y el 30 de diciembre de 1997, por un valor de \$44'415.613, por concepto de contraprestaciones económicas pactadas para la explotación de esmeraldas.

3.2.1.33.- Copia auténtica de la **cuenta de cobro número 95 del 31 de marzo de 1998**¹³⁹, emitida por la subgerente administrativa y financiera de Mineralco, la cual corresponde al trimestre comprendido entre enero y marzo de 1998, por un valor de \$52'632.520, por concepto de contraprestaciones económicas pactadas por etapa de explotación de esmeraldas.

3.2.1.34.- Copia auténtica del **acta número 51 del Comité de Contratación y Crédito de Mineralco**¹⁴⁰, que se llevó a cabo el 6 de mayo de 1998, en la que consta que el comité especificó lo siguiente:

"Se aclare la decisión tomada en el Acta 045 de agosto 29/97, numeral 5, por cuanto la cláusula a modificar es la segunda que establece la delimitación real del área y no la cláusula décima.

Nota: Se debe establecer la delimitación real del área a partir de [sic] que fecha, para efectos de liquidación de contraprestaciones.

El Comité de Contratación y Crédito, recomienda que se tome la cláusula pertinente al caso. La fecha debe ser la misma en que la sociedad solicitó la reducción del área. Aclarando además, que a la fecha debía encontrarse a paz y salvo por todo concepto con Mineralco S.A."

¹³⁵ Folios 994 a 996 del cuaderno 5.

¹³⁶ Folio 989 del cuaderno 5.

¹³⁷ Folio 1009 a 1010 del cuaderno 5.

¹³⁸ Folio 1011 del cuaderno 5.

¹³⁹ Folio 1017 del cuaderno 5.

¹⁴⁰ Folios 994 a 996 del cuaderno 5.



3.2.1.35.- Copia auténtica de la **cuenta de cobro número 230 del 19 de junio de 1998**¹⁴¹, emitida por el subgerente administrativa y financiera de Mineralco, la cual corresponde al trimestre comprendido el 1º de abril y el 30 de junio de 1998, por un valor de \$47'847.746, por concepto de contraprestaciones económicas pactadas por etapa de explotación de esmeraldas, y \$4'784.774, por administración del contrato.

3.2.1.36.- Copia auténtica de la **certificación de 18 de marzo de 1994**¹⁴², firmada por la Secretaria General y Jurídica de Minercol, en la que, entre otros, consta:

"Que mediante Decreto No. 1679 de junio 27/97 se ordenó la fusión de las empresas MINERALES DE COLOMBIA S.A. – MINERALCO S.A. y EMPRESA COLOMBIANA DE CARBÓN LTDA. – ECOCARBON LTDA. en la EMPRESA NACIONAL MINERA LTDA – MINERCOL LTDA., protocolizada mediante Escritura pública No. 4005 del 23 de diciembre de 1998".

3.2.1.37.- Copia auténtica del **oficio 1092-03582 del 1º de junio de 1999**, a través del cual el jefe de división de recaudo y distribución de Minercol comunica a Esmeracol que a 30 de diciembre de 1998 adeuda \$491'431.727, correspondientes a capital, más \$201'702.368, por concepto de intereses¹⁴³.

3.2.1.38.- Copia auténtica del **oficio 1092-04280 del 13 de julio de 1999**¹⁴⁴, por medio del cual el jefe de División de Recaudo y Distribución solicitó al tesorero de Minercol que facturara lo siguiente:

"1. Contraprestaciones económicas por explotación.

| | |
|--|-----------------------|
| <i>20 S.M.L.V.(\$232.460) x 73.3856 has/12x3</i> | |
| <i>Trimestre enero 01 a marzo 30/99</i> | <i>= \$86.736.795</i> |
| <i>Trimestre abril 01 a junio 30/99</i> | <i>= \$86.736.795</i> |

2. Administración del contrato.

| | |
|--|----------------------|
| <i>20 S.M.L.V.(\$232.460) x 73.3856 has/12x3</i> | |
| <i>Trimestre enero 01 a marzo 30/99</i> | <i>= \$8'676.380</i> |
| <i>Trimestre abril 01 a junio 30/99</i> | <i>= \$8'676.380</i> |

TOTAL..... \$190.880.350"

3.2.1.39.- Copia auténtica del **oficio 1090-04853 del 19 de julio de 1999**¹⁴⁵, con el que el **Gerente de Fiscalización Minera de Minercol** solicitó a Esmeracol el pago de las obligaciones pendientes con esta última, las cuales se liquidan en dicho documento.

3.2.1.40.- Copia auténtica de la **factura 000950 del 27 de julio de 1999**¹⁴⁶, correspondiente a las indicadas en el oficio 1092-04280 del 13 de julio de 1999, previamente referido (3.2.1.38).

3.2.1.41.- **Comunicación fechada el 23 de septiembre de 1999**¹⁴⁷, con rótulo de radicado en la Superintendencia de Servicios Públicos de la misma fecha, por medio

¹⁴¹ Folio 1024 del cuaderno 5.

¹⁴² Folio 1031 del cuaderno 5.

¹⁴³ Folio 1055 del cuaderno 5.

¹⁴⁴ Folio 1058 del cuaderno 5.

¹⁴⁵ Folios 1059 y 1060 del cuaderno 5.

¹⁴⁶ Folio 1063 del cuaderno 5.

¹⁴⁷ Folios 100 a 103 del cuaderno 2.



de la cual **Esmeracol** presentó, ante dicha entidad, reclamación de cobro del servicio de energía a la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P.

3.2.1.42.- Copia auténtica de la **comunicación** con sello de recibido de **4 de agosto de 1999**¹⁴⁸, a través de la cual la gerente de **Esmeracol** solicitó al gerente de fiscalización minera de Minercol “[...] *la rebaja total de los intereses por mora que nos reportan hasta el 31 de diciembre de 1998*”.

3.2.1.43.- Copia auténtica de la **comunicación** fechada el **24 de febrero de 2000**¹⁴⁹, con sello de recibido ilegible, por medio de la cual la **Gerente de Esmeracol** pidió a la Presidenta de Minercol que se redujera el monto de la contraprestación económica y de administración ya que –afirma– se había solicitado a Mineralco la reducción del área de explotación hasta 46,9496 hectáreas, “[...] *solicitud que fue aceptada por esa Entidad, conforme lo demuestran las facturas de cobro de los cánones [sic] trimestrales de arrendamiento (con una [sic] hectárea de 46,9496) que nos enviaron hasta el 31 de diciembre de 1998 [...]*”.

3.2.1.44.- Copia auténtica del **oficio 1092-0354 del 25 de abril de 2000**¹⁵⁰, por medio del cual el **Gerente de Fiscalización Minera de Minercol** invitó a la gerente general de Esmeracol a una reunión en la División de Recaudo y Distribución “[...] *con el fin de tratar el tema de [la] reducción del área solicitada por esa empresa*”.

3.2.1.45.- Copia auténtica del **informe de la visita de seguimiento y control** presentado por los ingenieros de minas Nelson Misael Aguirre y José David Castañeda, **realizada los días 5 a 9 de mayo de 2000**, con el fin de complementar y aclarar la situación actual de los contratos y sus contraprestaciones económicas, en el que, entre otros, se concluyó que: “*En la zona excluida en la reducción del área solicitada no se observaron frentes de explotación, por lo que la reducción solicitada es viable desde el punto de vista minero*”¹⁵¹.

3.2.1.46.- Copia auténtica del **concepto de visita técnica realizada el 11 de junio de 2000 al área del contrato de Esmeracol**¹⁵², por profesionales de la Gerencia de Fiscalización Minera-División de Seguimiento y Control de Minercol, con el objetivo de “*determinar el rango de los trabajos de explotación de esmeraldas*”, en el cual se concluyó que “[...] *los trabajos de explotación adelantados dentro del área del contrato de la referencia se clasifican en el rango de Mediana Minería*”.

3.2.1.47.- Copia auténtica del **memorando X011-06122 de 24 de julio de 2000**¹⁵³, remitido por la jefa de División Legal Minera de Minercol al jefe de la División de Seguimiento y Control, en el que, entre otros, manifestó que:

“- *De conformidad a lo consignado en memorando No. 1090-04853 de 19 de julio de 1999, referente a las [o]bligaciones pendientes con Minercol, se observa que Esmeracol S.A., desde el 11 de octubre de 1995, se encuentra en mora en el pago de sus obligaciones.*

- *De lo anterior se colige que en el momento en que se presentó la solicitud de reducción del área, la sociedad contratista no se encontraba al día, circunstancia a la que fue condicionada la reducción del área, tal y como se señaló en el Acta 051 de mayo 6 de 1998*”.

¹⁴⁸ Folio 1064 del cuaderno 5.

¹⁴⁹ Folio 1071 del cuaderno 5.

¹⁵⁰ Folio 1076 del cuaderno 5.

¹⁵¹ Folios 1078 a 1089 del cuaderno 5.

¹⁵² Folios 1102 a 1104 del cuaderno 5.

¹⁵³ Folios 1105 a 1115 del cuaderno 5.



3.2.1.48.- Copia auténtica del **memorando X011-06621 del 2 de agosto de 2000**¹⁵⁴, remitido por la Jefa de División Legal Minera de Minercol al Jefe de la División de Seguimiento y Control, en el que, entre otros, expresó que:

"[...] si bien es cierto que el Contratista tiene el derecho a pedir la reducción del área (solicitud), no es menos cierto que la discrecionalidad respecto de la procedencia de dicha solicitud está en cabeza de la entidad contratante (facultad), con fundamento en informe de visita técnica (sugerencia) y lo plasmado en el Acta No. 0051, del Comité de Contratación, de fecha 6 de mayo de 1998 (condición).

No sobra advertir que el área reducida debe abarcar la zona destinada a la extracción y la zona anexa utilizada para una eficiente operación minera.

Lo hasta aquí anotado es suficiente para hacer la siguiente recomendación:

1. Determinar el valor que adeuda el Contratista a la Entidad contratante a la fecha de presentación de la solicitud.

2. Informar al interesado su solicitud de reducción de área será analizada una vez:

- Especifique el número de hectáreas a utilizar (art. 70 C. de M.).*
- Cumpla con el pago de las sumas adeudadas".*

3.2.1.49.- Copia auténtica de la **factura de Minercol número 001237 del 7 de septiembre del 2000**¹⁵⁵, por concepto de administración del contrato 122 de 1995, equivalente a dos (2) salarios mínimos legales vigentes (\$260.100) por 46,9496 hectáreas / 12 x 3, correspondiente a los trimestres comprendidos entre: (i) el 1º de enero y el 30 de marzo del 2000; (ii) el 1º de abril y el 30 de junio del 2000; (iii) el 1º de julio y el 30 de septiembre del 2000. El valor total facturado es de \$21'064.993.

3.2.1.50.- Copia auténtica de la **factura de Minercol número 001236 del 7 de septiembre del 2000**¹⁵⁶, por concepto de contraprestaciones económicas del contrato 122 de 1995, equivalente a veinte (20) salarios mínimos legales vigentes (\$260.100) por 46,9496 hectáreas / 12 x 3, correspondiente a los trimestres comprendidos entre: (i) el 1º de enero y el 30 de marzo del 2000; (ii) el 1º de abril y el 30 de junio del 2000; (iii) el 1º de julio y el 30 de septiembre del 2000. El valor total facturado es de \$183'173.865.

3.2.1.51.- Copia auténtica de la **factura de Minercol número 001235 del 7 de septiembre del 2000**¹⁵⁷, por concepto de administración del contrato 122 de 1995, equivalente a dos (2) salarios mínimos legales vigentes (\$236.460) por 46,9496 hectáreas / 12 x 3, correspondiente a los trimestres comprendidos entre: (i) el 1º de enero y el 30 de marzo de 1999; (ii) el 1º de abril y el 30 de junio de 1999; (iii) el 1º de julio y el 30 de septiembre de 1999; y (iv) el 1º de octubre y el 30 de diciembre de 1999. El valor total facturado es de \$25'533.916.

3.2.1.52.- Copia auténtica de la **factura de Minercol número 001234 del 7 de septiembre del 2000**¹⁵⁸, por concepto de contraprestaciones económicas del contrato 122 de 1995, equivalente a veinte (20) salarios mínimos legales vigentes (\$260.100) por 46,9496 hectáreas / 12 x 3, correspondiente a los trimestres comprendidos entre: (i) el 1º de enero y el 30 de marzo de 1999; (ii) el 1º de abril y

¹⁵⁴ Folios 1116 a 1117 del cuaderno 5.

¹⁵⁵ Folio 1118 del cuaderno 5.

¹⁵⁶ Folio 1119 del cuaderno 5.

¹⁵⁷ Folio 1120 del cuaderno 5.

¹⁵⁸ Folio 1121 del cuaderno 5.



el 30 de junio de 1999; (iii) el 1º de julio y el 30 de septiembre de 1999; y (iv) el 1º de octubre y el 30 de diciembre de 1999. El valor total facturado es de \$222'034.048.

3.2.1.53.- Copia auténtica del **oficio 1091-06770 del 24 de agosto de 2000**, con el cual la gerente de fiscalización minera de Minercol invitó a la gerente general de Minercol a una reunión en la División de Recaudo y Distribución, el viernes 15 de agosto, "[...] *para determinar temas como reducción de área e incumplimiento de los compromisos contractuales*"¹⁵⁹.

3.2.1.54.- Copia auténtica del **comprobante de consignación por pago de regalías del Banco de Bogotá, recibido el 6 de octubre del 2000**¹⁶⁰, firmado por Esmeracol, por un valor de \$2'116.890.

3.2.1.55.- Copia auténtica de la **comunicación del 12 de diciembre de 2000**¹⁶¹, con sello de recibido de la misma fecha, a través de la cual la **gerente de Esmeracol** le informó a la presidenta de Minercol, que, en cumplimiento de los compromisos asumidos en reuniones sostenidas entre estas, procedió a pagar \$72'327.592 el 24 de noviembre, y \$106'686.513 el 27 de noviembre, siendo impagado el cheque correspondiente a la última suma por el Banco Santander, "*a pesar de que tenía en la cuenta fondos suficientes, según consta en los extractos bancarios adjuntos*". Ante ello, afirma que ha propuesto reiteradamente el pago de la obligación referida, haciéndose caso omiso del ofrecimiento.

3.2.1.56.- Copia auténtica del **memorando 10398 del 14 de noviembre de 2000**¹⁶², con el que la jefa de recaudo y distribución le solicitó al tesorero de Minercol que le facturara a Esmeracol lo siguiente:

"1. **CONTRAPRESTACIONES ECONÓMICAS POR EXPLOTACIÓN – (CANON SUPERFICARIO)**
20 S.M.L.V. (\$260.100) * 46.9496 Has / 12 * 3
Trimestre Oct.01/00 a Dic/30/00 = \$61'057.995
TOTAL.....\$61.057.955

2. **ADMINISTRACIÓN DEL CONTRATO**
2 S.M.L.V. (\$260.100) * 46.9496 Has / 12 * 3
Trimestre Oct.01/00 a Dic/30/00 = \$6'105.795
TOTAL.....\$6.105.795"

3.2.1.57.- Copia auténtica de la **factura de Minercol número 001323 del 27 de noviembre del 2000**¹⁶³, por concepto de administración del contrato 122/95 de explotación de Esmeraldas, liquidado sobre un área de 46,9496 hectáreas, correspondiente al trimestre comprendido entre el 1º de octubre y el 30 de diciembre del 2000, por un valor total (IVA incluido) de \$7'021.664.

3.2.1.58.- Copia auténtica de la **comunicación con fecha de 3 de enero de 2001**¹⁶⁴, a través de la cual la **Gerente de Esmeracol** le manifestó al Gerente de Fiscalización Minera de Minercol, que funcionarios de esta última empresa le habían indicado que, para conseguir una disminución de los intereses o del capital adeudados por la primera, debían iniciar un trámite ante la Procuraduría General de la Nación. Añadió que, ninguna aseguradora asumía el riesgo de cubrir una deuda

¹⁵⁹ Folio 1124 del cuaderno 5.

¹⁶⁰ Folio 1125 del cuaderno 5.

¹⁶¹ Folios 1132 a 138 del cuaderno 5.

¹⁶² Folios 1140 y 1141 del cuaderno 5.

¹⁶³ Folio 1228 del cuaderno 6.

¹⁶⁴ Folio 1170 del cuaderno 5.



vencida, por lo que tomaría la póliza requerida, una vez se hubieran conciliado las sumas adeudadas.

3.2.1.59.- Copia auténtica del **memorando 01303 del 20 de febrero de 2001**¹⁶⁵, con el que la jefa de recaudo y distribución le solicitó al tesorero de Minercol que le facturara a Esmeracol las siguientes sumas, correspondientes al primer semestre del 2001:

| | |
|---|------------------------|
| “Canon Superficial (Trimestral) | |
| 20 S.M.L.V. (\$286.000) X 46.9496 Has / 4 | = \$67.137.928 |
| Total canon superficial | = \$67.137.928 |
| Administración (Trimestral) | |
| 2 S.M.L.V. (\$286.000) X 46.9496 Has / 4 | = \$6.713.793 |
| Total Administración | = \$6.713.793 |
| Total a Facturar | = \$73.851.721” |

3.2.1.60.- Copia auténtica de la **factura 001322**, sin fecha, por concepto de administración del contrato 122/95 de explotación de esmeraldas, liquidado sobre un área de 46,9496, correspondiente al período comprendido entre el 1º octubre y el 30 de diciembre del 2000, por un valor de \$7'012.664¹⁶⁶. La factura fue impresa en papelería de Ecocarbon, pero en ésta se indica que el 100% de lo facturado corresponde a Minercol.

3.2.1.61.- Copia auténtica de la **factura de Minercol 001321 de 21 de noviembre de 2000**¹⁶⁷, por concepto de canon superficial del contrato 122/95 de explotación de esmeraldas, liquidado sobre un área de 46,9496, correspondiente al trimestre comprendido entre el 1º de octubre y el 30 de diciembre del 2000, por un valor de \$61'057.955.

3.2.1.62.- Copia auténtica del **memorando 02048 del 12 de marzo de 2001**¹⁶⁸, con el que la jefa de recaudo y distribución le solicitó al tesorero de Minercol que le facturara a Esmeracol las siguientes sumas, correspondientes al primer semestre del 2001:

| | |
|---|------------------------|
| “Canon Superficial (Trimestral) | |
| 20 S.M.L.V. (\$286.000) X 46.9496 Has / 4 | = \$67.137.928 |
| Total canon superficial | = \$67.137.928 |
| Administración (Trimestral) | |
| 2 S.M.L.V. (\$286.000) X 46.9496 Has / 4 | = \$6.713.793 |
| Iva | = \$1'074.207 |
| Total Administración | = \$7.788.000 |
| Total a Facturar | = \$74.925.928” |

3.2.1.63.- Copia auténtica de la **Resolución 10900073 del 26 de marzo de 2001**¹⁶⁹, proferida por el **Gerente de Fiscalización Minera de Minercol**, mediante la cual le impuso a Esmeracol una multa de un salario mínimo mensual legal vigente (\$286.000), por el incumplimiento de sus obligaciones de pagar oportunamente la contraprestaciones económicas, presentar informes técnicos y renovar la póliza de garantía de cumplimiento.

¹⁶⁵ Folios 1144 y 1145 del cuaderno 5.

¹⁶⁶ Folio 1148 del cuaderno 5.

¹⁶⁷ Folio 1149 del cuaderno 5.

¹⁶⁸ Folios 1151 y 1152 del cuaderno 5.

¹⁶⁹ Folios 1154 y 1155 del cuaderno 5.



3.2.1.64.- Copia auténtica del **oficio 1092-03679 del 23 de abril de 2001**¹⁷⁰, con el que la jefa de división de recaudo y distribución de Minercol le comunica a Esmeracol que:

“De acuerdo con la Cláusula Cuarta del contrato 122-95, ‘por concepto de Administración del Contrato el Operador pagará dos (2) salarios mínimos mensuales por hectárea – año vigente al momento de su cancelación’, razón por la cual, la Tesorería de Minercol estará haciendo llegar próximamente una factura de ajuste por la diferencia dejada de facturar para el año 1999”.

3.2.1.65.- Copia auténtica del **memorando 03106 del 23 de abril de 2001**¹⁷¹, con el que la jefa de recaudo y distribución le solicitó al tesorero de Minercol que le facturara a Esmeracol las siguientes sumas, correspondientes al cuarto semestre de 1999:

| | |
|---|-----------------------|
| “Administración (Trimestral) | |
| 2 S.M.L.V. (\$260.100) X 46.9496 Ha / 4 X 4 = 6.105.795 X 4 = | \$24.423.180 |
| Total Administración..... | = \$24.423.180 |
| Valor pagado factura 1235 | |
| 2 S.M.L.V. (\$236.460) X 46.9496 Ha / 4 X 4 = 5.550.851 x 4 | = \$22.203.405 |
| Ajuste a facturar..... | = \$2.219.775 |
| Iva | = \$335.164 |
| Total Factura por Ajuste | = \$2.574.939” |

3.2.1.66.- Copia auténtica de la **factura de 001527**¹⁷², sin fecha, por concepto de canon superficiario del contrato 122/95 de explotación de esmeraldas, liquidado sobre un área de 46,9496, correspondiente al tercer trimestre de 2001, por un valor de \$67'137.928. La factura fue impresa en papelería de Ecocarbon, pero en ésta se indica que debe ser cancelada en la caja de Minercol, correspondiéndole a ésta el 3% de lo facturado y lo demás a los entes territoriales, según el artículo 23 de la Ley 819 del 2000.

3.2.1.67.- Copia auténtica del **oficio 1092-03627 del 8 de mayo de 2001**¹⁷³, en el que la jefa de la División de Recaudo y Distribución de Minercol manifiesta que la factura 001527, antes referida, había sido anulada.

3.2.1.68.- Copia auténtica de la **factura de Minercol 001529 del 27 de marzo de 2001**¹⁷⁴, por concepto de administración del contrato 122/95 de explotación de esmeraldas, liquidado sobre un área de 46,9496, correspondiente al primer trimestre de 2001, por un valor total (con IVA) de \$ 7'788.000.

3.2.1.69.- Copia auténtica de la **factura de Minercol 001528 del 27 de marzo de 2001**¹⁷⁵, por concepto de canon superficiario del contrato 122/95 de explotación de esmeraldas, liquidado sobre un área de 46,9496, correspondiente al primer trimestre de 2001, por un valor de \$ 67'137.928.

3.2.1.70.- Copia auténtica de la **factura 001582 del 9 de mayo de 2001**¹⁷⁶, por concepto de administración del contrato 122/95 de explotación de esmeraldas, liquidado sobre un área de 46,9496 hectáreas, correspondiente al primer trimestre del 2001, por un valor total (IVA incluido) de \$7'788.000. Esta copia es borrosa.

¹⁷⁰ Folio 1160 del cuaderno 5.

¹⁷¹ Folios 1161 y 1162 del cuaderno 5.

¹⁷² Folio 1164 del cuaderno 5.

¹⁷³ Folio 1163 del cuaderno 5.

¹⁷⁴ Folio 1165 del cuaderno 5.

¹⁷⁵ Folio 1165 del cuaderno 5.

¹⁷⁶ Folio 1229 del cuaderno 6.



3.2.1.71.- Copia auténtica del **escrito fechado el 11 de mayo de 2001**¹⁷⁷, por medio del cual Esmeracol le solicitó a Minercol que se abstuviera de imponer la multa ordenada en la Resolución 10900073 del 26 de marzo de 2001.

3.2.1.72.- Copia auténtica de la **factura número 001595 del 24 de mayo de 2001**¹⁷⁸, por concepto de ajuste del valor de otra factura pagada previamente, cuyo número es ilegible, correspondiente a la administración del contrato 122/95 de explotación de esmeraldas, durante el primer trimestre de 1999, por un valor de \$ 2'574.939. La factura fue impresa en papelería de Ecocarbon y la copia es borrosa.

3.2.1.73.- Copia auténtica de la **factura número 001689 del 4 de julio de 2001**¹⁷⁹, por concepto de canon superficiario del contrato 122/95 de explotación de esmeraldas, liquidado sobre un área de 46,9496, correspondiente al segundo trimestre de 2001, por un valor de \$ 67'137.928. La factura fue impresa en papelería de Ecocarbon, pero en ésta se indica que debe ser cancelada en la caja de Minercol, correspondiéndole a ésta el 3% de lo facturado y lo demás a los entes territoriales, según el artículo 23 de la Ley 819 del 2000.

3.2.1.74.- Copia auténtica de la **factura de Minercol número 001667 del 4 de julio de 2001**¹⁸⁰, por concepto de canon superficiario del contrato 122/95 de explotación de esmeraldas, liquidado sobre un área de 46,9496, correspondiente al segundo trimestre de 2001, por un valor de \$ 67'137.928 y un valor total de \$74'925.928.

3.2.1.75.- Copia auténtica de la **factura de Minercol número 001672 del 9 de julio de 2001**¹⁸¹, por concepto de administración del contrato 122/95 de explotación de esmeraldas, liquidado sobre un área de 46,9496, correspondiente al segundo trimestre de 2001, por un valor total (con IVA) de \$7'788.000.

3.2.1.76.- Copia auténtica del **escrito fechado el 13 de junio de 2001**¹⁸², en el que **Esmeracol** le comunicó al Tesorero de Minercol, entre otros, que:

"La factura No. 1601 de fecha 24 de mayo de 2001, es improcedente, porque ya [sic] existan las factura 950-1032-1033 de la administración y contraprestación del año de 1999, y al momento de cancelarlas, notamos que no estaba correcta, entonces fueron devueltas y ustedes precedieron a [sic] anuladas por error en la liquidación en el número de hectáreas. Por lo anterior, Esmeracol S.A., tuvo que esperar nueve (9) meses para que nos enviaran la nueva factura, es decir, la No. 1235, de fecha 21 de noviembre de 2000, que lógicamente enseguida la pagamos".

3.2.1.77.- Copia auténtica de la **factura número 001601 del 24 de mayo de 2001**¹⁸³, por concepto de ajuste a la factura 1235 correspondiente a la administración del contrato 122-95 de explotación del esmeraldas, durante el cuarto trimestre de 1999. El ajuste a facturar, más IVA, asciende a \$2'574.939.

3.2.1.77.- Copia auténtica del **informe sobre la visita técnica de seguimiento y seguridad del área del contrato 125-95M realizada entre el 13 y el 19 de septiembre de 2001**, por los profesionales de la División de Seguimiento y Control

¹⁷⁷ Folios 1167 a 1169 del cuaderno 5.

¹⁷⁸ Folio 1231 del cuaderno 6.

¹⁷⁹ Folio 1182 del cuaderno 5.

¹⁸⁰ Folio 1183 del cuaderno 5.

¹⁸¹ Folio 1184 del cuaderno 5.

¹⁸² Folio 1188 del cuaderno 5.

¹⁸³ Folio 1189 del cuaderno 5.



de Mineralco, Franklin Javier Alarcón y Luis Jaime Lacouture, fechado el 25 de septiembre de 2001¹⁸⁴.

Dentro de las conclusiones alcanzadas con esta visita técnica, se menciona que:

"10. Considerando la producción del área propuesta por Esmeracol (46 Has y 9.998 m²), quedaría por fuera del área del contrato 122-95M, las siguientes labores mineras: [sic] Jerusalén, Rodríguez, La Paz, Tecnimur o Cristales, Brisas, La Esmeralda, Munches, Quintero, Enrielado, Las Lajas, La Esperanza y S.A. Una vez se firme el [sic] Otro Sí del contrato de Esmeracol con la reducción de área, las explotaciones por fuera de la misma, son ilegales y se procedería con el respectivo cierre.

11. A la fecha de este informe, el área del contrato 122-95M de Esmeracol, es de 73 Has y 3.858 m², que es el área con la cual se debe liquidar las contraprestaciones económicas".

A continuación, en las recomendaciones se indicó lo siguiente:

"4. Poner en conocimiento este informe de visita técnica al titular del contrato 122-95M de Esmeracol, para que se pronuncie sobre las situaciones mencionadas en el mismo, en especial sobre las labores mineras que se encuentran fuera del área y que tendrían que suspenderse y cerrarse.

5. Con base en este informe, el titular debe ratificar su decisión sobre la reducción del área propuesta (46 Has y 9998 m²), plantear una nueva área de reducción, ampliación o dejar sin modificación, en el término de treinta (30) días a partir de la notificación de este informe técnico.

6. Si se decide modificar el área del contrato, se debe elaborar e inscribir en el Registro Minero Nacional el Otro Sí respectivo, de tal manera que quede en firme dicha solicitud.

7. La división de Recaudo y Distribución debe proceder a liquidar las contraprestaciones económicas correspondientes a las 73 Has y 3.858m². Una vez inscrito en el Registro Minero Nacional el Otro Sí que modifique el área del contrato, se procederá a realizar el cobro de las contraprestaciones económicas con base en el área modificada".

3.2.1.78.- Copia auténtica de la **comunicación** con fecha y sello de recibido de **17 de octubre de 2001**, con la que la **Gerente de Esmeracol** solicitó al gerente de Mineralco:

"[...] la revisión y ajuste del contrato de operación y explotación con respecto a algunas cláusulas tales como la administración del contrato, asesoría técnica, reinversión social, áreas de explotación, responsabilidades de las partes, garantías, contraprestaciones económicas, clasificación, entre otras, frente a la nueva reglamentación del Código de Minas".

3.2.1.79.- Copia auténtica de la **factura de Mineralco número 002172 del 29 de octubre de 2001**¹⁸⁵, con la que se ajustó el cálculo de la administración cobrada en las facturas 1529, 1672 y 2035 correspondiente a los tres (3) primeros trimestres de 2001, de la siguiente forma: "2 SMLV (286.000) x 26.4360 / 4X3 = 3.780.348X3 = \$11.341.044". El valor total facturado (con IVA incluido) es de \$13'155.611.

¹⁸⁴ Folios 1276 a 1289 del cuaderno 6.

¹⁸⁵ Folio 1300 del cuaderno 6.



3.2.1.80.- Copia auténtica de la **factura de Minercol número 002171 del 29 de octubre de 2001**¹⁸⁶, con la que se ajustó el cálculo del canon superficiario cobrado en las facturas 1528, 1698 y 2034 correspondiente a los tres (3) primeros trimestres de 2001, de la siguiente forma: “ $20 \text{ SMLV } 286.000 \times 26.4360 / 4 \times 3 = 37.803.480 \times 3 = \$113.410.440$ ”. El valor total facturado es de \$113'410.440.

3.2.1.81.- Copia auténtica de la **factura de Minercol número 002170 del 29 de octubre de 2001**¹⁸⁷, con la que se ajustó el cálculo de la administración cobrada en la factura 1237, correspondiente al periodo comprendido entre el 1º de enero y el 31 de diciembre del 2000, de la siguiente forma: “ $2 \text{ SMLV } (260.000) \times 26.4360 = \$13.752.007$ ”. El valor total facturado (con IVA incluido) es de \$15'952.328.

3.2.1.82.- Copia auténtica de la **factura de Minercol número 002169 del 29 de octubre de 2001**¹⁸⁸, con la que se ajustó el cálculo del canon superficiario cobrado en la factura 1236, correspondiente al periodo comprendido entre el 1º de enero y el 31 de diciembre del 2000, de la siguiente forma: “ $20 \text{ SMLV } (260.000) \times 26.4360 = \$137.520.072$ ”. El valor total facturado es de \$137'520.072.

3.2.1.83.- Copia auténtica de la **factura de Minercol número 002168 del 29 de octubre de 2001**¹⁸⁹, con la que se ajustó el cálculo de la administración cobrada en la factura 001235, correspondiente al periodo comprendido entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de 1999, de la siguiente forma. El valor total facturado (con IVA incluido) es de \$12'952.328.

3.2.1.84.- Copia auténtica de la **factura de Minercol número 002167 del 29 de octubre de 2001**¹⁹⁰, con la que se ajustó el cálculo del canon superficiario cobrado en la factura 001234, correspondiente al periodo comprendido entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de 1999, de la siguiente forma: “ $20 \text{ SMLV } (236.460) \times 26.4360 \text{ HA} = \$125.021.131$ ”. El valor total facturado es de \$125'021.131.

3.2.1.85.- Copia auténtica de la **comunicación fechada el 6 de noviembre de 2001**, con sello de recibido del 9 de noviembre del mismo año, por medio de la cual **Esmeracol** se pronunció sobre el informe de visita técnica al área del contrato 122/95, realizada entre el 14 y el 18 de agosto de 2001¹⁹¹. En esta manifiesta, entre otras, que por virtud del principio constitucional de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, consideraba que el área total de la concesión era de 46 hectáreas y 9946 metros cuadrados. Las diferencias al respecto –afirmó– pueden tratarse dentro del proceso de conciliación que se estaba adelantando.

3.2.1.86.- Copia auténtica de la “**RESPUESTA A OBJECIONES PRESENTADAS POR ESMERACOL S.A. EN NOVIEMBRE DE 2001, RELACIONADAS CON EL INFORME DE VISITA TÉCNICA EFECTUADA EN AGOSTO DE 2001**”¹⁹², firmada por los profesionales de la División de Seguimiento y Control de Mineralco, Franklin Javier Alarcón y Luis Jaime Lacouture, en la que, entre otros, se indica que:

“1. MODIFICACIÓN DEL ÁREA TOMADA EN CONCESIÓN

Con respecto a la reducción de área, ésta se llevará al Comité de Contratación Minera y posteriormente a la Junta Directiva de Minercol Ltda. Una vez sea

¹⁸⁶ Folio 1301 del cuaderno 6.

¹⁸⁷ Folio 1302 del cuaderno 6.

¹⁸⁸ Folio 1303 del cuaderno 6.

¹⁸⁹ Folio 1304 del cuaderno 6.

¹⁹⁰ Folio 1305 del cuaderno 6.

¹⁹¹ Folios 1306 a 1310 del cuaderno 6.

¹⁹² Folios 1297 a 1299 del cuaderno 6.



autorizada por la Junta Directiva, se procederá a la elaboración del respectivo Otro Sí y posterior inscripción en el Registro Minero Nacional”.

3.2.1.87.- Copia auténtica de la **comunicación con fecha y sello de recibido del 13 de noviembre de 2001**¹⁹³, a través de la cual **Esmeracol** le manifestó a Minercol que no aceptaba y devolvía las factura número 002167, 002168, 002169, 002170, 002171 y 002172, debido a que –a juicio suyo– la modificación del área del contrato 122-95M había sido aceptada por el Comité de Contratación y Crédito, lo que consta en las actas número 45 y 51, “[...] *pero Mineralco no lo registró oportunamente en el título minero, a pesar de su aceptación tácita evidenciada en la facturación que desde esa época nos vienen cobrando sobre 46 hectáreas y 9.496 metros cuadrados*”.

3.2.1.88.- Copia auténtica de la **factura de Minercol número 002357 del 30 de noviembre de 2001**¹⁹⁴, por concepto de canon superficiario del contrato 122-95, liquidado sobre un área de 73,3856 hectáreas, correspondiente al cuarto trimestre de 2001, por un valor total de \$104'941.408.

3.2.1.89.- Copia auténtica de la **factura de Minercol número 002358 del 30 de noviembre de 2001**¹⁹⁵, por concepto de administración del contrato 122-95, liquidado sobre un área de 73,3856 hectáreas, correspondiente al cuarto trimestre de 2001, por un valor total (con IVA incluido) de \$12'173.204.

3.2.1.90.- Copia auténtica de la **comunicación fechada el 17 de diciembre de 2001**¹⁹⁶, con sello de recibido del 18 de diciembre de la misma anualidad, con la que **Esmeracol** devolvió a Minercol las facturas número 002357 y 002358, ya que –a juicio suyo– se había acordado la modificación del área de explotación desde 1996.

3.2.1.91.- Copia auténtica del **concepto de la Gerencia de Fiscalización Minera-División de Seguimiento y Control de Minercol del 28 de febrero de 2002**¹⁹⁷, el cual manifiesta que la reducción del área del contrato 122-95M es “*técnicamente aceptable*”.

3.2.1.92.- Copia auténtica de la **factura de Minercol número 002733 del 23 de abril de 2002**¹⁹⁸, por concepto de administración del contrato 122/95, liquidado sobre un área de 46,9496 hectáreas, correspondiente al primer trimestre de 2002, por un valor total (con IVA incluido) de \$8'414.307.

3.2.1.93.- Copia auténtica de la **factura de Minercol número 002732 del 23 de abril de 2002**¹⁹⁹, por concepto de canon superficiario del contrato 122/95, liquidado sobre un área de 46,9496 hectáreas, correspondiente al primer trimestre de 2002, por un valor total de \$72'537.132.

3.2.1.94.- Copia auténtica del **concepto de visita técnica al área del contrato 122-95M, con fecha de 23 de abril de 2002**²⁰⁰. El objetivo de la visita consistió en determinar el tipo de trabajos que se venían realizando, de acuerdo con la solicitud de reducción presentada el 23 de octubre de 1996. Se indica que fueron identificadas trece (13) bocaminas que quedarían fuera del área reducida, a saber:

¹⁹³ Folio 1313 del cuaderno 6.

¹⁹⁴ Folios 1314 y 1316 del cuaderno 6.

¹⁹⁵ Folios 1315 y 1317 del cuaderno 6.

¹⁹⁶ Folio 1320 del cuaderno 6.

¹⁹⁷ Folio 1340 del cuaderno 6.

¹⁹⁸ Folio 1332 del cuaderno 6.

¹⁹⁹ Folio 1332 del cuaderno 6.

²⁰⁰ Folios 1334 a 1338 del cuaderno 6.



“La Esperanza, Lajas (inactiva), Jerusalén, San Judas (inactiva), La Esmeralda, Brisas (inactiva), Rodríguez, Enrielado, Quintero (inactiva), S.A., La Paz y Tencimur”. En las conclusiones, se indica que, en caso de aceptarse la reducción solicitada, los frentes de trabajo de La Paz y Tecnimur quedarían en una zona no amparada por ningún título. Por lo anterior, se recomendó que la reducción no fuera aceptada.

3.2.1.95.- Copia auténtica de la **factura de Minercol número 002705 del 20 de marzo de 2002²⁰¹**, con inscripción de “**Anulada**”, por concepto de administración del contrato 122/95, liquidado sobre un área de 73,3856 hectáreas, correspondiente al primer trimestre de 2002, por un valor total (con IVA incluido) de \$13'125.167. El número de la factura no se lee con claridad en esta copia.

3.2.1.96.- Copia auténtica de la **factura de Minercol del 20 de marzo de 2002²⁰²**, con inscripción de “**Anulada**” y número ilegible, por concepto de canon superficiario del contrato 122/95, liquidado sobre un área de 73,3856 hectáreas, correspondiente al primer trimestre de 2002, por un valor total de \$133'380.752.

3.2.1.97.- Copia auténtica del **recibo de caja de Minercol número 20031 del 23 de abril de 2002²⁰³**, en el que consta que Esmeracol pagó, por medio de cheque, las sumas de \$72'460.968, correspondientes al canon superficiario del contrato 122/95M, y de \$7'979.084, por concepto de administración del mismo contrato.

3.2.1.98.- Copia auténtica de la **comunicación de 19 de abril de 2002²⁰⁴**, con la que Esmeracol devolvió a Minercol las facturas 002704 y 002705, correspondientes al primer trimestre de 2002, porque no se ajustan al área de explotación que, afirma, es de 46 hectáreas y 9496 metros cuadrados.

3.2.1.99.- Copia auténtica del **oficio 1092-1872 de 23 de abril de 2002²⁰⁵**, mediante el cual el jefe de la División de Recaudo y Distribución (E) de Minercol dio respuesta a la anterior comunicación de Esmeracol e hizo envío de las facturas 002732 y 002733, correspondientes al primer trimestre de 2002.

3.2.1.100.- Copia auténtica de la **factura de Minercol número 002732 del 23 de abril de 2002²⁰⁶**, por concepto de canon superficiario del contrato 122/95, liquidado sobre un área de 46,9496 hectáreas, correspondiente al primer trimestre de 2002, por un valor total de \$72'537.132. Esta copia es borrosa.

3.2.1.101.- Copia auténtica de la **factura de Minercol número 002733 del 23 de abril de 2002²⁰⁷**, por concepto de administración del contrato 122/95, liquidado sobre un área de 46,9496 hectáreas, correspondiente al primer trimestre de 2002, por un valor total (con IVA incluido) de \$8'414.007. Esta copia es borrosa.

3.2.1.102.- Copia auténtica del **acuerdo de pago número 10, suscrito entre Minercol y Esmeracol el 23 de abril de 2002²⁰⁸**. Se reconoció, en éste, que Esmeracol adeudaba \$686'946.387 a Minercol, por concepto de canon superficiario, administración e intereses, causados entre el 1º de julio de 1996 y el 30 de diciembre de 1998, como contraprestaciones económicas del contrato 122-95M, conforme a

²⁰¹ Folio 1352 del cuaderno 6.

²⁰² Folio 1352 del cuaderno 6.

²⁰³ Folio 1354 del cuaderno 6.

²⁰⁴ Folio 1355 del cuaderno 6.

²⁰⁵ Folio 1356 del cuaderno 6.

²⁰⁶ Folio 1357 del cuaderno 6.

²⁰⁷ Folio 1358 del cuaderno 6.

²⁰⁸ Folios 1359 a 1366 del cuaderno 6.



la liquidación realizada por Minercol, la cual hace parte de este acuerdo (cláusulas 1ª y 6ª). Esmeracol se comprometió a pagar la anterior suma, mediante una consignación de \$240'269.310 a la firma de este acuerdo, y seis (6) cuotas bimestrales de \$74'446.480 (cláusula 2ª). Los suscribientes se comprometieron, además, a formalizar la reducción del área del contrato, mediante la suscripción de un otrosí (cláusula 7ª) y declararon que las facturas constituían una "*manifestación de voluntad de la Administración, [...] encaminada a producir efectos jurídicos entre las partes los cuales trascienden [sic] en la obligación estatal de liquidar las contraprestaciones con base en el área reducida y en la obligación del particular o del contratista para el caso en estudio, de cancelar dichas contraprestaciones, con lo cual queda demostrada la modificación al área del contrato inicial, en atención a la solicitud de contratista*" (cláusula 8ª). En la liquidación mencionada se calcularon las contraprestaciones causadas entre el 1º de julio y el 22 de noviembre de 1996 sobre un área de 73,3856 hectáreas, mientras que las causadas entre el 23 de noviembre de 1996 y el 30 de diciembre de 1998 fueron calculadas con base en un área de 46,9496 hectáreas.

3.2.1.103.- Copia auténtica de la **factura de Minercol número 002769 del 30 de abril de 2002**²⁰⁹, por concepto de canon superficiario del contrato 122/95, liquidado sobre un área de 46,9496 hectáreas, correspondiente al segundo trimestre de 2002, por un valor total de \$72'537.132. Esta copia es borrosa.

3.2.1.104.- Copia auténtica de la **factura de Minercol número 002770 del 30 de abril de 2002**²¹⁰, por concepto de administración del contrato 122/95, liquidado sobre un área de 46,9496 hectáreas, correspondiente al segundo trimestre de 2002, por un valor total (con IVA incluido) de \$7'414.307.

3.2.1.105.- Copia auténtica del "**INFORME DE VISITA TÉCNICA AL CONTRATO NO 122-95M TITULAR: ESMERACOL S.A.**", presentado por el ingeniero de minas Wilfrido Sangunio, el 7 de mayo de 2002, como parte del Programa de Fiscalización, Seguimiento y Control de la Gerencia Operativa Regional número 1 (Nobsa) de Minercol²¹¹. En las recomendaciones del informe, se indicó que:

"Se visitaron tres minas (Diamante, Matera, y Amistad) de 31 bocaminas con 70 gajos (frentes), quedando pendiente visitar 28. De las cuales se encuentra suspendida temporalmente el 60% de la actividad minera por motivo de electricidad, ya que la electrificadora [sic] corto el servicio a la Empresa. Las que se encuentra activas se benefician de la planta eléctrica de la mina Millonarios o tienen planta eléctrica".

3.2.1.106.- Copia auténtica del **escrito fechado el 9 de mayo de 2002**²¹², mediante el cual **Esmeracol** devolvió a Minercol la factura número 002769 del 30 de abril de 2002, "[...] *porque según el Parágrafo Segundo del contrato vigente [...] la forma de pago será trimestral y dentro de los diez (10) días siguiente al vencimiento del mismo, y en este caso particular nuestro trimestre vence el 30 de [sic] Junio de 2002*".

3.2.1.107.- Copia auténtica de la **comunicación con fecha de 15 de mayo de 2002**²¹³, a través de la cual **Esmeracol** devolvió a Minercol la factura número 002769 del 30 de abril de 2002, "[...] *por razones de fecha anticipada al vencimiento del segundo semestre de 2002, sobre el contrato 122/95*".

²⁰⁹ Folio 1395 del cuaderno 6.

²¹⁰ Folio 1413 del cuaderno 6.

²¹¹ Folios 1396 a 1406 del cuaderno 6.

²¹² Folio 1408 de cuaderno 6.

²¹³ Folio 1416 del cuaderno 6.



3.2.1.108.- Copia auténtica del **oficio 109-2318 con fecha de 16 de mayo de 2002²¹⁴**, con el que el **Gerente de Fiscalización Minera de Minercol** manifestó a Esmeracol que, habiéndose estudiado la alinderación propuesta por esta última, encontró que el área planteada se encontraba totalmente dentro del área otorgada y no se superponía con la de otros contratos, por lo que se consideraba *“técnicamente viable”*. Añadió que se concedía quince (15) días a Esmeracol, para que manifestara su acuerdo o desacuerdo con el estudio técnico realizado.

3.2.1.109.- Copia auténtica del **escrito con fecha y sello de recibido de 5 de junio de 2002²¹⁵**, por medio del cual Esmeracol manifestó a Minercol que estaba *“[...] de acuerdo con el estudio técnico de reducción de área realizado por la División de Seguimiento y Control de Minercol Ltda., con una extensión superficial total de 46 hectáreas 9.501 metros cuadrados. Así mismo solicitamos la elaboración del otrosí con el fin de registrarlo en el respectivo título minero”*.

3.2.1.110.- Copia auténtica de la **comunicación del 24 de junio de 2002²¹⁶**, con la que Esmeracol comunicó a Minercol que había realizado el pago de primera cuota especificada en el acuerdo suscrito, por un monto de \$71'402.418.

3.2.1.111.- Copia auténtica de la **factura de Minercol número 002958 del 28 de junio de 2002²¹⁷**, por concepto de administración del contrato 122/95, liquidado sobre un área de 46,9496 hectáreas, correspondiente al segundo trimestre de 2002, por un valor total (con IVA incluido) de \$8'414.307. La factura tiene sello *“RECIBIDO CORRESPONDENCIA”* de Minercol, del 9 de julio de 2003.

3.2.1.112.- Copia auténtica de la **factura de Minercol número 002957 del 28 de junio de 2002²¹⁸**, por concepto de canon superficiario del contrato 122/95, liquidado sobre un área de 46,9496 hectáreas, correspondiente al segundo trimestre de 2002, por un valor total de \$72'537.132. La factura tiene sello *“RECIBIDO CORRESPONDENCIA”* de Minercol, del 9 de julio de 2003.

3.2.1.113.- **“OTROSÍ AL CONTRATO 122/95M, MODIFICATORIO DEL ÁREA DEL CONTRATO DE MEDIANA MINERÍA”**, suscrito entre Minercol y Esmeracol el **15 de julio de 2002²¹⁹**. En éste se acordó reducir el área del contrato referido a 46 hectáreas y 9501 metros cuadrado, comprendida dentro de la alinderación especificada en la cláusula 1ª. Su perfeccionamiento se sujetó a su inscripción en el Registro Minero Nacional, de lo cual se haría cargo Minercol (cláusula 5ª).

3.2.1.114.- Copia auténtica del **oficio de 18 de septiembre de 2002²²⁰**, con el cual la jefa de la División Legal Minera de Minercol ordenó que se enviara el otrosí del contrato 122-95M a la División de Registro Minero, *“[...] para lo de su competencia respecto al [sic] OTROSÍ del aludido contrato, suscrito el 15 de julio de 2002”*.

3.2.1.115.- Copia auténtica de la **factura de Minercol número 003186 (1369 DFD) del 2 de octubre de 2012²²¹**, por concepto de canon superficiario del contrato 122/95, liquidado sobre un área de 46,9496 hectáreas, correspondiente al tercer

²¹⁴ Folios 1418 y 1419 del cuaderno 6.

²¹⁵ Folios 1425 a 1428 del cuaderno 6.

²¹⁶ Folio 1432 del cuaderno 6.

²¹⁷ Folio 1435 del cuaderno 6 y 18 del cuaderno 2.

²¹⁸ Folios 1436 del cuaderno 6 y 19 del cuaderno 2.

²¹⁹ Folios 51 a 53 del cuaderno 3. También se encuentra copia auténtica de dicho documento a folios 1437 a 1439 del cuaderno 6.

²²⁰ Folio 1142 del cuaderno 6.

²²¹ Folio 14 del cuaderno 2.



trimestre de 2002, por un valor total de \$72'537.132. La factura tiene sello de "RECIBIDO CORRESPONDENCIA" de Minercol, del 16 de octubre de 2002.

3.2.1.116.- Copia auténtica de la **factura de Minercol número 003187 (1370 DFD) del 6 de octubre de 2002**²²², por concepto de canon superficiario del contrato 122/95, liquidado sobre un área de 46,9496 hectáreas, correspondiente al tercer trimestre de 2002, por un valor total (con IVA incluido) de \$8'414.307. La factura tiene sello de "RECIBIDO CORRESPONDENCIA" de Minercol, del 16 de octubre de 2002.

3.2.1.117.- Copia auténtica del "**INFORME DE VISITA TÉCNICA, AL CONTRATO N° 122-95M TITULAR: ESMERACOL S.A.**", presentado por el ingeniero de minas Wilfrido Sangunio, el **8 de noviembre de 2002**, como parte del Programa de Fiscalización, Seguimiento y Control de la Gerencia Operativa Regional número 1 (Nobsa) de Minercol²²³, en el que se consignó, entre otros, que:

"En el momento de la visita NO se encontraban laborando temporalmente por problema de explosivos y energía los cortes: Bonanza, Promesa, Victoria, Brisas, Jerusalén, Itoco y Esperanza.

Corte Activos actualmente: 17

Cortes inactivos temporalmente: 7

Cortes inactivos y abandonados: 7

Total de cortes: 31

[...]

5.16. Medidas preventivas de seguridad

[...]

Se debe prohibir el ingreso a [sic] Guaqueros a los cortes ya que son personas extrañas a la empresa, ya que el artículo 9 del reglamento de seguridad de labores subterráneas (decreto 1335/87) prohíbe el ingreso de personal ajeno al título minero a las labores subterráneas.

[...]

6. Recomendaciones

[...]

Las labores de exploración y explotación se encuentran actualmente dentro del área de contrato de Esmeracol S.A."

3.2.1.118.- Copia auténtica de la **factura de Minercol número 003317 (1476 DFD) del 18 de noviembre de 2012**²²⁴, por concepto de canon superficiario del contrato 122/95, liquidado sobre un área de 46,9496 hectáreas, correspondiente al tercer trimestre de 2002, por un valor total de \$72'537.132. La factura tiene sello de "RECIBIDO CORRESPONDENCIA" de Minercol, del 29 de noviembre de 2002.

3.2.1.119.- Copia auténtica de la **factura de Minercol número 003318 (1477 DFD) del 18 de noviembre de 2012**²²⁵, por concepto de administración del contrato 122/95, liquidado sobre un área de 46,9496 hectáreas, correspondiente al tercer trimestre de 2002, por un valor total de \$8'414.307. La factura tiene sello de "RECIBIDO CORRESPONDENCIA" de Minercol, del 29 de noviembre de 2002

3.2.1.120.- Copia auténtica del **oficio 8205 del 29 de noviembre de 2002**²²⁶, a través del cual **Minercol** le recordó a Esmeracol que se encontraba en estado de incumplimiento del pago de la segunda cuota prevista en el acuerdo suscrito, correspondiente al 23 de octubre de 2002, y que la cuota del mes de diciembre

²²² Folio 15 del cuaderno 2.

²²³ Folios 1443 a1470 del cuaderno 6.

²²⁴ Folio 16 del cuaderno 2.

²²⁵ Folio 17 del cuaderno 2.

²²⁶ Folio 1472 del cuaderno 6.



estaba próxima a vencerse. Manifestó además que no se habían cancelado las facturas número 2957, 2958, 3317 y 3318.

3.2.1.121.- Copia auténtica de la **factura de Minercol número 003442 (1566 DFD) del 5 de diciembre de 2012²²⁷**, por concepto de administración del contrato 122/95, liquidado sobre un área de 46,9496 hectáreas, correspondiente al cuarto trimestre de 2002, por un valor total (con IVA incluido) de \$8'414.307. La factura tiene sello de "RECIBIDO CORRESPONDENCIA" de Minercol, del 19 de diciembre de 2002.

3.2.1.122.- Copia auténtica de la **factura de Minercol número 003385 (1565 DFD) del 5 de diciembre de 2012²²⁸**, por concepto de canon superficiario del contrato 122/95, liquidado sobre un área de 46,9496 hectáreas, correspondiente al cuarto trimestre de 2002, por un valor total de \$72'537.132. La factura tiene sello de "RECIBIDO CORRESPONDENCIA" de Minercol, del 17 de diciembre de 2002.

3.2.1.123.- Copia auténtica de la **Resolución número 002 del 17 de febrero de 2003, proferido por el Segundo Comandante y Jefe de Estado Mayo de la Primera Brigada del Ejército Nacional²²⁹**, por la cual se suspendió de forma definitiva la venta de explosivos y accesorios a la empresa Esmeracol, por incumplimiento del artículo 52 del Decreto 2535 de 1993, debido a que Esmeracol: (i) suministraba explosivos a otras empresas, sin autorización de la Brigada; (ii) no presentaba la documentación requerida, como las actas de quema y cuadro de consumo mensual de material; y, (iii) se lucraba de la venta de explosivos y accesorios, al venderlos por mayor precio a otras empresas mineras, a las cuales la Primera Brigada le había suspendido su venta.

3.2.1.124.- Copia auténtica del **oficio 1092-1833 del 18 de marzo de 2003²³⁰**, mediante el cual Minercol le recordó nuevamente a Esmeracol que se encontraba en estado de incumplimiento del pago de las cuotas previstas en el acuerdo suscrito, correspondientes a los meses de octubre y diciembre de 2002, y febrero de 2003. Manifestó además que no se habían cancelado las facturas número 2957, 2958, 3317, 3318, 3358, 3442, 1775 y 1776.

3.2.1.125.- Copia auténtica del **acta de visita de seguridad minera a explotaciones subterráneas del 4 de marzo de 2003²³¹**, suscrita por representantes de Minercol y Esmeracol, en la que, entre otras se recomendó: "*Fijar políticas claras sobre acceso de gUAQUEROS no autorizados para los diferentes cortes*".

3.2.1.126.- Copia auténtica de la **factura de Minercol número 003626 (1776 DFD) del 11 de marzo de 2003²³²**, por concepto de administración del contrato 122/95M, calculada sobre un área de 46,9496 hectáreas, correspondiente al primer trimestre del 2003, por un valor total (con IVA incluido) de \$9'040.615. La factura tiene sello de "RECIBIDO CORRESPONDENCIA" de Minercol del 19 de marzo del 2003.

3.2.1.127.- Copia auténtica de la **factura de Minercol número 003625 (1775 DFD) del 11 de marzo de 2003²³³**, por concepto de canon superficiario del contrato 122/95M, calculada sobre un área de 46,9496 hectáreas, correspondiente al primer

²²⁷ Folio 12 del cuaderno 2.

²²⁸ Folio 13 del cuaderno 2.

²²⁹ Folios 1486 y 1487 del cuaderno 6.

²³⁰ Folio 1488 del cuaderno 6.

²³¹ Folios 1496 a 1499 del cuaderno 6.

²³² Folio 24 del cuaderno 2.

²³³ Folio 24 del cuaderno 2.



trimestre del 2003, por un valor total de \$77'936.336. La factura tiene sello de "RECIBIDO CORRESPONDENCIA" de Minercol del 19 de marzo del 2003.

3.2.1.128.- Copia auténtica del "**INFORME DE VISITA TÉCNICA, AL CONTRATO N° 122-95M TITULAR: ESMERACOL S.A.**", presentado por el ingeniero de minas Wilfrido Sangunio, el **30 de abril de 2003**, como parte del Programa de Fiscalización, Seguimiento y Control de la Gerencia Operativa Regional número 1 (Nobsa) de Minercol²³⁴. La visita tuvo por objeto la minas o cortes: "*Nuevo Milenio, Promesa, La Victoria, El Progreso, Los Primos, Morrallero, Bonanza, La Tabla, Millonarios, La Paz y Cristales*". Se recomendó la adopción inmediata de diversas medidas preventivas, así como el cumplimiento del concepto técnico número 1091-0275 de 9 de marzo de 2003, presentado por la División de Seguimiento y Control sobre el Informe Anual de Explotación de 2001, además de la actualización de las proyecciones de los trabajos.

3.2.1.129.- Copia auténtica de la **factura de Minercol número 003789 (1984 DFD) del 12 de mayo de 2003**²³⁵, por concepto de administración del contrato 122/95M, calculada sobre un área de 46,9496 hectáreas, correspondiente al segundo trimestre del 2003, por un valor total (con IVA incluido) de \$9'040.615. La factura tiene sello de "RECIBIDO CORRESPONDENCIA" de Minercol del 22 de mayo de 1992.

3.2.1.130.- Copia auténtica de la **factura de Minercol número 003788 (1983 DFD) del 12 de mayo de 2003**²³⁶, por concepto de canon superficiario del contrato 122/95M, calculada sobre un área de 46,9496 hectáreas, correspondiente al segundo trimestre del 2003, por un valor total de \$77'936.336. La factura tiene sello de "RECIBIDO CORRESPONDENCIA" de Minercol del 22 de mayo de 1992.

3.2.1.131.- Copia auténtica del "**INFORME DE VISITA TÉCNICA, AL CONTRATO N° 122-95M TITULAR: ESMERACOL S.A.**", presentado por el ingeniero de minas Wilfrido Sangunio, el **30 de mayo de 2003**, como parte del Programa de Fiscalización, Seguimiento y Control de la Gerencia Operativa Regional número 1 (Nobsa) de Minercol²³⁷. La visita tuvo por objeto "[...] *posicionar las bocaminas con el GPS PATHFINDER TRIMBLER* [...]", con lo cual se obtuvieron las coordenadas de las bocaminas Los Primos, Progreso, Esperanza, Diamante, Fortuna, Marranera, La Tabla, Cero-Cero, San Pedro y Amistad, las cuales se especifican en el informe. Se recomendó continuar este tipo de visita, así como dar cumplimiento al concepto técnico número 1091-0275 de 9 de marzo de 2003.

3.2.1.132.- Copia auténtica de la **factura de Minercol número 003860 (2091 DFD) del 17 de junio de 2003**²³⁸, por concepto de administración del contrato 122/95M, calculada sobre un área de 46,9496 hectáreas, correspondiente al tercer trimestre del 2003, por un valor total (con IVA incluido) de \$9'040.615. La factura tiene sello de "CORRESPONDENCIA" de Esmeracol del 9 de julio del 2003, y sello de "RECIBIDO CORRESPONDENCIA" de Minercol del 2 de julio de 2003.

3.2.1.133.- Copia auténtica de la **factura de Minercol número 003859 (2090 DFD) del 17 de junio de 2003**²³⁹, por concepto de canon superficiario del contrato 122/95M, calculada sobre un área de 46,9496 hectáreas, correspondiente al tercer trimestre del 2003, por un valor total de \$77'963.336. La factura tiene sello de

²³⁴ Folios 1504 a 1527 del cuaderno 6.

²³⁵ Folio 22 del cuaderno 2.

²³⁶ Folio 23 del cuaderno 2.

²³⁷ Folios 1529 a 1534 del cuaderno 6.

²³⁸ Folio 20 del cuaderno 2.

²³⁹ Folio 21 del cuaderno 2.



“CORRESPONDENCIA” de Esmeracol del 9 de julio del 2003, y sello de “RECIBIDO CORRESPONDENCIA” de Minercol del 2 de julio de 2003.

3.2.1.134.- Copia auténtica del **oficio 1110-883 del 18 de septiembre de 2003**²⁴⁰, con el que Minercol manifestó a Esmeracol que venía incumpliendo sistemáticamente sus obligaciones contractuales, por lo cual requirió su incumplimiento en un término de un (1) mes, bajo apremio de caducidad.

3.2.1.135.- Copia auténtica de **aviso fijado en la cartelera de la Gerencia Operativa Regional de Nobsa, el 27 de octubre de 2003**²⁴¹, por el término de un (1) mes, con el que se publicó que Esmeracol se encontraba incurso en la causal de caducidad prevista en la cláusula 20ª del contrato 122-95M, de conformidad con el oficio 1092-1833 del 18 de marzo de 2003, por incumplimiento del acuerdo de pago de 23 de abril de 2002 y el impago de las contraprestaciones económicas a que había lugar. Se informó asimismo que mediante oficio el 1110-883 del 18 de septiembre de 2003 Esmeracol había sido requerida al cumplimiento de sus obligaciones, bajo apremio de caducidad

3.2.1.136.- Copia auténtica del **oficio 1092-7060 con sello de recibido de 4 de noviembre de 2003**²⁴², a través del cual Minercol le recordó a Esmeracol que se encontraba en proceso de caducidad por incumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato 122-95M, así como en el acuerdo de pago de 23 de abril de 2002, y que la única forma de detener dicho proceso consistía en pagar las cuotas convenidas en el acuerdo mencionado, además de las facturas que en este oficio se relacionaban.

3.2.1.137.- Copia auténtica de la **Resolución número 003 del 12 de marzo de 2004, proferido por el Segundo Comandante y Jefe de Estado Mayor de la Primera Brigada del Ejército Nacional**²⁴³, por la cual se levantó la suspensión a la venta de materiales explosivos y accesorios a Esmeracol, ordenada mediante la Resolución 002 del 17 de febrero de 2003. Como fundamento de esta decisión, se argumentó que: **(i)** la Fiscalía ordenó por “*INHIBIRSE DE ABRIR INSTRUCCIÓN*” por el delito de actividades terrorista, tipificado en el artículo 345 del Código Penal²⁴⁴, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 327 del Código de Procedimiento Penal²⁴⁵; **(ii)** el Segundo Comandante del Batallón de Infantería Sucre había emitido concepto a favor del representante legal de Esmeracol, de acuerdo con el cual éste cumplía “[...] *las medidas de seguridad de la zona; cuenta con vigilancia privada las 24 horas, e igualmente cuenta con polvorían construido con las mejores especificaciones técnicas. [...] El Director de corte controla el consumo de explosivos; el almacenista y quien manipula los explosivos es [...] calificado y capacitado en sistemas de perforación y manejo de estos elementos*”; y, **(iii)** “[...] *a empresa ESMERACOL S.A. cumple con los requisitos estipulados en el decreto 1809 de 1994 artículo 11 requisitos para la compra de explosivos a la Industria militar*”.

²⁴⁰ Folio 1544 del cuaderno 6.

²⁴¹ Folio 1547 del cuaderno 6.

²⁴² Folio 1548 del cuaderno 6.

²⁴³ Folios 1559 y 1560 del cuaderno 6. También se encuentra copia simple a folios 71 y 72 del cuaderno 2.

²⁴⁴ LEY 599 DE 2000. “Artículo 345. Administración de recursos relacionados con actividades terroristas. El que administre dinero o bienes relacionados con actividades terroristas, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de doscientos (200) a diez mil (10.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

²⁴⁵ LEY 600 DE 2000. Artículo 327, inciso 1º. “Resolución inhibitoria. El Fiscal General de la Nación o su delegado, se abstendrán de iniciar instrucción cuando aparezca que la conducta no ha existido, que es atípica, que la acción penal no puede iniciarse o proseguirse o que está demostrada una causal de ausencia de responsabilidad”.



3.2.1.138.- Copia simple del **oficio del jefe del Departamento Zona Occidente de la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. número 53030-223 del 29 de julio de 2004**²⁴⁶, en el que consta que Esmeracol “[...] desde hace varios años ha estado en un proceso de legalización y negociación con la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. por la cartera vencida de dicha compañía y de la comunidad de su influencia. Certificamos que en marzo del 2002 se le suspendió el servicio por deuda generada en años anteriores; en el año 2003, se suspendió en varios periodos por quema del transformador de Santa Bárbara, de donde se abastece la zona minera de Coscuez”.

3.2.1.139.- Copia simple del **escrito del 27 de julio de 2004**²⁴⁷, mediante el cual el **Alcalde de Muzo (Boyacá)**, José Danilo Pineda Campos, certificó que Esmeracol sostenía estrechos vínculos con la comunidad de dicho municipio, a la cual había apoyado mediante diversas obras, y que dicha empresa había constituido un soporte a proceso de paz del occidente de Boyacá.

3.2.1.140.- Copia simple del **escrito del 28 de julio de 2004**²⁴⁸, con el que el **Alcalde de Otanche (Boyacá)**, Ramiro Antonio Ortiz Ramírez, certificó que Esmeracol sostenía estrechos vínculos con la comunidad de dicho municipio, a la cual había apoyado mediante diversas obras, y que dicha empresa había constituido un soporte a proceso de paz del occidente de Boyacá, en términos idénticos al anterior documento firmado por el alcalde de Muso.

3.2.1.141.- Copia simple del **escrito del 28 de julio de 2004**²⁴⁹, por medio del cual el **Alcalde de San Pablo de Borbur (Boyacá)**, Jorge Armando Espitia Solano, certificó que Esmeracol sostenía estrechos vínculos con la comunidad de dicho municipio, a la cual había apoyado mediante diversas obras, y que dicha empresa había constituido un soporte a proceso de paz del occidente de Boyacá, en términos idénticos a los anteriores documentos firmados por los alcaldes de Muso y Otanche.

3.2.1.142.- Copia simple del **escrito de 17 de agosto de 2004**²⁵⁰, mediante el cual el **Director Regional del Sena – Boyacá**, Samuel Antonio Gómez Cristancho, certificó que Esmeracol venía desarrollando actividades de formación profesional y asistencia para Esmeracol.

3.2.1.144.- Copia auténtica del **informe de la Gobernación de Boyacá titulado “Conflicto y Paz en el Occidente de Boyacá”**²⁵¹, en el que se relatan los siguientes hechos relacionados con la conflictividad en las zonas de Coscuez y Muzo, dentro de las cuales se desarrolla la explotación minera objeto del contrato de operación minera 122-95M.

El Banco de la República venía explotando las minas de esmeraldas de Coscuez y Muzo de forma exclusiva desde 1946. A comienzos de la década de los sesenta, comenzaron a llegar a la región personas que, a diferencia de los locales, conocían el valor comercial de las esmeraldas. Inició entonces la explotación particular de yacimientos esmeraldíferos, la cual se incrementó con el descubrimiento de los yacimientos de Peñas Blancas, a 20 kilómetros de Coscuez. Esto atrajo a pobladores de diversos lugares del país y el surgimiento de núcleos de poder, con la consiguiente ruptura del orden socioeconómico de la región. El Gobierno Nacional decidió entonces declarar

²⁴⁶ Folio 73 del cuaderno 2.

²⁴⁷ Folio 74 del cuaderno 2.

²⁴⁸ Folio 75 del cuaderno 2.

²⁴⁹ Folio 76 del cuaderno 2.

²⁵⁰ Folio 77 del cuaderno 2.

²⁵¹ Folios 1582 a 1583 del cuaderno 6. También se encuentra copia simple a folios 85 a 94 del cuaderno 2.



que toda explotación y comercialización de esmeraldas ajena a la ejercida por el Banco de la República, era ilegal, con lo que los negocios particulares pasaron a la clandestinidad. Se decidió así, en 1968, terminar con la explotación exclusiva del Banco de la República, la cual pasó a manos de Ecominas, que en 1973, en estado de bancarrota, procedió a ceder la explotación de las minas de Coscuez y Muzo a particulares, a través de licitaciones públicas.

En el anterior escenario, surgió un conflicto en el que se identifican tres periodos de mayor intensidad, comprendidos entre 1970 y 1973, 1976 y 1976, y 1984 y 1990. En este último periodo de conflicto, culminó debido a que “[a] finales de la década de los 80 se había concretado la lucha al enfrentamiento de dos grupos definidos que ejercían dominio territorio en áreas bien definido, con gran potencial de armas y equipos sofisticados y con capacidad de daño que los hizo capaces de acciones depredatorias en toda la Provincia [...]”. Este conflicto trajo consigo alteraciones a las condiciones socioeconómicas, jurídicas, éticas y de convivencia en la región.

Finalmente, los líderes de los dos (2) bandos enfrentados resolvieron pactar la paz, con la mediación del clero, para lo cual suscribieron un documento de compromiso cese de hostilidades, el cual se plasmó en documento firmado el 12 de julio de 1990 en la zona esmeraldífera de Muzo-Quipama. En el marco de este acuerdo, se desarrolló el 28 de mayo de 1991 un foro, en el cual se creó el Comité de normalización, Verificación y Desarrollo del Occidente de Boyacá, reconocido con la Resolución de la Gobernación de Boyacá de 0097 de 12 de agosto de 1992. Tras ello, en mayo del 2000, se creó la Corporación PAZVIVA, como organización no gubernamental, con el fin de “*dirigir y concertar las acciones para el fortalecimiento del proceso de [sic] Paz y orientarlo eficazmente hacia objetivos de desarrollo socioeconómico concretos y mensurables que, al mismo tiempo, afinasen las libertades fundamentales, los [sic] Derechos Humanos y las responsabilidades sociales como condición esencial para esos logros*”.

En cualquier caso, las alteraciones que el conflicto en el occidente de Boyacá trajo consigo, sumadas a la ausencia del Estado y los grupos políticos, produjo unos altos índices de necesidades básicas insatisfechas, a las cuales se suman falencias en educación, salud y salubridad. La comunidad ha permanecido además en un estado calificado como “*prepolítico*”, ya que ésta “[...] *no participa en la institucionalidad del Estado ni ha ejercido una militancia política con contenido social y con partidos u organizaciones estables, sólidas y con proyección histórica, lo cual ha afectado la cohesión social*”.

3.2.1.145.- Copia de unos **mapas en los que se localiza el área en la que se desarrolla el proyecto minero de Esmeracol**²⁵², sin indicación de la fuente de la que fueron tomados.

3.2.1.144.- Copia de unas **tablas con las estadísticas de los homicidios en los distritos de Chiquinquirá**²⁵³, sobre la cual no existe constancia de su procedencia, ni fuente.

²⁵² Folios 78 a 80 del cuaderno 2.

²⁵³ Folios 81 a 84 del cuaderno 2.



3.2.1.145.- Comunicación, con fecha de 12 de octubre de 2004²⁵⁴, con rótulo de recibido del día siguiente, en la que **Esmeracol** manifestó que, debido a la suspensión en el suministro de explosivos durante un período de trece (13) meses y la suspensión del suministro de electricidad durante diferentes períodos del 2002 y el 2003, tuvo que suspender la producción de las minas objeto del contrato de operación minera. Puso de presente además la importancia de la empresa en la región, la cual permite el guaqueo de personas de la región, como contribución al proceso de paz del occidente de Boyacá. En atención a lo anterior, solicitó “[...] *la posibilidad de recalcular el total de la deuda, eliminando el cobro de los períodos en los cuales la Empresa estuvo inactiva por motivos de fuerza mayor (falta de fluido eléctrico y materiales explosivos)* [...]”.

3.2.1.146.- Copia simple del concepto de la jefa de la Oficina de Asesoría Jurídica del Ministerio de Minas y Energía del 9 de noviembre de 2004²⁵⁵, dirigido al Subdirector de Fiscalización y Ordenamiento Minero del Ingeominas, en el que, tras analizar la normativa pertinente, concluye que:

“[...] el Instituto Colombiano de Geología y Minería –Ingeominas–, es la autoridad competente para expedir los actos administrativos tendientes a liquidar los contratos mineros pendientes de este trámite, y por ende a recaudar y cobrar la cartera morosa generada por concepto de contraprestaciones económicas y demás obligaciones sin cumplir por los beneficiarios de títulos mineros, a la fecha del 28 de enero de 2004, fecha en la que se ordenó la liquidación de la Empresa Nacional Minera Limitada Minercol Ltda.”.

3.2.1.147.- Copia auténtica de la comunicación del 24 de noviembre de 2004²⁵⁶, con la cual el Subdirector de Fiscalización y Ordenamiento Minero del Ingeominas remitió la factura 000188, correspondiente al canon superficiario del contrato 122-95M.

3.2.1.148.- Copia auténtica de la factura del Ingeominas SM-000188 del 24 de noviembre de 2004²⁵⁷, por concepto de canon superficiario del contrato 122/95, liquidado sobre un área de 46,9496 hectáreas, correspondiente al tercer trimestre del 2004, por un valor total de \$84'039.789.

3.2.1.149.- Copia auténtica de la comunicación del 24 de noviembre de 2004²⁵⁸, con la cual del Subdirector de Fiscalización y Ordenamiento Minero del Ingeominas remitió la factura 000189, correspondiente a la administración del contrato 122-95M.

3.2.1.150.- Copia auténtica de la factura del Ingeominas SM-000189 del 24 de noviembre de 2004²⁵⁹, por concepto de administración del contrato 122/95, liquidado sobre un área de 46,9496 hectáreas, correspondiente al tercer trimestre del 2004, por un valor total (con IVA incluido) de \$9'748.615.

3.2.1.151.- Oficio 1101-7082 de Minercol en Liquidación²⁶⁰, por medio del cual le comunica al gerente general de Esmeracol que, pese a que esta última le adeuda a la primera un total de \$860'747.561, por las contraprestaciones económicas del contrato 122-95M, con las rebajas por políticas de cartera, ésta podría beneficiarse de un descuento de \$220'107.119, con lo que la suma a cancelar ascendería a

²⁵⁴ Folios 58 a 59 A del cuaderno 2. También se encuentra copia auténtica a folios 1598 a 1600 del cuaderno 6.

²⁵⁵ Folios 95 a 97 del cuaderno 2.

²⁵⁶ Folio 1608 del cuaderno 6.

²⁵⁷ Folio 1609 del cuaderno 6.

²⁵⁸ Folio 1610 del cuaderno 6.

²⁵⁹ Folio 1609 del cuaderno 6.

²⁶⁰ Folio 56 del cuaderno 2. También se encuentra copia auténtica a folios 1611 y 1612 del cuaderno 6.



\$640'640.442. Se pone de presente, además, que “[...] con la expedición del Decreto 3577 del 29 de octubre de 2004, publicado el 3 de noviembre de 2004, la competencia del recudo y distribución de regalías y otras contraprestaciones económicas generadas por la explotación de esmeraldas es del Instituto Colombiano de Geología y Minería – Ingeominas”.

3.2.1.152.- Copia auténtica de la **comunicación del 8 de febrero de 2005**²⁶¹, con la cual el Subdirector de Fiscalización y Ordenamiento Minero del Ingeominas remitió la factura 000189, correspondiente al canon superficiario del contrato 122-95M, para el primer periodo del 2005, por un valor total de \$89'556.362.

3.2.1.153.- Copia auténtica de la **factura del Ingeominas SM-000220**²⁶², cuyo texto es ilegible.

3.2.1.154.- Copia auténtica de la **comunicación del 8 de febrero de 2005**²⁶³, con la cual del Subdirector de Fiscalización y Ordenamiento Minero del Ingeominas remitió la factura 000221, correspondiente a la administración del contrato 122-95M para el primer trimestre del 2005, por una valor de \$10'388.538.

3.2.1.155.- Copia auténtica de la **factura del Ingeominas SM-000221**²⁶⁴, cuyo texto es ilegible.

3.2.1.156.- Copia auténtica de la **comunicación del 13 de abril de 2005**²⁶⁵, por medio de la cual Esmeracol solicitó al Ingeominas que analice la posibilidad de elaborar un nuevo acuerdo de pago, teniendo en cuenta el cese de operaciones que, durante 14 meses, afrontó dicha empresa entre 2002 y 2003, debido a la falta de fluido eléctrico y la sanción de la industria militar. Aparte, manifestó que:

“Consideramos complejo en términos de cumplimiento, efectuar un acuerdo de pago y simultáneamente operar con el canon vigente. Si bien es cierto, la mora en nuestras obligaciones obedece a nuestros altos costos de operación y a la baja producción que hemos registrado en los últimos años. Consideramos irresponsable de nuestra parte, comprometernos con el acuerdo y con [sic] en canon vigente en marcha. Por lo anterior, solicitamos la diligencia de Ingeominas para evaluar la posibilidad de congelar el canon, por menos, mientras dure vigente el acuerdo de pago que vayamos celebrando”.

3.2.1.157.- Copia auténtica de la **comunicación del 11 de abril de 2005**²⁶⁶, con la cual la Subdirectora de Fiscalización y Ordenamiento Minero del Ingeominas remitió la factura 000265, correspondiente a la administración del contrato 122-95M.

3.2.1.158.- Copia auténtica de la **factura del Ingeominas SM-000265 del 11 de abril de 2005**²⁶⁷, por concepto de administración del contrato 122/95, liquidado sobre un área de 46,9496 hectáreas, correspondiente al segundo trimestre de 2005, por un valor total (con IVA incluido) de \$10'388.538.

3.2.1.159.- Copia auténtica de la **comunicación del 11 de abril de 2005**²⁶⁸, con la cual la Subdirectora de Fiscalización y Ordenamiento Minero del Ingeominas remitió la factura 000264, correspondiente al canon superficiario del contrato 122-95M.

²⁶¹ Folio 1613 del cuaderno 6.

²⁶² Folio 1614 del cuaderno 6.

²⁶³ Folio 1615 del cuaderno 6.

²⁶⁴ Folio 1616 del cuaderno 6.

²⁶⁵ Folios 1620 y 1621 del cuaderno 6.

²⁶⁶ Folio 1622 del cuaderno 6.

²⁶⁷ Folio 1623 del cuaderno 6.

²⁶⁸ Folio 1613 del cuaderno 6.



3.2.1.160.- Copia auténtica de la **factura del Ingeominas SM-000264 del 11 de abril de 2005**²⁶⁹, por concepto de canon superficiario del contrato 122/95, liquidado sobre un área de 46,9496 hectáreas, correspondiente al segundo trimestre de 2005, por un valor total de \$89'556.362.

3.2.1.161.- Copia auténtica de la **comunicación del Ingeominas del 17 de mayo de 2005 y rótulo de recibido del 18 de mayo subsiguiente**²⁷⁰, a través de la cual **Esmeracol** informó al Ingeominas que había cancelado \$297'270.313 correspondientes a los cánones superficiario y de administración “[...] a marzo de 2015 [...] dando cumplimiento a lo pactado por Esmeracol S.A., Ingeominas y el doctor [sic] camilo Ospina de la Presidencia de la República, para el saneamiento de cartera de las empresas mineras”. Añadió que se encontraba a la espera del estudio de las bases jurídicas del anterior acuerdo, “para iniciar en firme nuestra conciliación de cartera”. A esta comunicación se adjuntaron los comprobantes de las consignaciones referidas, así como la póliza de cumplimiento del contrato 122-95M.

3.2.1.162.- Copia auténtica de la **comunicación de Esmeracol del 1º de julio de 2005**²⁷¹, con rótulo de recibido de la misma fecha, con la cual remitió los informes técnicos y mineros de 2003 y 2004, cuya entrega se encontraba pendiente.

3.2.1.163.- Copia auténtica de la **comunicación fechada el 12 de julio de 2005**²⁷², con la cual la Subdirectora de Fiscalización y Ordenamiento Minero remitió a Esmeracol la factura SM-000442, por concepto de canon superficiario del contrato 122-95M, correspondiente al tercer semestre de 2005, por un valor de \$89'556.362.

3.2.1.164.- Copia auténtica de la **factura del Ingeominas SM-00442 del 12 de julio de 2005**²⁷³, por concepto de canon superficiario del tercer trimestre de 2005, liquidado sobre un área de 46,9496 hectáreas, por un valor total de \$89'556.362.

3.2.1.165.- Copia auténtica de la **comunicación del Ingeominas fechada el 12 de julio de 2005**²⁷⁴, con la cual la Subdirectora de Fiscalización y Ordenamiento Minero remitió a Esmeracol la factura SM-000443, por concepto de administración del contrato 122-95M, correspondiente al tercer semestre de 2005, por un valor de \$8'955.636.

3.2.1.166.- Copia auténtica de la **factura del Ingeominas SM-00443**²⁷⁵, cuyo texto es ilegible.

3.2.1.167.- Copia simple de la **Resolución 332 del 5 de agosto de 2005**²⁷⁶, con la que el Director General del Ingeominas asignó a la Subdirección de Fiscalización y Ordenamiento Minero, además de las funciones establecidas en el artículo 3º de la Resolución D-939 del 16 de noviembre de 2004, la función de: “Expedir los actos administrativos sobre la liquidación de los contratos y demás títulos mineros”.

3.2.1.168.- Copia auténtica del **concepto técnico elaborado por la Subdirección de Fiscalización y Ordenamiento Minero – Grupo de Seguimiento y Control del**

²⁶⁹ Folio 1623 del cuaderno 6.

²⁷⁰ Folios 1628 a 1631 del cuaderno 6.

²⁷¹ Folio 1632 del cuaderno 6.

²⁷² Folio 1633 del cuaderno 6.

²⁷³ Folio 1634 del cuaderno 6.

²⁷⁴ Folio 1633 del cuaderno 6.

²⁷⁵ Folio 1635 del cuaderno 6.

²⁷⁶ Folios 98 y 99 del cuaderno 2.



Ingeominas, de 31 de agosto de 2005²⁷⁷, en el que se evaluó la solicitud de suspensión del contrato 122-95M, elevada por Esmeracol. Esta dependencia manifestó que la suspensión del contrato por el lapso transcurrido entre el 12 de febrero de 2003 y el 1º de enero de 2004 era procedente. A este concepto se anexó un estado de cuenta del contrato referido, así como unas recomendaciones para la actualización de programa de trabajos e inversiones (PTI).

3.2.1.169.- Copia auténtica de la **comunicación de Esmeracol del 8 de noviembre de 2005²⁷⁸**, con rótulo de recibido del día siguiente, mediante la cual dicha empresa manifestó al Ingeominas que:

"[...] según nuestro estado de cuenta remitido por ustedes en oficio de fecha 31 de [sic] Octubre de 2005, encontramos que las facturas No. 0264 y 0265 correspondientes al segundo [sic] Trimestre del año 2005 por el concepto de canon superficial y administración respectivamente del contrato 122/95/M por 46.9496 hectáreas, ya fueron canceladas en su totalidad el día 04 de octubre de 2005".

3.2.1.170.- Copia auténtica de la **factura del Ingeominas SM-000264 del 11 de abril de 2005²⁷⁹**, con sello de "CANCELADO".

3.2.1.171.- Copia auténtica de la **factura del Ingeominas SM-000265 del 11 de abril de 2005²⁸⁰**, con sello de "CANCELADO".

3.2.1.172.- Copia auténtica de la **Resolución del Subdirector de Fiscalización y Ordenamiento Minero del Ingeominas SFO-154 del 15 de diciembre de 2005²⁸¹**, por medio de la cual esta entidad resolvió: (i) aceptar la suspensión del contrato 122-95M entre el 17 de febrero del 2003 y el 1º de enero de 2004; y (ii) declarar que, en consecuencia, Esmeracol le adeuda al Ingeominas \$580'579.1335.

3.2.1.173.- Copia auténtica del **escrito del 19 de diciembre de 2005²⁸²**, mediante el cual la Coordinadora del Grupo de Información y Atención al Minero del Ingeominas le comunicó a Esmeracol que se había proferido la Resolución SFOM-154 del 15 de diciembre de 2005, de la cual debía notificarse personalmente durante los tres (3) días siguientes en la dirección del Ingeominas especificada o, en caso de que no lo hiciera, sería notificada con edicto.

3.2.1.174.- Copia auténtica del **"INFORME DE VISITA TÉCNICA Y DE SEGURIDAD No. ODPB - 569-2005"**, del mes de diciembre de 2005²⁸³, elaborado por un ingeniero de minas y metalurgia de la Subdirección de Fiscalización y Ordenamiento Minero del Ingeominas-Grupo de Seguimiento y Control, como resultado de la visita efectuada el 16 de diciembre de 2005.

3.2.1.175.- Copia auténtica de la **comunicación del 17 de enero del 2006²⁸⁴**, a través de la cual la **Subdirectora de Contratación y Titulación del Ingeominas** puso en conocimiento de Esmeracol que en el expediente 122-95M se había proferido auto que sería notificado por estado del 19 de enero de 2006 en las dependencias de la entidad remitente.

²⁷⁷ Folios 1830 a 18 del cuaderno 7.

²⁷⁸ Folio 1849 del cuaderno 7.

²⁷⁹ Folio 1851 del cuaderno 7.

²⁸⁰ Folio 1851 del cuaderno 7.

²⁸¹ Folios 1853 a 1856 del cuaderno 7; y 8 a 11 del cuaderno 2.

²⁸² Folio 1857 del cuaderno 7.

²⁸³ Folio 1859 a 1863 del cuaderno 7.

²⁸⁴ Folio 1865 del cuaderno 7.



3.2.1.176.- Copia auténtica de la **factura del Ingeominas SM-000633 del 23 de enero de 2006**²⁸⁵, por concepto de administración del contrato 122-95M, correspondiente al cuarto trimestre de 2005, liquidado sobre un área de 46,9496 hectáreas, por un valor total (con IVA incluido) de \$8'955.636.

3.2.1.177.- Copia auténtica de la **factura del Ingeominas SM-000632 del 23 de enero de 2006**²⁸⁶, por concepto de canon superficiario del contrato 122-95M, correspondiente al cuarto trimestre de 2005, liquidado sobre un área de 46,9496 hectáreas, por un valor total de \$89'556.362.

3.2.1.178.- Copia auténtica de la **factura del Ingeominas SM-000696 del 3 de abril de 2006**²⁸⁷, por concepto de canon superficiario del contrato 122-95M, correspondiente al primer trimestre del 2006, liquidado sobre un área de 46,9496 hectáreas, por un valor total de \$95'777.184.

3.2.1.179.- Copia auténtica de la **factura del Ingeominas SM-000695 del 3 de abril de 2006**²⁸⁸, por concepto de administración del contrato 122-95M, correspondiente al primer trimestre del 2006, liquidado sobre un área de 46,9496 hectáreas, por un valor total de \$9'577.718.

3.2.1.180.- Copia auténtica de la **factura del Ingeominas SM-000758 del 26 de julio de 2006**²⁸⁹, por concepto de canon superficiario del contrato 122-95M, correspondiente al segundo trimestre del 2006, liquidado sobre un área de 46,9496 hectáreas, por un valor total de \$95'777.184.

3.2.1.181.- Copia auténtica de la **factura del Ingeominas SM-000697 del 26 de julio de 2006**²⁹⁰, por concepto de administración del contrato 122-95M, correspondiente al segundo trimestre del 2006, liquidado sobre un área de 46,9496 hectáreas, por un valor total de \$9'577.718.

3.2.1.182.- Copia auténtica de la **factura del Ingeominas SM-000778 del 27 de septiembre de 2006**²⁹¹, por concepto de canon superficiario del contrato 122-95M, correspondiente al tercer trimestre del 2006, liquidado sobre un área de 46,9496 hectáreas, por un valor total de \$95'777.184.

3.2.1.183.- Copia auténtica de la **factura del Ingeominas SM-000777 del 27 de septiembre de 2006**²⁹², por concepto de administración del contrato 122-95M, correspondiente al tercer trimestre del 2006, liquidado sobre un área de 46,9496 hectáreas, por un valor total de \$9'577.718.

3.2.1.184.- Copia auténtica de la **constancia de ejecutoria GIAM-07-00522**²⁹³ suscrita el 17 de abril de 2017 por la coordinadora de Grupo de Información y Atención al Minero del Ingeominas, en la que consta que:

"[...] la Resolución SFOM N° 154 de fecha 15 de [sic] Diciembre de 2005 proferida dentro del expediente N° 122-95M fue notificada personalmente el 20 de diciembre de 2005 al señor German Humberto Forero [sic] Representante Legal de la sociedad

²⁸⁵ Folio 1866 del cuaderno 6.
²⁸⁶ Folio 1867 del cuaderno 6.
²⁸⁷ Folio 1868 del cuaderno 6.
²⁸⁸ Folio 1869 del cuaderno 6.
²⁸⁹ Folio 1873 del cuaderno 6.
²⁹⁰ Folio 1874 del cuaderno 6.
²⁹¹ Folio 1877 del cuaderno 6.
²⁹² Folio 1878 del cuaderno 6.
²⁹³ Folio 1898 del cuaderno 7.



comercial Esmeracol S.A., queda ejecutoriada y en firme el 26 de Diciembre de [sic] 20057, ya que contra la misma no se [sic] presentaron recurso alguno”.

3.2.1.185.- Certificado de Registro Minero expedido por el Ingeominas el 21 de diciembre de 2005²⁹⁴, en la que consta que: (i) la escritura pública 2335 del 7 de diciembre de 1981, con la especificación “*CONTRATO DE OPERACIÓN*”, fue inscrita el 29 de noviembre de 1990; (ii) la escritura pública 2780 del 27 de agosto de 1991, con la especificación “*OTROSÍ, ACLARANDO ALINDERACIÓN*”, fue inscrita el 11 de octubre de 1991; (iii) el contrato suscrito el 30 de junio de 1995, con especificación “*RENOVACIÓN CONTRATO*”, fue inscrito el 10 de octubre de 1995; y que (iv) el otrosí suscrito el 15 de julio de 2002, con especificación “*MODIFICA EL ÁREA DEL CONTRATO 122-95M (GAFL-08)*”, fue inscrito el 27 de septiembre de 2002.

3.2.1.186.- Historia de cuenta de las matriculas de la Empresa de Energía de Boyacá a nombre de Esmeracol²⁹⁵, en las cuales se consignan los consumos mensuales indicados en cada uno de los medidores instalados en los predios de dicha empresa y el valor de cada una de las facturas.

3.2.1.187.- Copia del contrato de transacción suscrito entre la Esmeracol y la Empresa de Energía de Boyacá²⁹⁶, fechado el **5 de junio de 2007**, con el cual, por política de la segunda, se descontaron los intereses de mora registrados en las facturas de cobro de energía y se acordó que Esmeracol cancelaría las sumas adeudadas en las cuentas número 436695169 y 476445258, en cuatro (4) cuotas mensuales de \$100'000.000 y una cuota mensual adicional de \$197'598.192.

3.2.2. Prueba testimonial.

De las pruebas testimoniales solicitadas y decretadas²⁹⁷, en este proceso se practicaron los testimonios de **Gilberto Rodríguez Muñoz**, quien fue llamado por la parte demandante, para que depusiera sobre “[i]a problemática social, política y de seguridad que se vive en la Región del Occidente de Boyacá y en concreto en la zona de influencia del contrato 122/95”, y de **Luis Eduardo Urbano Barrera**, el cual fue también convocado por la accionante, para que se pronunciara sobre “[l]os eventos de fuerza mayor y caso fortuito sufridos por [...] Esmeracol S.A., los cuales paralizaron la exploración y explotación del contrato 122/95 M [...] durante los años 2002 y 2003 y las consecuencias actuales sufridas por la sociedad por los eventos ocurridos”.

A continuación, se exponen, de forma concisa, los aspectos más relevantes de las declaraciones practicadas, con respecto al objeto de la *litis*.

3.2.2.1.- Testimonio de Gilberto Rodríguez Muñoz, rendido el **13 de agosto de 2007** ante el Magistrado Leonardo Augusto Torres Calderón del Tribunal Administrativo de Cundinamarca²⁹⁸. En su declaración, el señor Rodríguez Muñoz manifestó, en síntesis, que: (i) había trabajado administrando Esmeracol durante varios años, pero en ese momento no estaba vinculado a dicha empresa, ya que su vinculación había concluido en el 2003; (ii) Esmeracol había contribuido a la construcción de infraestructura en la región; (iii) la empresa tenía un departamento de seguridad, el cual no tenía la capacidad suficiente para impedir la entrada de

²⁹⁴ Folios 54 y 55 del cuaderno 2.

²⁹⁵ Folios 313 a 364 del cuaderno 2.

²⁹⁶ Folios 375 a 378 del cuaderno 2.

²⁹⁷ Auto de 13 de junio de 2007. Folios 241 a 243 del cuaderno 1.

²⁹⁸ Folios 300 a 304 del cuaderno 2.



guaqueros en el área de explotación de la empresa, para lo cual se requería el apoyo de la fuerza pública; (iv) la situación de seguridad había mejorado ya que entre los años 1990 y 1995 los guaqueros no respetaban a los vigilantes de la empresa, pero *“a esta fecha más o menos hay un respeto”*; (v) la electricidad de la mina es suministrada por la electrificadora de Boyacá y esta es indispensable para las labores de la mina; (vi) entre los años 1991 y 1995 (o 1996) se presentaron muchos problemas con los guaqueros; (viii) tras ello, la empresa permitió la explotación *“casi libre”* de particulares, con lo que llegaron personas de varios lugares del país durante varios años, *“hasta que los empresarios organizaron la mina”*, pero ya habían pasado varios años y los gastos de energía habían sido cargados a la empresa; (ix) sin energía eléctrica no pueden adelantarse trabajos en la mina y los equipos se dañan, por lo que se requiere un tiempo de recuperación, para retomar las actividades; (x) en minería de socavón o túnel, las bombas se utilizan para sacar el agua, requiriéndose varios días, para evacuar el agua cuando un túnel se inunda; (xi) en el túnel de La Paz, que permaneció un año sin bombeo, se requirió año y medio, para evacuar el agua; (xii) *“[e]n algunos casos existen plantas eléctricas especiales para reemplazar el fluido eléctrico pero que salen más costosas por el gasto del ACPM y demás que se necesitan para el funcionamiento de la planta”*; (xiii) el suministro de explosivos es necesario para el funcionamiento de la mina, con lo cual se han presentado problemas, que han obligado a detener las labores mineras; (xiv) que se han presentado interrupciones temporales en la explotación de la mina, pero no recuerda que hubiera habido una paralización total;.

3.2.2.2.- Testimonio de Luis Eduardo Urbano Barrera, rendido el **13 de agosto de 2007** ante el Magistrado Leonardo Augusto Torres Calderón del Tribunal Administrativo de Cundinamarca²⁹⁹. En su declaración, el señor Urbano Barrear manifestó, en resumen que: (i) trabajó durante 8 años como jefe de seguridad de Esmeracol, luego estuvo desvinculado un tiempo, y desde hacía aproximadamente 4 años se desempeñaba como director administrativo de la empresa; (ii) en el 2002 y el 2003 se desempeñaba como jefe de seguridad; (iii) el servicio de energía se ha prestado deficientemente a la empresa; (iv) funcionarios de la empresa electrificadora se prestaron para realizar instalaciones fraudulentas, por lo que hubo una suspensión del fluido eléctrico por uno o dos años; (vi) Esmeracol siempre pagó los servicios de los *“cortes”* de energía oficiales, más no las de los *“cortes asociados”* ajenos a la empresa; (vii) esto ocasionó el corte del suministro de energía eléctrica, lo que dio lugar a que se realizaran reuniones con la comunidad, dirigidas al restablecimiento del servicio; (viii) durante el tiempo en el que se suspendió el suministro de electricidad la productividad de la mina fue cero; (ix) durante el tiempo de la suspensión se produjeron derrumbes de entre el 5% y el 10% de algunos túneles; (x) se suspendió el suministro de explosivos, por unas investigaciones abiertas por la autoridad competente, por hechos en los que Esmeracol no había tenido nada que ver; (xi) en el momento de la declaración, la empresa contaba con un muy buen equipo para el manejo de explosivos; (xii) los trabajadores asociados realizan un compromiso con la empresa, para las labores de explotación de un frente determinado, *“[...] respecto a lo de la luz y explosivos siempre ha sido responsabilidad del asociado según los convenios que se ha hecho entre la empresa y el asociado, es decir la empresa Esmeracol solicita a INDUMIL un pedido de explosivos y esta a su vez les vende estos explosivos a los asociados de la misma manera la electricidad, cada corte asociado en ese entonces manejaba independientemente el servicio”*; y (xiii) que los asociados dieron malos manejos a los explosivos.

²⁹⁹ Folios 306 a 310 del cuaderno 2.



Al tener un vínculo laboral con Esmeracol en el momento en el que se practicó el anterior testimonio, el señor Urbano Barrera tiene relación de dependencia con dicha empresa, además de un interés en que esta resulte favorecida en el sub judice. Ante tal situación, el testigo se encuentra inmerso en una de las circunstancias de sospecha previstas en el artículo 217 del CPC³⁰⁰, por lo que la Sala examinará su testimonio con mayor rigor.

3.2.3. Prueba pericial

La Sala expondrá, en un primer momento, los fundamentos y elementos determinantes de la valoración de la prueba pericial. A renglón seguido relacionará los resultados del peritaje practicado en el sub judice y, tras ello, procederá a la valoración de tales resultados de conformidad con los fundamentos previamente expuestos.

3.2.3.1. Ámbito de valoración de la prueba pericial.

El juzgador tiene la facultad y el deber de estudiar y valorar las pruebas técnicas o científicas que se sometan a su conocimiento. Con base en la valoración de los fundamentos de dichas pruebas, el juzgador puede adoptar o desechar los resultados del dictamen. En este sentido, la jurisprudencia contencioso-administrativa ha manifestado que:

*"[...] el juez es autónomo para valorar el dictamen y verificar la lógica de sus fundamentos y resultados, toda vez que el perito es un auxiliar de la Justicia, pero él no la imparte ni la administra [...]. En suma, el juez está en el deber de estudiar bajo la sana crítica el dictamen pericial y en la libertad de valorar sus resultados; si lo encuentra ajustado y lo convence, puede tenerlo en cuenta total o parcialmente al momento de fallar; o desechar sensatamente y con razones los resultados de la peritación por encontrar sus fundamentos sin la firmeza, precisión y claridad que deben estar presentes en el dictamen para ilustrar y transmitir el conocimiento de la técnica, ciencia o arte de lo dicho, de suerte que permita al juez de la causa otorgarle mérito a esta prueba por llegar a la convicción en relación con los hechos objeto de la misma"*³⁰¹.

Ahora bien, dicha valoración no debe limitarse a la verificación del nivel de cualificación o de la reputación del perito, los especialistas o la institución que elaboró el dictamen o concepto técnico bajo examen. Así lo ha puesto de presenta la Sala, al manifestar que:

*"[...] el juez, a la luz de la sana crítica y las reglas de la experiencia, debe valorar el dictamen pericial con el fin de acogerlo total o parcialmente o desechar sus resultados, siempre que no sea claro, preciso y detallado y no reúna las condiciones para adquirir eficacia probatoria, como son la conducencia en relación con el hecho por probar; que el perito sea competente, es decir, un verdadero experto para el desempeño del cargo; que no exista un motivo serio para dudar de su imparcialidad; que no se haya probado una objeción por error grave; que el dictamen esté debidamente fundamentado y sus conclusiones sean claras firmes y consecuencia de las razones expuestas; que haya surtido contradicción; que no exista retracto del mismo por parte del perito, en síntesis, que otras pruebas no lo desvirtúen"*³⁰².

³⁰⁰ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. "Artículo 217. Testigos sospechosos. Son sospechosas para declarar las personas que en concepto del juez, se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés con relación a las partes o a sus apoderados, antecedentes personales u otras causas".

³⁰¹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia del 26 de noviembre de 2014, radicación 00834-02(AG).

³⁰² CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia del 9 de octubre de 2014, exp. 28021.



Asimismo, la Corte Constitucional colombiana ha dejado claro que la prueba pericial no depende únicamente del nivel de cualificación del perito, al indicar que, conforme al Código de Procedimiento Civil, la prueba pericial se caracteriza, entre otros aspectos, por “*ser motivado en forma clara, oportuna, detallada y suficientemente (artículo 237)*”³⁰³.

Para definir el ámbito competencial del perito es preciso, en primer lugar, tener en cuenta la razón (el por qué) se recurre a este medio de prueba. Como establecen los arts. 226 C.G.P y 405 C.P.P., “[la] *prueba pericial es procedente cuando sea necesario efectuar valoraciones que requieran conocimientos científicos, técnicos, artísticos o especializados*”³⁰⁴. La necesidad de incorporar esas valoraciones que escapan de la órbita epistemológica del juez es precisamente lo que justifica la incorporación del dictamen pericial, que es: “*un informe llevado a cabo por una persona ajena a los intereses que se ventilan [...], en base a la especialización que tiene sobre ciertos conocimientos científicos, artísticos, prácticos o técnicos en la materia objeto de discusión, con la particularidad de escapar los mismos como regla general al saber del juzgador, limitándose éste posteriormente a valorarla libremente junto con el resto de pruebas practicadas, lo que implica que no estará en ningún caso vinculado al sentido de aquel dictamen*”³⁰⁵.

Son pues los conocimientos científicos necesarios para realizar este examen lo que justifica el recurso a este medio de prueba. Además, al analizar la científicidad de la prueba se están determinando las razones que otorgan fiabilidad de la prueba, lo que debe expresarse en la motivación de la sentencia³⁰⁶.

En este orden de ideas, el valor epistemológico del dictamen pericial depende, ante todo, de su “*fundamento*”, “*razones de ciencia*” o “*rigor científico*”. Esto se encuentra directamente relacionado con el análisis de científicidad del peritaje, ya que los fundamentos y el rigor de un examen son justamente los factores que lo hacen científico. Siendo este un medio de prueba que se justifica por su carácter técnico o científico, ese rigor científico es lo que finalmente permite que sus conclusiones puedan considerarse hechos en un proceso judicial.

Mediante la valoración de la “*calidad epistémica*” de la prueba científica, esto es, la evaluación de su carácter científico, se determina en definitiva la calidad de la este tipo de pruebas. En efecto “*la calidad epistémica de una prueba científica depende de la validez científica y/o metodología de la misma*”. Esto se debe a que “[m]uchas de estas pruebas [...] pueden realizarse por métodos científicos diferentes, y no todos ellos gozan del mismo criterio en la comunidad científica, de manera que la validez científica del método usado, y con ello la calidad de los resultados alcanzados, pudiera ser objeto de discusión”³⁰⁷. En consecuencia, los criterios de científicidad pueden servir también para medir la calidad de diversos dictámenes y compararlos cuando se presenten varias pruebas de este tipo.

3.2.3.2. Resultados del peritaje practicado.

³⁰³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-288 de 2011.

³⁰⁴ Es necesario aclarar aquí que, como explican SALVADOR CODERCH y RUBÍ PUIG: “Saber no es sólo saber hacer. En nuestra cultura, el sentido preciso de las expresiones «ciencia» y «tecnología» es discutido, pero, al menos, hay acuerdo en su falta de sinonimia: conocimiento científico es conocimiento teórico y conocimiento tecnológico es el que se refiere a técnicas que emplean conocimiento científico”. SALVADOR CODERCH, Pablo, y RUBÍ PUIG, Antoni, “Riesgos de Desarrollo y Evaluación Judicial del Carácter Científico de Dictámenes Periciales”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2008, p. 47.

³⁰⁵ SÁNCER PELEGRINA, José Antonio, “Estudio de la prueba del dictamen de peritos a la luz de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil”, *Boletín Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 43, 2002, p. 1.

³⁰⁶ IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *La Motivación de las Sentencias...*, p. 155.

³⁰⁷ GASCÓN ABELLÁN, Marina, “Prueba Científica...”, pp. 88-89.



En el proceso se practicó dictamen pericial rendido por el ingeniero Rubén Darío Mojica Villamizar en este asunto, "*profesor Ocasional de Tiempo Completo adscrito a la Escuela de Ingeniería de Minas*" de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, Seccional Sogamoso, quien fue designado por el Decano de dicha facultad³⁰⁸, por solicitud de la actora³⁰⁹, debido a que la Sociedad Colombia de Ingenieros –la cual fue inicialmente oficiada– manifestó que en sus listados no contaban con ingenieros expertos en la explotación de minas de esmeraldas³¹⁰

El 16 de julio de 2008, el ingeniero Mojica Villamizar presentó **dictamen** mediante escrito³¹¹ en el que en síntesis, dijo:

- a. Las razones mencionadas en la Resolución 002 del 17 de febrero de 2003, de la Primera División del Ejército Nacional, como fundamento de su decisión de sancionar a Esmeracol, con la suspensión del suministro de materiales explosivos y accesorios.
- b. Que dicha suspensión se había prolongado por 12 meses y 25 días, comprendidos entre el 17 de febrero de 2003 y el 12 de marzo de 2004.
- c. Que una vez levantada tal sanción, Esmeracol compró materiales explosivos por un precio de \$165'500.000, como consta en factura del 6 de abril de 2004.
- d. Que, debido a la suspensión del suministro de explosivos, "*muchos de los trabajos que se venían avanzando hasta la fecha [...] se tuvieron que abandonar acarreado la no producción del material de interés económico (esmeraldas)*", por lo que tuvieron que suspender el pago de sus obligaciones.
- e. Que en la zona de Coscuez se presentan problemas sociales relacionados con la producción de esmeraldas, tales como: prostitución, alcoholismo, desempleo, presencia de grupos al margen de la ley, y ausencia de servicios públicos y saneamiento.
- f. Que, según "*un estudio consultivo con los habitantes, mineros y empresarios mineros de la zona de influencia directa*", la autoridad minera no había tomado acciones encaminadas a solucionar los problemas relacionados con la minería de esmeraldas, pero sí habían podido solucionarse problemas de seguridad, "*con la presencia de la fuerza pública y a través de acuerdos directos con los actores involucrados*".
- g. Que, "[m]ediante consulta realizada en los archivos de la empresa Esmeracol S.A.", halló el oficio No. 53030-233 de 29 de julio de 2004³¹², con el cual la Empresa de Energía de Boyacá certificó que el suministro de energía eléctrica a Esmeracol había sido suspendido por falta de pago.
- h. A la pregunta sobre las acciones tomadas por Esmeracol para el restablecimiento del suministro de energía eléctrica, respondió que –según el oficio previamente mencionado– la empresa "*ha demostrado gran voluntad y ha mediado entre la comunidad y la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. con el propósito de recuperar la cartera vencida y legalizar el servicio eléctrico en esta zona del departamento*".

La **demandante** solicitó **aclaración del anterior dictamen**, mediante memorial presentado el 25 de agosto de 2006³¹³, en lo atinente a las preguntas sobre las consecuencias que en la producción de la mina tuvo la suspensión del suministro de explosivos y sobre las medidas adoptadas por la autoridad minera para solucionar los problemas existentes en la zona, debido a que: a lo primero, el perito

³⁰⁸ Folios 380, 384 y 386 del cuaderno 2.

³⁰⁹ Folio 252 del cuaderno 1.

³¹⁰ Folio 268 del cuaderno 1.

³¹¹ Folios 297 a 302 del cuaderno 2.

³¹² Folio 73 del cuaderno 2.

³¹³ Folios 312 y 313 del cuaderno 1.



había contestado “*con conceptos generales, de orden subjetivo de orden personal*”; y, en su respuesta lo segundo, éste se había limitado “*a manifestar que un estudio consultivo, con mineros y empresarios de la zona de influencia directa no se encuentran acciones concretas por parte de la autoridad minera*”.

El 13 de febrero de 2003, el ingeniero Mojica Villamizar presentó aclaración del dictamen³¹⁴, en la que manifestó:

- i. Que en la minería esmeraldífera en el área de Coscuez se requiere el uso de explosivos “*como medio de arranque de la roca donde se encuentra el mineral, esto debido a que la roca que contiene las mineralizaciones de rocas duras [...] no existiendo en la zona otro mecanismo o método de arranque [sic] a la operación de perforación y voladura, esto debido a las características genéticas propias de los yacimientos de esmeraldas que son de origen [sic] Hidrotermal de tipo Hipotermal [...]*”.
- j. Que en la minería se realizan actividades de carácter sucesivo y periódico, tales como el desagüe, la ventilación y el mantenimiento de la infraestructura, el sistema eléctrico y los equipos, cuya desatención, por la suspensión de labores, trae consigo derrumbes, ya que la vida útil de la madera, en las condiciones de humedad de la región es de seis (6) meses, y el acero requiere también cambios periódicos. Se producen también inundaciones, debido a que la minería en la zona se lleva a cabo mediante pozos verticales de hasta 200 metros de profundidad, lo que trae consigo la pérdida de equipos.
- k. Que, para responder a la pregunta sobre las acciones tomadas por la autoridad minera, requería más tiempo.

3.2.3.3. Valoración del dictamen en este asunto.

La Sala procederá a valorar lo afirmado en el dictamen del ingeniero Mojica Villamizar y en su aclaración en el orden en el que estas fueron presentadas al inicio de este acápite, de conformidad con las siguientes consideraciones alusivas a lo expresado por el perito bajo el mismo literal que antecede a cada una de ellas, según resumen que realizó la Sala en líneas precedentes:

- a. Bajo este literal el perito se limitó a resumir lo dicho en la Resolución 002 del 17 de febrero de 2003, la cual reposa en el expediente³¹⁵. Esto no requiere los conocimientos propios de un ingeniero de minas experto en la explotación de esmeraldas, por lo cual el ingeniero Mojica Villamizar fue llamado al proceso. La Resolución 002 de 2003 es además un documento que debe ser valorado directamente por el juzgador, conforme al principio de inmediación de la prueba. Por tanto, lo afirmado al respecto carece de mérito probatorio.
- b. El perito se limitó a verificar las fechas en las que fueron expedidas las resoluciones obrantes en el expediente, para lo cual no se requieren, tampoco, sus conocimientos especializados. Por ende, lo dicho carece de mérito probatorio.
- c. El ingeniero Mojica Villamizar señaló únicamente el momento en el que Esmeracol había adquirido explosivos, una vez se levantó la suspensión de su suministro, conforme a lo indicado en una factura, cuya procedencia y forma de encontrarla no especificó. Con ello, no responde a la pregunta, que se la había formulado, sobre las gestiones realizadas por la empresa actora para restablecer el suministro de explosivos.

³¹⁴ Folios 326 a 329 del cuaderno 2.

³¹⁵ Folios 1486 y 1487 del cuaderno 6.



- d. El perito no especificó los trabajos que tuvieron que abandonarse debido a la suspensión del suministro eléctrico y de explosivos, ni la forma en que esto afectó la producción de esmeraldas. Siendo sus conocimientos necesarios para establecer este vínculo causal, la Sala se abstendrá de pronunciarse al respecto.
- e. El auxiliar de la justicia no indicó la metodología utilizada para conocer los problemas sociales de la zona de Coscuez, ni si accedió a esta información de forma indirecta, ni las fuentes de las cuales fue tomada. Esta Subsección no puede así evaluar la "firmeza, precisión y calidad" (art. 241, CPC) de lo afirmado.
- f. El ingeniero Mojica Villamizar no señaló, siquiera de forma sumaria, en qué consiste el método de indagación a la que denomina "estudio consultivo". Tampoco expuso la manera en que, para realizar dicho "estudio consultivo", identificó a la población relevante, ni si ésta fue consultada a través de entrevistas o encuestas, ni si utilizó preguntas abiertas o cerradas, ni la forma en que relacionó los datos obtenidos por tales medios. Esto tampoco se encuentra en el material anexo al dictamen. Por lo tanto, al desconocer los fundamentos técnicos y científicos de lo afirmado (art. 237.6, CPC) la Sala no cuenta con la información suficiente para evaluar la "firmeza, precisión y calidad" (art. 241, CPC) del dictamen, por lo que lo dicho al respecto por el perito carece de mérito probatorio.
- g. La Sala observa que el oficio 53030-233 de 29 de julio de 2004³¹⁶ fue aportado al expediente por la parte actora, por lo que no se requería consultar los archivos de la Esmeracol –como lo mencionó el ingeniero Mojica Villamizar– para hallar dicho documento. El perito se limitó así a parafrasear lo dicho en un oficio que se encontraba en el expediente, para lo cual no se requerían los conocimientos especializados de un ingeniero experto en minería de esmeraldas. Lo dicho en este sentido carece así de mérito probatorio.
- h. Ya que, en este punto y bajo este literal, el ingeniero Mojica Villamizar enunció únicamente lo enunciado en el oficio 53030-233 de 29 de julio de 2004, a lo dicho en este punto se aplican las consideraciones establecidas en el literal anterior.
- i. Lo explicado por el perito en su informe, bajo este literal, requiere conocimientos propios de un ingeniero experto en minería esmeraldífera, ajustándose así a la esfera cognitiva y competencial del perito en el *sub lite*. Aunque este no relaciona la fuente de sus conocimientos, la Sala considera, dado que procede de un ingeniero acreditado y destacado por la UPTC, Seccional Sogamoso, como un experto en la materia objeto del dictamen, cabe inferir que este pudo haber adquirido tales conocimientos de su experiencia profesional.
- j. Sobre lo afirmado en este punto se predica lo manifestado por la Sala en el anterior literal.
- k. El perito no respondió a esta solicitud de aclaración.

3.3. Problemas jurídicos

En atención a los motivos de inconformidad expresados por los recurrentes, la Sala debe dar respuesta a los siguientes problemas:

³¹⁶ Folio 73 del cuaderno 2.



¿La sentencia es incongruente, debido a que se pronunció de forma genérica sobre las pretensiones, mas no sobre todas y cada una de forma individualizada?

¿La suspensión del suministro de explosivos y de energía eléctrica al explotador de minas de esmeraldas configura evento de fuerza mayor que imposibilita el pago de las contraprestaciones económicas con fuente en el contrato de operación minera?

¿La suspensión del suministro de explosivos y de energía eléctrica al explotador de minas de esmeraldas configuran hechos constitutivos de circunstancias excepcionales de orden técnico y económico que dan lugar al reajuste del equilibrio contractual?

¿La ocupación, por terceros, del área cubierta por un contrato minera constituye un incumplimiento contractual por parte de la autoridad minera o permite excusar el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la operadora?

¿La autoridad minera debe demostrar que ejecutó, efectivamente, actos de administración para que el pago de la contraprestación económica por tal concepto sea procedente?

¿El acto administrativo demandado debe declararse nulo, debido a que la división de la entidad que lo expidió carecía de competencia?

¿La motivación del acto con el cual se liquidaron y cobraron unas contraprestaciones económicas pactadas en un contrato es insuficiente si no da cuenta individualizada, cuantificada y separada de cada una de las obligaciones materia de liquidación?

¿El fallo de primera instancia fue incongruente por haber declarado la nulidad parcial del acto demandado y recalcular lo adeudado por la demandante?

¿Es procedente la reliquidación judicial oficiosa del canon superficiario efectuada en la Resolución SFOM-154 de 2005 debido a que se realizó con base en un área errada?

¿Las facturas número 2957, 2958, 3317, 3318, 3385, 3442, 3625, 3626, 3788 y 3789 son actos administrativos? Y, si lo son ¿son inoponibles por no haber sido notificadas conforme a lo previsto para tales actos? O ¿debe declararse su nulidad o reliquidarse, porque la sociedad actora no podía cobrar el canon superficiario durante el tiempo en el que se produjeron los cortes de energía y la suspensión del suministro de explosivos?

3.4. Análisis del caso.

Tanto la demandante como la demanda recurrieron, en apelación, el fallo de primera instancia. Por ende, esta Subsección está facultada para resolver “*sin limitaciones*” el asunto bajo examen (artículo 357, CPC) circunscribiéndose, en todo caso, al objeto de la *litis*.

3.4.1. Congruencia de la sentencia de primera instancia.

En la sustentación del recurso de alzada interpuesto por la actora, esta argumentó que la sentencia de primera instancia era incongruente, debido a que se pronunció



de forma genérica sobre las pretensiones, mas no sobre todas y cada una de ellas, en forma individualizada.

Según el principio de congruencia, la sentencia debe guardar consonancia con los hechos y pretensiones esgrimidos en la demanda, así como en las alegaciones, recursos excepciones y defensas presentados oportunamente, las excepciones y defensas³¹⁷. De acuerdo con este postulado, el juez debe resolver todas las cuestiones a él sometidas o explicar las razones por las cuales no se pronunciará sobre alguna de las pretensiones. En todo caso, *“no toda falta de pronunciamiento expreso sobre una pretensión, hace, por sí misma incongruente una sentencia”*³¹⁸.

Cuando el juzgador no se pronuncia sobre alguna de las pretensiones, puede presentarse una incongruencia por fallo *“citra petita”*. No obstante, como lo explica DEVIS ECHANDÍA,

*“[...] la decisión puede existir implícitamente en la sentencia, caso en el cual no existirá incongruencia; esto puede ocurrir cuando en la parte motiva de la sentencia se trató el punto en forma de que aparezca el implícito rechazo de una pretensión o excepción, a pesar de no haberse dicho nada en la resolución final, y cuando la sentencia negó alguna pretensión o excepción que necesariamente implica el rechazo también de otra aun cuando no se diga nada sobre ésta en la parte resolutive e inclusive tampoco en la motiva. No se trata, pues, de una simple falta de ‘conformidad literal’”*³¹⁹.

Puede así, presentarse un fallo congruente que no se haya pronunciado expresamente sobre todas y cada una de las pretensiones, cuando el objeto de éstas haya sido tratado en la parte motiva o se haya rechazado alguna pretensión que conlleve el rechazo de otra.

Para la Sala es claro que en este asunto no se requería el pronunciamiento sobre cada una de las súplicas formuladas en el escrito introductorio. Como se advirtió en el análisis de la caducidad de la acción, en la demanda se plantearon y replantearon pretensiones análogas, con rótulos diversos, y varias de ellas, además, parten de supuestos semejantes, por lo que pueden ser desestimadas con base en una misma argumentación, cuya reiteración sería manifiestamente inútil. La identidad argumentativa de las súplicas de la demanda no pasó inadvertida para la actora, la cual expuso los hechos y argumentos jurídicos en los que apoyó sus pretensiones en tres apartados, relativos a la validez de la Resolución SFOM-154 de 2005, la nulidad de la cláusula 4ª del contrato 122-95M, la fuerza mayor y la imposibilidad técnica y económica de explotar las minas objeto del contrato 122-95M, y los vicios de los actos contractuales.

Esta Subsección nota que la sentencia de primera instancia no se pronunció sobre los eventos de fuerza mayor, ni sobre las circunstancias económicas y técnicas excepcionales alegados por Esmeracol. El rechazo de estas las pretensiones relacionados con estos dos (2) aspectos no se desprende, tampoco, de lo argumentado por el *a quo* sobre la de la Resolución SFOM-154 de 2005 y de la cláusula 4ª del contrato 122-95.

³¹⁷ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. “Artículo 305. Congruencias. La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley”.

³¹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias T-592 de 200 y T-079 de 2018.

³¹⁹ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Compendio de Derecho General, Tomo I (Teoría General del Proceso), editorial ABC, Bogotá 1983, p. 448.



De acuerdo con lo anterior, la Sala concluye que el fallo de primera instancia incurrió en incongruencia *citra petita*, por no haberse pronunciado sobre los eventos de fuerza mayor, y las circunstancias económicas y técnicas excepcionales alegados por la actora en la demanda, sobre los cuales se pronunciará esta esta Corporación.

3.4.2. La suspensión del suministro de explosivos y de energía eléctrica para la explotación de minas de esmeraldas como circunstancias de fuerza mayor que imposibilitaron la ejecución del contrato 12-95M

3.4.2.1.- La sociedad actora alega que la suspensión del suministro de energía eléctrica y de explosivos constituyeron eventos de caso fortuito o fuerza mayor, que imposibilitaron el cumplimiento de lo acordado en el contrato de operación 122-95M, debido a que las labores de excavación de la mina se efectúan mediante el método convencional de voladura, y la electricidad se requiere para la ventilación y secado de túneles y galerías, así como para el mantenimiento del campamento y el laboreo minero. En consecuencia, Esmeracol pide que se declare que: (i) no incurrió en incumplimiento culposo del contrato; y (ii) no debe remuneración alguna, por lo que debe restituirse lo pagado durante el periodo en el que la ejecución se vio afectada.

3.4.2.2.- La Sala tomará en consideración que la jurisprudencia contencioso-administrativa ha precisado que, en el Derecho colombiano, la fuerza mayor o el caso fortuito son expresiones sinónimas³²⁰, las cuales son definidas por el artículo 1º de la Ley 95 de 1890 como “[...] *el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.*”.

Deben tratarse así de circunstancias imprevisibles e irresistibles. Se consideran³²¹ **imprevisibles** aquellos hechos intempestivos o sorpresivos, cuya ocurrencia, atendiendo a las circunstancias particulares del caso, no es posible contemplar con anterioridad a su ocurrencia, por lo que el deudor no hubiera debido precaverse razonablemente contra ellas. Se entiende, por otra parte, que un suceso es **irresistible**, en la medida en que sus efectos resulten imposibles de eludir para el deudor, no obstante los medios empleados. A lo anterior, debe añadirse que el hecho no sea imputable al deudor que lo alega³²², es decir, su **exterioridad**, como requisito para constituirse como eximente de responsabilidad, ya que cada quien está obligado a asumir su propio riesgo³²³.

El caso fortuito o fuerza mayor debe **impedir absolutamente la ejecución de las prestaciones contractuales a cargo de una de las partes**, para erigirse como una justificación de incumplimiento contractual, ya que nadie está obligado a lo imposible³²⁴. No debe tratarse, pues, de un hecho que simplemente dificulte su cumplimiento, evento en el cual tendría lugar la aplicación de la teoría de la imprevisión, con efectos diversos (artículo 868 del Código de Comercio).

³²⁰ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia de 8 de noviembre de 2005, rad. 1999-00218; sentencia de la Subsección C de 16 de marzo de 2015, exp. 45923; y sentencia de la subsección B de 30 de julio de 2015, exp. 32688.

³²¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Sentencia de del 31 de mayo de 1965, G.J. CXI y CXII p. 126; sentencia del 13 junio 2017, rad. 2017-00083-00; y sentencia de 25 de junio de 2018, rad. 2018-00561-00. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia de 27 de noviembre de 2005; y sentencia de 27 de junio de 2012, exp. 24458.

³²² CÓDIGO CIVIL. “Artículo 1604. Responsabilidad del deudor. [...] *El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregado al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa*”.

³²³ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia de 27 de noviembre de 2005, exp. 14392; sentencia de 11 de febrero de 2009, exp. 17145; sentencia de 27 de junio de 2012, exp. 24458; y sentencia de la Subsección B del 30 de julio de 2015, exp. 32688.

³²⁴ CONSEJO DE ESTADADO, Sección Tercera. Auto de 6 de marzo de 2006, exp. 13414



Adicionalmente, para que la fuerza mayor o el caso fortuito liberen de responsabilidad al deudor, este no debe haber asumido la responsabilidad de la fuerza mayor o el caso fortuito, garantizándole al acreedor el resultado buscado³²⁵; ni debe haberse presentado el evento de fuerza mayor o caso fortuito cuando el deudor se hubiera constituido en mora³²⁶; ni puede alegarse cuando se haya perdido un cuerpo cierto hurtado o robado³²⁷.

Al respecto, cabe añadir, por último, que la prueba del caso fortuito o fuerza mayor le corresponde al que la alega³²⁸.

3.4.2.3.- Sobre esta cuestión, en el proceso se acreditó que el 12 de octubre de 2004, Esmeracol le comunicó al Director del Ingeominas que, debido a la suspensión en el suministro de explosivos durante un período de trece (13) meses y la suspensión del suministro de electricidad durante diferentes períodos del 2002 y el 2003, tuvo que suspender la producción de las minas objeto del contrato 122-95M por el período comprendido entre el 17 de febrero de 2003 y el 12 de marzo de 2004³²⁹.

El 13 de abril de 2005, Esmeracol le solicitó al Ingeominas que analizara la posibilidad de elaborar un nuevo acuerdo de pago, teniendo en cuenta el cese de operaciones que, durante 14 meses, afrontó dicha empresa entre 2002 y 2003, debido a la falta de fluido eléctrico y a la sanción de la industria militar³³⁰.

El 31 de agosto de 2005, la Subdirección de Fiscalización y Ordenamiento Minero – Grupo de Seguimiento y Control del Ingeominas emitió concepto técnico³³¹, en el que manifestó que la suspensión del contrato por el lapso transcurrido entre el 12 de febrero de 2003 y el 1º de enero de 2004 era procedente.

El Ingeominas, mediante Resolución SFO-154 del 15 de diciembre de 2005³³², aceptó la suspensión del contrato 122-95M entre el 17 de febrero del 2003 y el 1º de enero de 2004.

Gilberto Rodríguez Muñoz, quien desempeñó labores administrativas en Esmeracol hasta el 2003, declaró que el suministro de explosivos es necesario para el funcionamiento de la mina, con lo cual se han presentado problemas, que han obligado a detener las labores mineras³³³.

Luis Eduardo Urbano Barrera, quien fuera jefe de seguridad de Esmeracol entre el 2002 y el 2003, declaró que el 13 de agosto de 2007, cuando fue practicado el testimonio por él rendido, Esmeracol había nombrado “[...] *un muy buen equipo para el manejo de estos explosivos, cumpliendo estrictamente lo que INDUMIL ordenó*”. Aparte, manifestó que un ochenta por ciento (80%) de quienes laboraban en el área del contrato 122-95M eran “*trabajadores asociados*”, con quienes la empresa

³²⁵ CÓDIGO CIVIL. “Artículo 1732. Responsabilidad por caso fortuito. Si el deudor se ha constituido responsable de todo caso fortuito, o de alguno en particular, se observara lo pactado”.

³²⁶ CÓDIGO CIVIL. “Artículo 1604. Responsabilidad del deudor. [...] El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregado al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa”.

³²⁷ CÓDIGO CIVIL. “Artículo 1735. Pérdida de la cosa hurtada o robada. Al que ha hurtado o robado un cuerpo cierto, no le será permitido alegar que la cosa ha perecido por caso fortuito, aún de aquellos que habrían producido la destrucción o pérdida del cuerpo cierto en poder del acreedor”.

³²⁸ CÓDIGO CIVIL. “Artículo 1604. Responsabilidad del deudor. [...] La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega”.

³²⁹ Folios 58 a 59 A del cuaderno 2. También se encuentra copia auténtica a folios 1598 a 1600 del cuaderno 6.

³³⁰ Folios 1620 y 1621 del cuaderno 6.

³³¹ Folios 1830 a 18 del cuaderno 7.

³³² Folios 1853 a 1856 del cuaderno 7; y 8 a 11 del cuaderno 2.

³³³ Folio 303 del cuaderno 2.



realizaba un “*compromiso*” para la explotación, así como unos “*convenios*”, de conformidad con los cuales ellos se hacían responsables por los consumos de la electricidad y los explosivos, siendo estos últimos adquiridos por Esmeracol, la cual se los vendía a los dichos asociados, quienes les dieron un mal manejo³³⁴.

Conforme a lo manifestado por el **perito Mojica Villamizar** en este proceso, en la minería esmeraldífera en el área de Coscuez se requiere el uso de explosivos “*como medio de arranque de la roca donde se encuentra el mineral, esto debido a que la roca que contiene las mineralizaciones de rocas duras [...] no existiendo en la zona otro mecanismo o método de arranque [sic] a la operación de perforación y voladura, esto debido a las características genéticas propias de los yacimientos de esmeraldas que son de origen [sc] Hidrotermal de tipo Hipotermal [...]*”³³⁵.

El 17 de febrero de 2003, el Ejército Nacional suspendió el suministro de explosivos y accesorios a Esmeracol, por incumplimiento del artículo 52 del Decreto 2535 de 1993, debido a que Esmeracol: (i) suministraba explosivos a otras empresas sin autorización de la Brigada; (ii) no presentaba la documentación requerida, como las actas de quema y el cuadro de consumo mensual; y, (iii) se lucraba de la venta de explosivos y accesorios, al venderlos por mayor precio a otras empresas mineras, a las cuales la Primera Brigada le había suspendido su venta³³⁶.

Esta suspensión fue levantada por el Ejército Nacional el 12 de marzo de 2004, debido a que: (i) la Fiscalía ordenó “*INHIBIRSE DE ABRIR INSTRUCCIÓN*” por el delito de actividades terrorista, tipificado en el artículo 345 del Código Penal³³⁷, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 327 del Código de Procedimiento Penal³³⁸; (ii) el Segundo Comandante del Batallón de Infantería Sucre había emitido concepto a favor del representante legal de Esmeracol, de acuerdo con el cual éste cumplía “*[...] las medidas de seguridad de la zona; cuenta con vigilancia privada las 24 horas, e igualmente cuenta con polvorían construido con las mejores especificaciones técnicas. [...] El Director de corte controla el consumo de explosivos; el almacenista y quien manipula los explosivos es [...] calificado y capacitado en sistemas de perforación y manejo de estos elementos*”; y, (iii) “[I]a empresa **ESMERACOL S.A.** cumple con los requisitos estipulados en el decreto 1809 de 1994 artículo 11 requisitos para la compra de explosivos a la Industria militar”.

3.4.2.5.- Conforme a lo anterior, esta Subsección concluye que, en el presente asunto, se acreditó que el Ejército Nacional suspendió el suministro de explosivos y accesorios entre el 17 de febrero de 2002 y el 12 de marzo de 2003, lo que trajo consigo la suspensión de actividades de explotación minera en el área cubierta por el contrato minero de 30 de junio de 1995.

Sin embargo, la Sala advierte que los presupuestos de la responsabilidad penal son distintos a los de la responsabilidad sancionatoria administrativa, debido a que éstas tienen unos objetivos, principios, procedimientos y mecanismos diversos, como lo

³³⁴ Folios 306 a 310 del cuaderno 2.

³³⁵ Folios 326 a 329 del cuaderno 2.

³³⁶ Folios 1486 y 1487 del cuaderno 6.

³³⁷ LEY 599 DE 2000. “*Artículo 345. Administración de recursos relacionados con actividades terroristas. El que administre dinero o bienes relacionados con actividades terroristas, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de doscientos (200) a diez mil (10.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes*”.

³³⁸ LEY 600 DE 2000. Artículo 327, inciso 1º. “*Resolución inhibitoria. El Fiscal General de la Nación o su delegado, se abstendrán de iniciar instrucción cuando aparezca que la conducta no ha existido, que es atípica, que la acción penal no puede iniciarse o proseguirse o que está demostrada una causal de ausencia de responsabilidad*”.



ha precisado esta Corporación³³⁹. Por ende, mal podría afirmarse que la ausencia de la primera, implique necesariamente la ausencia de la segunda. Además que, si bien la resolución con la que se levantó la suspensión del suministro de explosivos afirma que, en el momento en el que esta fue emitida, la empresa contaba la documentación requerida, como las actas de quema y cuadro de consumo mensual de material, tal aserto no implica que Esmeracol no hubiera suministrado explosivos a otras empresas sin autorización de la Brigada, o que, en el momento en el que se suspendió el suministro de explosivos, la hubiese presentado.

De acuerdo con lo anterior, la Sala encuentra que la suspensión del suministro de explosivos y accesorios por parte del Ejército Nacional fue el resultado de la conducta de Esmeracol, sin que esto quedara desvirtuado con la decisión posterior de restablecer dicho suministro. Este es, entonces, un evento en modo alguno ajeno a Esmeracol, por lo que –conforme a lo anteriormente establecido– no puede considerarse un caso fortuito o fuerza mayor eximente de responsabilidad contractual.

Por otro lado, no se demostró, ni fue alegado, que las circunstancias que dieron lugar a la suspensión del suministro de explosivos, tales como, la omisión de presentar las actas de quema y el cuadro de consumo mensual, hubieran sido imposibles de evitar, atendiendo a las circunstancias del caso, ni que hubieran sido imposibles de contemplar previamente. No puede pues asumirse que la omisión de presentar dicha información, que a la postre trajo consigo la sanción que impidió la explotación minera cubierta por el contrato minero de 30 de junio de 1995, constituyera un hecho irresistible, ni imprevisible.

En suma, como lo manifestó el Gerente General y dos miembros de la Junta Directiva de Esmeracol, en comunicación del 12 de octubre de 2004, la sanción impuesta fue levantada por el Ejército Nacional, porque no se encontraban *“méritos para continuarla”*, mas no porque no hubieran existido razones para imponerla³⁴⁰.

Además, el señor Urbano Barrero, quien era el jefe de seguridad de Esmeracol en el momento en el que se suspendió el suministro de explosivos, manifestó que dicha empresa vendía explosivos a los trabajadores asociados, los cuales les dieron un mal manejo. No se estableció, ni el mencionado testigo afirmó que Esmeracol contara con autorización para venderles tales explosivos a los *“trabajadores asociados”*. De esta forma, lo afirmado por el señor Urbano Barrero confirma que las acciones de Esmeracol por las cuales el Ejército Nacional suspendió el suministro de explosivos y accesorios son ciertas.

3.4.2.6.- Con respecto a los cortes del fluido eléctrico, en este proceso se probó que, en marzo del 2002, la Empresa de Energía de Boyacá suspendió el suministro de energía eléctrica a Esmeracol, *“por deuda generada en años anteriores”* y lo mismo ocurrió en *“varios períodos”* del 2003, *“por quema del transformador de Santa Bárbara, de donde se abastece la zona minera de Coscuez”*³⁴¹.

El testigo **Luis Eduardo Urbano Barrera**, exjefe de seguridad de Esmeracol, declaró que: **(i)** Esmeracol siempre pagó los servicios de los *“cortes”* de energía oficiales, más no los de los *“cortes asociados”* ajenos a la empresa; **(ii)** esto ocasionó la suspensión del suministro de energía eléctrica, lo que dio lugar a que

³³⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Cuarta. Sentencia del 5 de abril de 1991, exp. 3116; sentencia del 28 de enero de 1992; y sentencia de 9 de octubre de 1992, exp. 3693.

³⁴⁰ Folios 58 a 59 A del cuaderno 2.

³⁴¹ Oficio número 53030-223 del 29 de julio de 2004 del jefe del Departamento Zona Occidente de la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. Folio 73 del cuaderno 2.



se realizaran reuniones con la comunidad, dirigidas al restablecimiento del servicio; y (iii) durante el tiempo en el que se suspendió el suministro de electricidad, la productividad de la mina fue nula³⁴².

Gilberto Rodríguez Muñoz, antiguo administrador de Esmeracol, por su parte, declaró que la electricidad de la mina amparada por el contrato 122-95M era suministrada por la electrificadora de Boyacá y, sin ésta, no podían adelantarse trabajos de explotación minera. Añadió que se habían presentado interrupciones temporales en las labores de la mina, pero no recordaba que hubiera habido una paralización total de las actividades³⁴³.

Por otra parte, en el “*INFORME DE VISITA TÉCNICA AL CONTRATO NO 122-95M TITULAR: ESMERACOL S.A.*”, presentado por el ingeniero de minas Wilfrido Sangunio, el 7 de mayo de 2002, como parte del Programa de Fiscalización, Seguimiento y Control de la Gerencia Operativa Regional número 1 (Nobsa) de Minercol³⁴⁴, se indicó que, en la visita al área de dicho contrato efectuada entre el 23 y el 26 de mayo del 2002 fueron inspeccionadas 31 bocaminas, encontrándose que las actividades se habían suspendido temporalmente en el 60% de éstas.

3.4.2.7.- De conformidad con lo anterior, esta Subsección considera que en el asunto de autos se probó que el suministro de energía eléctrica al área del contrato minero de 30 de junio de 1995 se suspendió en marzo de 2002 y en varios períodos del 2003, lo que paralizó, al menos parcialmente, las actividades de explotación minera que se desarrollaban.

Ahora bien, según lo afirmado por Esmeracol en la demanda y en las comunicaciones mediante las cuales pidió que se suspendiera el contrato 122-95M, en consonancia con lo declarado por el señor Rodríguez Muñoz, la zona en la que se desarrollaba la explotación minera se veía afectada por la presencia de gUAQUEROS que accedían al servicio de energía facturado a nombre de Esmeracol, sin pagarlo. Por ello, Esmeracol incurrió en mora en el pago de este servicio público domiciliario, lo que a su vez trajo consigo su suspensión en marzo de 2003.

La intrusión de gUAQUEROS –según el antiguo administrador de Esmeracol– fue más intensa en el periodo comprendido entre 1990 y 1995, cuando éstos no respetaban a los vigilantes de la empresa. Pero luego, dicha situación mejoró, ya que existía algún respeto hacia los vigilantes. Añadió además que Esmeracol permitió la explotación “*casi libre*” de particulares, con lo que llegaron personas de varios lugares del país durante varios años, “*hasta que los empresarios organizaron la mina*”, pero ya habían pasado varios años y los gastos de energía habían sido cargados a la empresa.

En este orden de ideas, esta Sala considera que la suspensión del suministro de energía eléctrica no puede considerarse un hecho externo a Esmeracol, ya que ésta permitía el acceso libre de gUAQUEROS al área del contrato. Por ello, en el “*INFORME DE VISITA TÉCNICA, AL CONTRATO N° 122-95M TITULAR: ESMERACOL S.A.*”, presentado por el ingeniero de minas Wilfrido Sangunio, el 8 de noviembre de 2002, se recomendó que se debía “[...] *prohibir el ingreso a [sic] GUAQUEROS a los cortes ya que son personas extrañas a la empresa, ya que el artículo 9 del reglamento de seguridad de labores subterráneas (decreto 1335/87) prohíbe el ingreso de personal ajeno al título minero a las labores subterráneas*”³⁴⁵. Tras ello, en el acta de visita

³⁴² Folios 306 a 310 del cuaderno 2.

³⁴³ Folios 300 a 304 del cuaderno 2.

³⁴⁴ Folios 1396 a 1406 del cuaderno 6.

³⁴⁵ Folios 1443 a 1470 del cuaderno 6.



de seguridad minera a explotaciones subterráneas del 4 de marzo de 2003³⁴⁶, suscrita por representantes de Minercol y Esmeracol, se recomendó a esta última: “Fijar políticas claras sobre acceso de g.uaqueros no autorizados para los diferentes cortes”. En este orden de ideas, el acceso de g.uaqueros, que ocasionó ulteriormente el corte del suministro de energía eléctrica, fue ocasionado por la ausencia de políticas claras de Esmeracol sobre este problema, así como por el libre acceso que esta les permitía.

Queda claro así, para esta Subsección, que la suspensión del suministro de energía por los impagos de Esmeracol no constituye un hecho exterior a ésta. Al no haberse adoptado las medidas necesarias para impedir el acceso de g.uaqueros, ni unas políticas claras sobre la materia, resulta forzoso concluir también que no se trató de un hecho irresistible.

La intrusión de g.uaqueros no puede considerarse, tampoco, un hecho imprevisible. Como se expuso en el informe de la Gobernación de Boyacá titulado “Conflicto y Paz en el Occidente de Boyacá”³⁴⁷, el intenso conflicto social relacionado con la minería esmeraldífera en Coscuez y Muzo, que surgió a principios de la década de los setenta y culminó a finales de la década de los ochentas, llevó a que la comunidad de la región se encontrara en estado calificado como “prepolítico”, ya que ésta “[...] no participa en la institucionalidad del Estado ni ha ejercido una militancia política con contenido social y con partidos u organizaciones estables, sólidas y con proyección histórica, lo cual ha afectado la cohesión social”. Bajo estas circunstancias ampliamente conocidas en la región –como lo manifestó la actora– no cabe afirmar que la intrusión de g.uaqueros pudiera considerarse un hecho imprevisible.

Por otro lado, los cortes en el servicio de energía eléctrica que se presentaron en el 2003 fueron ocasionados por la quema del transformador de Santa Bárbara, que abastecía a la zona. Esta es una circunstancia externa a Esmeracol y cuya ocurrencia, atendiendo a las circunstancias particulares del caso, no era posible contemplar con anterioridad, conforme a lo probado en el asunto de autos.

Sin embargo, los efectos de los cortes de energía eléctrica hubieran podido evitarse con el uso de plantas eléctricas. Como lo indicó el administrador de Esmeracol, este servicio público venía siendo prestado deficientemente, y su ausencia traía consigo graves consecuencias, ya que impedía el desarrollo de trabajos en la mina, además del deterioro de los equipos, por lo que se requería un tiempo de recuperación para retomar las actividades. Frente a estas circunstancias, que hacían previsible la ocurrencia de cortes de electricidad como los que ocurrieron en el 2003, Esmeracol hubiera podido precaverse y evitar los efectos perjudiciales de tales cortes, recurriendo al uso de plantas eléctricas de ACPM, como las que –según lo dicho por el señor Rodríguez Muñoz– fueron utilizadas en algunos sectores de la mina. Al no hacerlo, esta Colegiatura concluye que la suspensión de las labores mineras en el área del contrato minero del 30 de junio de 1995, ocasionada por los cortes en el suministro de energía eléctrica, no puede considerarse un evento imprevisible e irresistible.

Conforme a lo anterior, **la Sala procederá a desestimar las pretensiones cuarta principal, quinta principal y subsidiaria, y sexta principal.**

3.4.3. La ocurrencia de circunstancias excepcionales de orden técnico y económico.

³⁴⁶ Folios 1496 a 1499 del cuaderno 6.

³⁴⁷ Folios 1582 a 1583 del cuaderno 6. También se encuentra copia simple a folios 85 a 94 del cuaderno 2.



3.4.3.1.- La sociedad demandante alega que la suspensión de la explotación minera, ocasionada por la suspensión del suministro de explosivos y de energía eléctrica, generó unas circunstancias técnicas y económicas excepcionales, que alteraron el equilibrio económico del contrato 122-95M, haciendo excesivamente gravoso para Esmeracol el cumplimiento de sus obligaciones, por lo que solicita que: (i) el contrato se reajuste en condiciones de viabilidad financiera y equilibrio prestacional; (ii) se ordene compensar las pérdidas sufridas por Esmeracol; y, (iii) se declare que la entidad minera concedente no podía facturar el valor de las contraprestaciones pactadas en el contrato 122-95M, mientras durara la incertidumbre sobre las condiciones de ejecución del contrato.

3.4.3.2.- Sobre este punto, en el contrato suscrito el 30 de junio de 1995 se pactó que:

*"El presente contrato se entiende celebrado sobre las bases de equidad y se ejecutará de acuerdo con la forma y términos convenidos. Sin embargo, cuando sobrevengan el caso fortuito y la fuerza mayor o circunstancias graves e imprevisibles de orden técnico o económico, que hagan imposible o demasiado gravoso el cumplimiento de lo pactado, cualquiera de las partes podrá pedir su revisión, según lo establecido para el efecto por el artículo 868 del Código de Comercio"*³⁴⁸.

De esta forma, el mencionado contrato acogió lo establecido en el artículo 59 del Código de Minas entonces vigente³⁴⁹, con el que, a su vez, se había adoptado la teoría de la imprevisión en los contratos mineros, prevista en el artículo 868 del Código de Comercio³⁵⁰.

Conforme a lo manifestado por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, el reajuste de las prestaciones contractuales o su resolución por aplicación de la teoría de la imprevisión procede cuando se presenten circunstancias que alteren el equilibrio del contrato que sean extraordinarias, imprevistas e imprevisibles, y extrañas a la parte afectada. La ocurrencia de estos eventos debe estar así: (i) fuera de lo común (extraordinario); (ii) no puede ser prevista de forma objetiva y razonable por un sujeto con relativa aptitud o capacidad de previsión (imprevisible); y no debe ser pronosticada anticipadamente por el sujeto "en su situación, profesión u oficio, conocimiento, experiencia, diligencia o cuidado razonable" (impredicible). En todo caso, los anteriores criterios deben ser ponderados por el juzgador en cada caso, teniendo en cuenta "el marco fáctico de circunstancias, el estado del conocimiento, el progreso, el deber de cuidado exigible y la experiencia decantada de la vida". Además, quien la invoca no debe haberlas "causado, motivado, agravado, incurrido en dolo o culpa u omitido medidas idóneas para evitarlos o atenuar sus efectos, siéndole exigible y pudiendo hacerlo", debiendo éste además haber adoptado medidas para "evitar, mitigar o disipar la excesiva

³⁴⁸ Folios 294 a 299 del cuaderno 2. También se encuentra copia simple a folios 47 a 49 del cuaderno 2.

³⁴⁹ DECRETO 2655 DE 1988. "Artículo 59. *Cláusula sobre revisión de los contratos. Los contratos mineros se entienden celebrados sobre bases de equidad y se ejecutarán de acuerdo con la forma y términos convenidos. || Sin embargo, cuando sobrevengan el caso fortuito, la fuerza mayor, circunstancias graves e imprevisibles de orden técnico o económico que hagan imposible o demasiado gravoso el cumplimiento de lo pactado, podrá cualquiera de las partes pedir su revisión. || El procedimiento para la revisión de que trata el presente artículo será el señalado por el artículo 868 del Código de Comercio*".

³⁵⁰ CÓDIGO DE COMERCIO. "Artículo 868. *Revisión del contrato por circunstancias extraordinarias. Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión. || El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato. || Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea*".



onerosidad (*duty to mitigate damages*)” (ajenidad). Puede, en todo caso, modificarse contractualmente los riesgos que a cada parte contratante le corresponde asumir, ya que “[l]os riesgos del contrato confluyen a integrar el equilibrio prestacional, lo conforman y excluyen la extraneidad para efectos de la *imprevisión*”³⁵¹.

3.4.3.3.- De acuerdo con lo determinado en el acápite precedente (3.4.2) , la suspensión de la explotación minera que –según el actor– trajo consigo unas circunstancias excepcionales de orden técnico y económico que alteraron, en detrimento suyo, el equilibrio económico del contrato, fueron ocasionadas por hechos que no son externos, ni imprevisibles. Adicionalmente, Esmeracol no adoptó medidas para evitar, mitigar o disipar la excesiva onerosidad que, para ésta, trajeron tales eventos, ya que hubiera podido utilizar plantas eléctricas de ACPM, como lo indicó su exadministrador, pero no lo hizo.

Por lo tanto, las circunstancias de orden técnico y administrativo que pudiera haber traído consigo el cese de actividades mineras cubiertas por el contrato minero de 30 de junio de 1995, por la suspensión del suministro de explosivos y de electricidad, no puede considerarse un evento que dé lugar al restablecimiento de las prestaciones contractuales, ni a una eventual reparación patrimonial. En consecuencia, **se negarán las pretensiones cuarta subsidiaria, tercera y cuarta subsidiarias a la sexta principal, y séptima principal.**

3.4.4. La ocupación de gUAQUEROS y aparceros como incumplimiento contractual imputable a la autoridad minera

3.4.4.1.- Esmeracol pretende que se declare que, con la ocupación del área del contrato 122-95M por gUAQUEROS y aparceros, la autoridad minera incumplió la cláusula 4ª del contrato de operación minera del 7 de diciembre de 1981 y que, en consecuencia, se condene a esta última a resarcir los perjuicios ocasionados a la accionante.

3.4.4.2.- Antes de entrar a resolver este cargo, corresponde a la Sala determinar el régimen jurídico aplicable al negocio jurídico que –según la actora– vincula al Ingeominas y a Esmeracol, de conformidad con lo cual determinará si cabe declarar la responsabilidad contractual deprecada, por la ocupación de gUAQUEROS y aparceros.

En primer lugar, esta Subsección observa que el contrato del 7 de diciembre de 1981, protocolizado por escritura pública número 2335 de la Notaría 22 de Bogotá, fue suscrito por Ecominas, la cual era una empresa industrial y comercial del Estado adscrita al Ministerio de Minas y Energía, conforme a los Decretos 912 de 1968, 122 de 1970 y 2063 de 1980, como consta en su considerando 1º. Por lo tanto, de acuerdo con el artículo 6º del Decreto 1050 de 1968³⁵² y el artículo 34 del Decreto 3130 del mismo año³⁵³, este contrato se rige por las normas propias del derecho

³⁵¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Sentencia de 21 de febrero de 2012, referencia 11001-3103-040-2006-00537-01.

³⁵² DECRETO 1050 DE 1968. “Artículo 6- De las empresas industriales y comerciales del Estado. Son organismos creados por la ley, o autorizados por esta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley [...]” (subrayado añadido).

³⁵³ DECRETO 3130 DE 1968. “Artículo 34.- De los contratos de las empresas y de las sociedades. Los contratos que celebren las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta para el desarrollo de sus actividades no están sujetos, salvo disposición en contrario, a las formalidades que la ley exige para los del gobierno. Las cláusulas que en ellos se incluyan serán las usuales para los contratos entre particulares, pero las primeras, en los términos del artículo 254 del Código Contencioso Administrativo, podrán



privado, salvo en lo relativo a la cláusula de caducidad y las reclamaciones diplomáticas.

Por otra parte, la Sala considera pertinente precisar que –según el artículo 76 de la Ley 80 de 1993³⁵⁴ y la jurisprudencia de esta Corporación³⁵⁵– los contratos que tengan por objeto la exploración y explotación de recursos naturales no renovables están sometidas a un régimen de contratación pública especial. En sentido similar, el artículo 79 del Decreto 2655 de 1988, que era el código de minas vigente en 1995, establecía que:

“Los contratos que celebren las empresas industriales y comerciales del Estado, vinculadas al Ministerio de Minas y Energía, cuyo objeto sea explorar y explotar áreas recibidas en aporte, son administrativos y sus cláusulas serán las que se acuerden en cada caso. [...] A estos contratos no les serán aplicables las normas de la contratación administrativa ordinaria la entidad contratante deberá incluir en ellos la Legislación complementaria cláusula de caducidad, y deberá establecer cuando fuere pertinente, la de renuncia a reclamación diplomática” (subraya la Sala).

3.4.4.3.- En el presente asunto, el contrato de 30 de julio de 1995 tenía por objeto la exploración y explotación de un recurso no renovable, como lo son las esmeraldas; fue suscrito por una entidad vinculada al Ministerio de Minas y Energía³⁵⁶, a la cual –conforme a lo manifestado en su considerando a)– el Ministerio de Minas y Energía le había otorgado, “[...] mediante Resolución No. 003680 del 9 de noviembre de 1988 el Aporte No. 1226 (Zona de Reserva Especial), para la exploración y explotación de yacimientos esmeraldíferos, localizados en el departamento de Boyacá”.

La Sala encuentra así que el contrato de 30 de julio de 1995 es un contrato estatal sometido a un régimen especial de derecho público, el cual –conforme a lo manifestado por las partes contratantes en su considerando e)– se “[...] rige por el artículo 17 de la Ley 141 de 1994, el Decreto 2655 de 1988 [Código de Minas entonces vigente], los principios generales de la Ley 80 de 1993. Por la Ley 99 de 1993 y la Ley 141 de 1994 y sus respectivos Decretos Reglamentarios”.

pactar el derecho a declarar administrativamente la caducidad, y deberán incluir, cuando fuere del caso, las prescripciones pertinentes sobre reclamaciones diplomáticas” (subrayado añadido).

³⁵⁴ LEY 80 DE 1993. “Artículo 76. De los Contratos de Exploración y Explotación de los Recursos Naturales. Los contratos de exploración y explotación de recursos naturales renovables y no renovables, así como los concernientes a la comercialización y demás actividades comerciales e industriales propias de las entidades estatales a las que correspondan las competencias para estos asuntos, continuarán rigiéndose por la legislación especial que les sea aplicable. Las entidades estatales dedicadas a dichas actividades determinarán en sus reglamentos internos el procedimiento de selección de los contratistas, las cláusulas excepcionales que podrán pactarse, las cuantías y los trámites a que deben sujetarse. || Los procedimientos que adopten las mencionadas entidades estatales, desarrollarán el deber de selección objetiva y los principios de transparencia, economía y responsabilidad establecidos en esta Ley. || En ningún caso habrá lugar a aprobaciones o revisiones administrativas por parte del Consejo de Ministros, el Consejo de Estado ni de los Tribunales Administrativos” (subrayado añadido).

³⁵⁵ “En efecto CARBOCOL Ltda., funcionó como una empresa industrial y comercial del Estado, que cumplía actividades para el desarrollo de la actividad minera y, por lo tanto, los contratos que celebraba eran contratos administrativos; no obstante que la ley sometió dichos contratos a un régimen especial que gobierna dicha actividad, así lo establecía el Parágrafo del artículo 16 del Decreto-ley 222 de 1983 y también lo consagró el artículo 76 de la Ley 80 de 1993; es decir, están sometidos a un régimen jurídico especial de derecho público”. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia de 13 de septiembre de 2008, exp. 34594. En sentido similar: Sentencia de la Subsección A de 30 de octubre de 2013, exp. 21988.

³⁵⁶ LEY 2 DE 1990. «Artículo 1o. La Empresa Colombiana de Minas, “Ecominas”, creada mediante el Decreto 912 de 1968 y reorganizada por el Decreto 3161 del mismo año, podrá transformarse cuando el Gobierno Nacional así lo disponga, en una sociedad anónima del orden nacional, con capital estatal, personería jurídica, patrimonio propio e independiente y autonomía administrativa, sometida al régimen legal de las empresas industriales y comerciales del Estado, vinculada al Ministerio de Minas y Energía, cuyo nombre o razón social será *Minerales de Colombia S.A.*, pudiendo utilizar la sigla “*Mineralco S.A.*”».



Establecido lo anterior, esta Subsección procederá a verificar si, en este caso, concurren los presupuestos exigidos para que se configure la responsabilidad contractual deprecada por la sociedad actora.

3.4.4.4.- Esta Corporación ha precisado los elementos de la responsabilidad civil contractual, de la siguiente manera:

«Siguiendo con las precisiones del contexto legal, se identifican a continuación los elementos de la responsabilidad civil contractual derivada del incumplimiento, con el propósito de establecer las particularidades que permitan el análisis del caso concreto.

[...]

i) En el primer elemento se deben identificar dos requisitos: la obligación contractual exigible y la acción u omisión de una parte con la cual infringe el contrato. Visto desde otro ángulo, el incumplimiento del contrato se expresa como la falta al deber de cumplimiento.

ii) En relación con el daño, entendido como la lesión o menoscabo de intereses legalmente amparados, en el escenario contractual que proviene del incumplimiento de la obligación, se vincula el concepto de antijuridicidad por cuanto el incumplimiento constituye una violación al contrato, una falta a lo debido y en ese sentido, el daño resarcible debe ser antijurídico con lo cual se quiere significar que es contrario a la ley del contrato.

Ahora bien, trayendo las normas del derecho de las obligaciones, el daño contractual por causa del incumplimiento se concreta a través de los conceptos acogidos por el Código Civil: daño emergente que consiste en el perjuicio o pérdida causada y el lucro cesante que corresponde a la ganancia o provecho que dejó de reportarse, de acuerdo con los artículos 1613 y 1614 del Código Civil.³⁵⁷

iii) En cuanto al tercer requisito, el nexo de causalidad entre el incumplimiento y el daño contractual, basta decir que fue inicialmente entendido como una relación de causa a efecto, concretamente entre la conducta dolosa o culposa y el perjuicio, empero, evolucionó dentro del concepto general de responsabilidad y se identifica ahora con el requisito de imputación o asignación, por virtud del cual el daño resarcible, esto es el que es pasible de constituirse en fuente la obligación de indemnizar el perjuicio, debe ser atribuido o reconducido a su autor, en este caso a la parte que se obligó y faltó a su deber de cumplimiento, de manera que el mismo contrato guía la asignación de responsabilidad.

No presenta mayor dificultad la comprensión de este concepto, si se tiene en cuenta que la ley contractual genera obligaciones, asigna deberes, cargas y riesgos, a cada parte en relación con la(s) otra(s), dentro de la situación relacional en la que se han colocado, de manera que el título de imputación por el cual debe responder la parte incumplida frente a aquella que si cumple, se encuentra en el deber de cumplimiento que surgió de la propia voluntad de las partes³⁵⁸.

³⁵⁷ **Artículo 1613. Indemnización de Perjuicios.** La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento. || Exceptúanse los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente. || **Artículo 1614. Daño Emergente y Lucro Cesante.** Entiéndese por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento».

³⁵⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia de 25 de marzo de 2015, exp. 37726.



En sentido similar, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha manifestado lo siguiente:

“Trátase aquí, según puede establecerse, de un proceso de responsabilidad civil contractual, razón por la cual el acogimiento de la acción depende de la demostración, en primer término, de la celebración por las partes a que se refiere la misma y en segundo lugar, de los elementos que son propios a aquella, a saber: el incumplimiento de la convención por la persona a quien se demanda; la producción para el actor de un daño cierto y real; y, finalmente, que entre uno y otro de tales elementos medie un nexo de causalidad, es decir, que el perjuicio cuya reparación se persigue sea consecuencia directa de la conducta anticontractual reprochada al demandado.

[...]

Sobre el particular tiene dicho la Sala de la Corte: ‘El contrato legalmente celebrado vincula a las partes y las obliga a ejecutar las prestaciones convenidas, de modo que si una de ellas incumple las obligaciones que se impuso, faculta a la otra para demandar bien que se le cumpla, que se le resuelva el contrato o el pago de los perjuicios que se le hayan causado por el incumplimiento pretendiendo esto últimos ya de manera principal (arts. 1610 y 1612 del C.C.) o ya de manera accesorio o consecuencial (arts. 1546 y 1818 del C.C.), los que se encaminan a proporcionar a la parte cumplida una satisfacción pecuniaria de los daños ocasionados’ (Sent. de 14 de marzo de 1996, Exp. No. 4738, G.J. CCXL, p. 407)”³⁵⁹

La responsabilidad civil contractual, requiere –de conformidad con lo anterior– la existencia una obligación derivada de un contrato, cuyo cumplimiento haya sido omitido por el demandado, ocasionando con ello un menoscabo a un interés jurídicamente protegido en cabeza del demandante. Lo anterior, da lugar a la exigencia del cumplimiento del contrato, su resolución o el pago de los daños ocasionados.

Por otra parte, en el artículo 50 de la Ley 80 se establece que:

“Las entidades responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas. En tales casos deberán indemnizar la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista”.

El texto subrayado de dicha disposición fue declarada condicionalmente exequible por la Corte Constitucional, “[...] en el entendido de que ella debe ser interpretada en consonancia con el artículo 90 de la Constitución, puesto que esa norma constitucional se aplica también en relación con la responsabilidad contractual del Estado”³⁶⁰.

Al respecto, esta Corporación precisó que:

“[S]on dos las condiciones indispensables para la procedencia de la declaración de la responsabilidad patrimonial con cargo del Estado y demás personas jurídicas de derecho público, a saber: el daño antijurídico y la imputabilidad del daño a alguna de ellas.

La noción de daño antijurídico es invariable cualquiera sea la clase (contractual o extracontractual) o el régimen de responsabilidad de que se trate; consistirá siempre en

³⁵⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Sentencia de 9 de marzo de 2001, rad. 5659.

³⁶⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-333 de 1996.



la lesión patrimonial o extrapatrimonial que la víctima no está en el deber jurídico de soportar.

La diferencia estriba, en consecuencia, en los títulos jurídicos de imputación del daño, determinantes de la causalidad jurídica más allá de la simple causalidad material que se deriva del nexo causal.

Así, mientras en la responsabilidad fundada en el contrato, serán títulos jurídicos de imputación, por ejemplo los mandatos de [la] buena fe, y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza los contratos conmutativos (art. 28, ley 80 de 1993) en la extracontractual lo serán, además, la falla del servicio que es el título de imputación más frecuente, cualquiera que sea el sistema que para su prueba se adopte; la culpa personal en nexo con el servicio, prevista para citar algunas disposiciones, en el inciso 2° del artículo 90 de la C.N y en el artículo 77 del CCA; la igualdad de las personas ante la Ley (art. 13 de la C.N, entre otros); el riesgo excepcional establecido, por ejemplo por la Ley 104 de 1993 o en el decreto 444 del mismo año; el error judicial y el anormal funcionamiento de la administración de justicia art. 40 del CPC, art. 414 del CPP, etc), la inconstitucionalidad de la Ley declarada judicialmente, y principios de justicia de equidad como éste del no enriquecimiento sin causa”³⁶¹.

Adicionalmente, esta Colegiatura ha establecido que los elementos principales de la responsabilidad contractual de la administración pública son los siguientes:

“a) El incumplimiento de una obligación surgida del contrato, imputable a la Administración Pública.

b) El daño antijurídico sufrido por el contratista o el menoscabo de su derecho a la prestación.

c) El nexo causal entre el daño antijurídico sufrido por el contratista y el incumplimiento de la obligación imputable a la Administración Pública”³⁶².

La responsabilidad contractual de la administración requiere así la existencia una obligación surgida de un contrato, cuyo cumplimiento sea imputable a la administración contratante y haya ocasionado el menoscabo de su derecho a la prestación. Lo anterior da lugar a que se indemnice la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia, o el beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista.

3.4.4.5.- Conforme a lo precedentemente expuesto, esta sala de Subsección procederá a establecer, en primer lugar, si en el presente asunto existía una obligación contractual que hubiera sido incumplida por la autoridad minera, conforme a lo argüido por Esmeracol.

En el *sub lite* se acreditó que **el 7 de diciembre de 1981 se elevó a escritura pública³⁶³ un contrato de operación minera suscrito entre Esmeracol y Ecominas** el cual tenía por objeto otorgar a Esmeracol “[...] *el derecho temporal y exclusivo a explorar y explotar, a nombre de la Empresa [Ecominas], el subsuelo potencialmente esmeraldífero de un área de setenta y tres hectáreas (73 Has.) con tres mil ochocientos cincuenta y ocho con setenta y un metros cuadrados (3.858,71 M2.) y que hace parte de la inicialmente contratada con la misma sociedad y que se encuentra en la zona de la Reserva Especial de Coscuez, área cuyo plano topográfico, levantado a escala 1:5.000 se anexa al presente documento y cuyos linderos son los siguientes: [...]”*. Su vigencia era de seis (6) años, prorrogable hasta

³⁶¹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia de 8 de mayo de 1995, exp. N8118.

³⁶² CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia de 25 de febrero de 2009, exp. 16103.

³⁶³ Folios 27 a 35 del cuaderno 2.



por seis (6) años más, por solicitud de Esmeracol, con la que, conforme a la cláusula 10ª, “[...] las partes acordarán las nuevas contraprestaciones económicas que habrán de regir durante las respectivas prórrogas”.

En la cláusula 4ª de dicho contrato se pactó que:

“El operador se obliga a permitir la permanencia de los aparceros u ocupantes reconocidos que existan en la zona, hasta tanto, y mediante su colaboración, la empresa logre definir la situación de éstos en cuanto a su permanencia en tal lugar”.

En el año de **1985**, Ecominas y Esmeracol firmaron **un otrosí al contrato de operación minera del 7 de diciembre de 1981, con el propósito de modificar algunas cláusulas del segundo**³⁶⁴. En su cláusula 10ª se convino lo siguiente:

“Las partes acuerdan que el término de la vigencia del contrato actual será de diez (10) años más, contados a partir del primeo (1º) de julio de mil novecientos ochenta y cinco (1985) hasta el treinta (30) de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995), salvo que termine antes por las causales que determinen la disolución de la sociedad, el incumplimiento del contrato o las que fije la ley para estos casos. Vencido este plazo, el contrato será prorrogable de año en año, hasta por diez (10) años más, por solicitud escrita del OPERADOR, efectuada con tres (3) meses de anticipación al vencimiento del término inicial o de su respectiva prórroga. Al recibir la solicitud, las partes contratantes acordarán las nuevas contraprestaciones económicas que habrán de regir durante las respectivas prórrogas”.

La **Ley 2ª de 1990 y el Decreto 1377 del mismo año** transformaron a Ecominas en Minerales de Colombia S.A. –**Mineralco S.A.**–, la cual tenía dentro de su objeto la explotación y explotación de los yacimientos otorgados en aporte a Ecominas (art. 3, Ley 2ª).

El **31 de marzo de 1995**, Esmeracol manifestó a Mineralco que el anterior contrato mencionado quedaría prorrogado por veinticinco (25) años, de conformidad con lo establecido en el parágrafo 1º del artículo 17 de la Ley 141 de 1994³⁶⁵.

En respuesta a lo anterior, el **11 de abril 1995**, Mineralco le manifestó a Esmeracol que, dicha entidad había decidido “[...] suscribir un nuevo contrato adaptándolo a las nuevas disposiciones como es la ley 99 de 1993, Ley 80 de 1993, Ley 141 de 1994, Decreto 145 del 19 de enero de 1995, Decreto 2655 de 1988 actual Código de Minas y el Estatuto de Contratación de Mineralco S.A., [sic] ésto debido a que el artículo 17, parágrafo primero no estable como [sic] imperativo la renovación a 25 años de los contratos, lo que establece como imperativo es la clasificación que se encuentra dentro de ese artículo, lo que obligatoriamente deberá tenerse en cuenta de prorrogarse el mismo”³⁶⁶.

El **4 de mayo de 1995**, el Jefe de la Oficina Jurídica de Mineralco comunicó a Esmeracol que, conforme a lo establecido en el parágrafo 1º de la Ley 141 de 1994, no se prorrogaba automáticamente el contrato de operación minera suscrito, ya que “[...] ello implicaría la pérdida de la facultad por parte de Mineralco para prorrogar sus contratos o para determinar si el adecuado o inadecuado cumplimiento de los compromisos por parte del contratista pudiera ser revisado por esta entidad para la aceptación o el rechazo de una prórroga”³⁶⁷.

³⁶⁴ Folios 36 a 38 del cuaderno 7 A.

³⁶⁵ Folio 909 del cuaderno 5.

³⁶⁶ Folio 912 del cuaderno 5.

³⁶⁷ Folio 916 del cuaderno 5.



El **30 de junio de 1995** Esmeracol y Mineralco suscribieron un contrato³⁶⁸ –inscrito el 10 de octubre de 1995³⁶⁹– con el objeto de otorgar a la segunda “[...] *el derecho temporal y exclusivo a explorar y explotar el subsuelo potencialmente esmeraldífero en un área de aproximadamente 73 hectáreas y 3.856 metros cuadrados, la cual se encuentra ubicada en el municipio de San Pablo de Borbur, Departamento de Boyacá*” (Cláusula 1ª). Se consignó además que: “*Las partes de común acuerdo manifiestan que el área materia de este documento es la misma contenida en el contrato inicial de operación suscrito el 7 de diciembre 1981 y su respectiva modificación efectuada el 1º de agosto de 1991 y contenida en la hoja de papel de seguridad No. 7402624 y a dichas coordenadas se remiten*”.

En este acto jurídico que se acordó que Esmeracol “[...] *será el único responsable de todas las actividades relacionadas con la ejecución del presente contrato y de los efectos que las mismas produzca, de conformidad con las normas legales vigentes*” (cláusula 6ª).

Este contrato, conforme a lo manifestó en su considerando e), se “[...] *rige por el artículo 17 de la Ley 141 de 1994, el Decreto 2655 de 1988, los principios generales de la Ley 80 de 1993. Por la Ley 99 de 1993 y la Ley 141 de 1994 y sus respectivos Decretos Reglamentarios*”.

La Sala encuentra así que, el contrato de operación minera protocolizado el 7 de diciembre de 1981 tenía un plazo inicial de seis (6) años, el cual fue prorrogado, en 1985, por un término de diez (10) años, que se cumplió el treinta (30) de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995). Este contrato podía ser prorrogado “*de año en año*”, previa solicitud de Esmeracol, mediante acto en el que se especificarían las contraprestaciones a las que hubiera lugar.

Esmeracol, sin embargo, no buscó una prórroga del contrato de operación minera protocolizado el 7 de diciembre de 1981, con base en lo acordado previamente por las partes. La empresa demandante propuso a Mineralco una interpretación del párrafo 1º del artículo 17 de la Ley 141 de 1994, de acuerdo con el cual el mencionado negocio jurídico quedaría prorrogado automáticamente. Dicha interpretación fue rechazada la segunda, ya que, con ello, perdería sus facultades de revisar el cumplimiento de lo acordado y decidir sobre su prórroga. Además, Mineralco puso de presente que su intención era de “*suscribir un nuevo contrato*” adaptándolo a las disposiciones vigentes en materia minera, ambiental, contractual y de regalías.

La Sala observa, en primer lugar, que el párrafo 1º del artículo 17 de la Ley 141 de 1994 establecía que:

“A partir de la vigencia de la presente Ley, todos los beneficiarios de títulos mineros durante la etapa de explotación de piedras preciosas, pagarán un canon superficial como contraprestación distinta a la regalía, en proporción al área contratada con Mineralco S.A., o quien haga sus veces, y de acuerdo con los siguientes parámetros de contratación:

| CLASIFICACION | DISTRITO ESMERALDI FERO | DURACION PERIODO [sic] EXPLORACION | DURACION PERIODO MONTAJE | DURACION PERIODO EXPLORACION | SALARIOS MINIMOS MENSUALES HABAÑO CONTRATADA |
|---------------|-------------------------------|--|--------------------------------|------------------------------------|--|
|---------------|-------------------------------|--|--------------------------------|------------------------------------|--|

³⁶⁸ Folios 294 a 299 del cuaderno 2.

³⁶⁹ Folios 54 y 55 del cuaderno 2.



| | | | | | |
|-------|---------------------------------|--|--------------------------|-----------------------|----|
| A | Reserva nacional Muzo y Coscuez | un (1) año prorrogable en seis (6) meses | Un (1) año improrrogable | veinticinco (25) años | 20 |
| [...] | | | | | |

Los contratos vigentes a la promulgación de la presente Ley, se renovarán a partir de la etapa de explotación teniendo en cuenta la clasificación anterior”

Encuentra así esta Subsección, que la anterior disposición no ordenaba que los contratos mineros vigentes al momento de su promulgación se prorrogarían automáticamente por ministerio de la ley, sino que establecían unas contraprestaciones económicas y unos plazos máximos que debían respetarse en la suscripción y prórroga de los contratos para la exploración, montaje y explotación minera en la Reserva Nacional de Muzo y Coscuez.

Una interpretación como la propuesta por Esmeracol, le impediría examinar el cumplimiento, por parte del operador o concesionario, de lo convenido inicialmente, así como de la normativa sobre la materia, y decidir sobre la prórroga del contrato. De esta forma –considera la Sala– se cercenaría a Mineralco su condición de administrador de los yacimientos de Esmeraldas otorgados a Ecominas, así como de los bienes muebles e inmuebles de propiedad de la Nación destinados al servicio de las minas de Muzo y Coscuez que hubieran conservado ese carácter, conforme al artículo 2.e) de la Ley 2ª de 1990. De esta forma, además, el Estado estaría renunciando a las facultades constitucionales que le corresponden como propietario del subsuelo y de los recursos naturales renovables³⁷⁰⁻³⁷¹, así como al deber de planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución³⁷²⁻³⁷³.

Concluye la Sala así que, de conformidad con lo establecido anteriormente, es claro que el contrato de operación minera elevado a escritura pública del 7 de diciembre de 1981 no se prorrogaba automáticamente por ministerio de la ley, ni se solicitó su prórroga anual, de conformidad con lo contractualmente estipulado. Por otra parte, Mineralco manifestó, de forma clara y expresa, que dicho contrato no se prorrogaría, sino que se suscribiría uno nuevo, que se adaptara al Derecho vigente en materia ambiental, minera, contractual y de regalías; materias que, conforme a los artículos superiores 4º, 79, 80, 332, 333, 360 y 150 *in fine*, constituyen intereses jurídicos de

³⁷⁰ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. “Artículo 332. El Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes”.

³⁷¹ “La Constitución Política establece que el subsuelo y los recursos naturales no renovables son de propiedad del Estado (332 C.P.), por lo que corresponde al mismo bajo dicha potestad intervenir por mandato de la ley en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, con el fin de lograr la racionalización de la economía, la protección del medio ambiente y el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes”. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias C-983 de 2010 y C-412 de 2015.

³⁷² CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. “Artículo 332. El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución”.

³⁷³ “En términos generales, los fines perseguidos por el legislador con la consagración de un tratamiento especial para el contrato vigente entre Carbocol e Intercor, encuentran respaldo en la atribución amplia otorgada por el Constituyente al Estado para planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución, y para prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental (C.P. art. 80). Es claro que para la planeación y el manejo macroeconómico, sometidos por la Carta Política a ciclos coincidentes con el período del gobierno, la renegociación obligada y súbita de todos los contratos vigentes para la explotación de recursos naturales no renovables, sería traumática en cuanto al ingreso de recursos, y a su aplicación en la ejecución de los planes y programas de desarrollo debidamente aprobados”. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-691 de 1996.



rango constitucional, cuya regulación le compete al legislador, de conformidad con los principios y normas de la Carta Política.

Es pues claro, que la intención de las partes al suscribir el contrato de operación minera del 30 de junio de 1995 no fue la de prorrogar el contrato anterior, con sus modificaciones, sino la de suscribir un nuevo negocio jurídico, que únicamente se refiere al anterior, para señalar que tendría por objeto la misma área. El anterior negocio jurídico, por lo demás, se había extinguido ese mismo día, de conformidad lo estipulado en cláusula 10ª, arriba trascrita, del otrosí firmado en 1985.

Esta Colegiatura nota, además, que en el contrato de 30 de junio de 1995 se reguló íntegramente el vínculo entre Mineralco y Esmeracol, estipulándose en su clausulado todos elementos de dicha relación a los cuales se refería el contrato de 7 de diciembre de 1981 y sus modificaciones. En este último contrato, además, no se consignó que “[l]as demás cláusulas del contrato conservan su vigencia y validez”, ni que “[...] las demás cláusulas del contrato de operación anteriormente aludido, no han sido objeto de modificación y, por tanto, las declara vigentes”, como lo habían hecho previamente los co-contratantes al suscribir los acuerdos con los que, en 1985 y 1991, se modificó el contrato de 7 de diciembre de 1981³⁷⁴.

Definida así, como está, la intención de las partes, con base en lo manifestado por las mismas en las negociaciones del contrato de 30 de junio de 1995, así como en el texto del contrato mismo y lo dicho en contratos anteriores, esta Subsección concluye que, de conformidad con los artículos 1618 y 1622 del Código Civil³⁷⁵, el contrato de 7 de diciembre de 1981 se extinguió el 30 de junio de 1995 y, en esa misma fecha, se suscribió un nuevo negocio jurídico autónomo e independiente al anterior, con un objeto análogo. Consecuentemente, no cabe entender que, al denominar como “RENOVACIÓN” el negocio jurídico de 30 de junio de 1995, con este se prorrogó o se modificó el contrato de 7 de diciembre de 1981.

No existía así la obligación 4ª del contrato de operación minera protocolizado el 7 de diciembre de 1981, cuyo incumplimiento alega la sociedad demandante como fundamento de las pretensiones bajo estudio. Por el contrario, en la cláusula 6ª del contrato de operación minera del 30 de junio de 1995, que regulaba la relación entre las partes en el periodo de esta reclamación, se pactó que Esmeracol “[...] será el único responsable de todas las actividades relacionadas con la ejecución del presente contrato y de los efectos que las mismas produzca, de conformidad con las normas legales vigentes”. No es pues procedente la declaración de responsabilidad contractual estudiada en este acápite.

Así pues, de acuerdo con los anteriores razonamientos, **la Sala desestimaré las pretensiones decimotercera y decimocuarta principales.**

3.4.5. La ocupación de gUAQUEROS y apARCEROS como excusa al incumplimiento de las obligaciones contractuales de Esmeracol

3.4.5.1.- Habiéndose descartado en el apartado anterior la eventual responsabilidad contractual de la autoridad minera, por la ocupación de gUAQUEROS y apARCEROS en el área del contrato minero del 30 de junio de 1995, esta Subsección procederá a establecer si, conforme a lo solicitado en la pretensión decimoquinta principal, dicha

³⁷⁴ Folios 38 y 39 del cuaderno 7 A.

³⁷⁵ CÓDIGO CIVIL. “Artículo 1618. Prevalencia de la intención. Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras. [...] Artículo 1622. Interpretaciones sistemáticas, por comparación y por aplicación práctica. [...] podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia”.



circunstancia puede excusar el cumplimiento de dicho contrato por parte de Esmeracol.

3.4.5.2.- Al respecto, la Sala recuerda que en los acápites 3.4.2 y 3.4.3 de esta providencia, se estableció que el ingreso de gUAQUEROS y aparceros al área del contrato de operación minera de 30 de junio 1995 no constituía un hecho externo, imprevisible e irresistible, que imposibilitara su ejecución, ni que diera lugar al reajuste de las prestaciones contractuales, y que, además, Esmeracol no adoptó medidas para evitar, mitigar o disipar la excesiva onerosidad que, para ésta, trajeron tales eventos. No cabe así, excusar el cumplimiento de las obligaciones contractuales de Esmeracol, en razón a la ocurrencia de los anteriores eventos.

En consecuencia, **esta Subsección desestimaré la pretensión decimoquinta principal.**

3.4.6. La devolución de lo pagado a la autoridad minera por concepto de Administración, por inejecución de dicha obligación

3.4.6.1.- Esmeracol pretende que se declare que la obligación de administración convenida en el contrato de operación minera 122-95M no se ejecutó y, en consecuencia, se le devuelva lo pagado por tal concepto, a título de responsabilidad contractual o pago de lo no debido.

3.4.6.2.- Con respecto a esta solicitud, la Sala nota que en la cláusula 4ª del contrato de operación minera de 30 de junio de 1995 se pactó que: *"El operador pagará a Mineralco S.A., por concepto de Administración del contrato y durante la vigencia del mismo, dos (2) salarios mínimos mensuales por hectárea – año, vigente al momento de su cancelación"*. Sin embargo, en dicho contrato no se definió en qué consistía dicha *Administración*.

Esta Subsección observa que por *Administración*, con su primera letra en mayúscula –como se pactó en el contrato– se entiende el "[c]onjunto de los organismos destinados a la gestión y el funcionamiento de una parcela determinada de la vida social"³⁷⁶. Así pues, de acuerdo con el tenor literal de lo pactado, con el canon estipulado por este concepto, se paga por el funcionamiento de los organismos de la entidad contratante encargados de gestionar y velar por el correcto cumplimiento del contrato de operación minera de 30 de junio de 1995 y la normativa aplicable, en cuanto el objeto de dicho negocio jurídico consiste en la exploración y explotación de un recurso perteneciente al Estado, lo cual tiene un interés público y social, de acuerdo con los artículos 3º y 7º del Decreto 2655 de 1988³⁷⁷. La función a cargo de dichos organismos tiene un carácter permanente, por lo que, como es natural, se pactó un pago periódico durante la vigencia del contrato.

³⁷⁶ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española*, Edición del Tricentenario (actualización 2017). El diccionario contiene otra acepción para *Administración*, que consiste en el "[c]onjunto de los organismos de gobierno de una nación o de una entidad política inferior". Esta acepción no es tenida en cuenta por la Sala, en esta ocasión, debido a que con ella se estaría refiriendo al conjunto de órganos de gobierno de alguna de las entidades territoriales del Estado colombiano, a la que claramente no hace referencia la disposición contractual bajo examen, debido a que dichas entidades no hacen parte del contrato de operación minera, ni ejercen funciones de gobierno éste.

³⁷⁷ DECRETO 2655 DE 1988. "Artículo 3. *Propiedad de los recursos naturales no renovables. De conformidad con la Constitución Política, todos los recursos naturales no renovables del suelo y del subsuelo pertenecen a la Nación en forma inalienable e imprescriptible. En ejercicio de esa propiedad, podrá explorarlos y explotarlos directamente a través de organismos descentralizados, o conferir a los particulares el derecho de hacerlo, o reservarlos temporalmente por razones de interés público, todo de acuerdo con las disposiciones de este Código. [...] Artículo 7. Declaración de utilidad pública o interés social. Declárase de utilidad pública o de interés social la industria minera en sus ramas de prospección exploración, explotación, beneficio, transporte, fundición, aprovechamiento, procesamiento, transformación y comercialización*".



Ahora bien, en el proceso no se probó que Mineralco o el Ingeominas no contaran con unos organismos destinados a gestionar el contrato de operación minera del 30 de junio de 1995 y velar por su cumplimiento, así como el de la normativa aplicable. Por el contrario, se demostró que Mineralco desarrolló diversas actividades de Administración, tales como: **(i)** constatar que la actividad minera en el área del contrato se hubiera paralizado³⁷⁸; **(ii)** verificar la viabilidad jurídica de la suspensión del contrato, conforme a la solicitud de suspensión presentada por Esmeracol, para el período comprendido entre el 1º de octubre y el 1º de noviembre de 1996³⁷⁹; **(iii)** determinar si la solicitud de reducción del área del contrato era técnica³⁸⁰⁻³⁸¹ y jurídicamente³⁸² procedente, así como realizar visitas de seguimiento y control³⁸³, y atender reuniones³⁸⁴ con el mismo propósito; **(iv)** solicitar el cumplimiento de las obligaciones económicas en cabeza de Esmeracol³⁸⁵⁻³⁸⁶⁻³⁸⁷⁻³⁸⁸⁻³⁸⁹; **(v)** elaborar conceptos técnicos para establecer el rango de los trabajos de explotación de esmeraldas llevados a cabo en el área del contrato³⁹⁰⁻³⁹¹; **(vi)** imponer multas por el incumplimiento de las obligaciones de Esmeracol³⁹²; **(vii)** realizar visitas e informes técnicos para verificar la forma en que se estaban desarrollando las actividades

³⁷⁸ Folio 956 del cuaderno 5.

³⁷⁹ Memorando 2710 del 5 de noviembre de 1996 (folio 957 del cuaderno 5).

³⁸⁰ Memorando 2964 del 11 de diciembre de 1996 del Subgerente Técnico (E) de Mineralco y otros, visibles a a folios 962 y 963 del cuaderno 5, y 965 y 966 del cuaderno 5.

³⁸¹ Copia auténtica del concepto de la Gerencia de Fiscalización Minera – División de Seguimiento y Control de Minercol del 28 de febrero de 2002, el cual manifiesta que la reducción del área del contrato 122-95M es “*técnicamente aceptable*”.

³⁸² Memorando X011-06621 del 2 de agosto de 2000, remitido por la Jefa de División Legal Minera de Minercol al Jefe de la División de Seguimiento y Control, visible a folios 1116 a 1117 del cuaderno 5.

³⁸³ Informe de la visita de seguimiento y control presentado por los ingenieros de minas Nelson Misael Aguirre y José David Castañeda, realizada los días 5 a 9 de mayo de 2000, en el que, entre otros, se concluyó que: “*En la zona excluida en la reducción del área solicitada no se observaron frentes de explotación, por lo que la reducción solicitada es viable desde el punto de vista minero*”. Visible a Folios 1078 a 1089 del cuaderno 5.

³⁸⁴ Copia auténtica del oficio 1091-06770 del 24 de agosto de 2000, con el cual la gerente de fiscalización minera de Minercol invitó a la gerente general de Minercol a una reunión en la División de Recaudo y Distribución, el viernes 15 de agosto, “[...] para determinar temas como reducción de área e incumplimiento de los compromisos contractuales”. Visible a folio 1124 del cuaderno 5.

³⁸⁵ Oficio remitido por el gerente general de Mineralco a Esmeracol solicitó que se acercara a las oficinas de Mineralco, antes del 31 de enero de 1998, para llegar a un acuerdo relativo a la forma de pago de tales acreencias, visible a folios 1009 a 1010 del cuaderno 5.

³⁸⁶ Oficio 1090-04853 del 19 de julio de 1999, con el que el Gerente de Fiscalización Minera de Minercol solicitó a Esmeracol el pago de las obligaciones pendientes con esta última, las cuales se liquidan en dicho documento, visible a folios 1059 y 1060 del cuaderno 5.

³⁸⁷ Copia auténtica del oficio 8205 del 29 de noviembre de 2002

a través del cual Minercol le recordó a Esmeracol que se encontraba en estado de incumplimiento del pago de la segunda cuota prevista en el acuerdo suscrito, correspondiente al 23 de octubre de 2002, y que la cuota del mes de diciembre estaba próxima a vencerse, visible a folio 1472 del cuaderno 6.

³⁸⁸ Acta de visita de seguridad minera a explotaciones subterráneas del 4 de marzo de 2003 suscrita por representantes de Minercol y Esmeracol, en la que, entre otras se recomendó “[f]ijar políticas claras sobre acceso de gwaqueros no autorizados para los diferentes cortes”, visible a folios 1496 a 1499 del cuaderno 6.

³⁸⁹ “*INFORME DE VISITA TÉCNICA, AL CONTRATO N° 122-95M TITULAR: ESMERACOL S.A.*”, presentado por el ingeniero de minas Wilfrido Sangunio, el 30 de abril de 2003, como parte del Programa de Fiscalización, Seguimiento y Control de la Gerencia Operativa Regional número 1 (Nobsa) de Minercol, visible a folios 1504 a 1527 del cuaderno 6.

³⁹⁰ Concepto de visita técnica realizada el 11 de junio de 2000 al área del contrato de Esmeracol por profesionales de la Gerencia de Fiscalización Minera – División de Seguimiento y control de Minercol, visible a folios 1102 a 1104 del cuaderno 5.

³⁹¹ Concepto de visita técnica al área del contrato 122-95M, con fecha de 23 de abril de 2002, visible a folios 1334 a 1338 del cuaderno 6.

³⁹² Resolución 10900073 del 26 de marzo de 2001, proferida por el Gerente de Fiscalización Minera de Minercol, visible a folios 1154 y 1155 del cuaderno 5.



mineras del contrato y realizar recomendaciones al respecto³⁹³⁻³⁹⁴⁻³⁹⁵⁻³⁹⁶; **(viii)** suscribir acuerdos de pago, con el propósito de evitar el continuo incumplimiento contractual por parte de Esmeracol³⁹⁷; y **(ix)** adelantar gestiones encaminadas a decretar la caducidad del contrato³⁹⁸⁻³⁹⁹.

La Sala concluye así que Minercol tenía organismos encargados de la gestión del contrato de operación minera del 30 de junio de 1995, así como de la verificación del cumplimiento lo estipulado y la normativa pertinente. Dichos organismos, además, desarrollaron una intensa actividad, debido, en buena parte, a los incumplimientos de Esmeracol y las solicitudes formuladas por dicha empresa.

Por lo tanto, la **Sala desestimaré las pretensiones tercera principal y subsidiaria.**

3.4.7. La nulidad de la Resolución SFOM-154 de 15 de diciembre de 2005 y la devolución de lo pagado a la autoridad minera por concepto de Administración, por inejecución de dicha obligación

La sociedad demandante solicita que se declare la nulidad de la Resolución SFOM-154 de 15 de diciembre de 2005 y que, como consecuencia de ello, se condene al Ingeominas a restituir cualquier suma que, como efecto de dicha resolución hubiera pagado. La Sala procederá, por lo tanto, a analizar los cargos formulados por la firma impugnante contra dicha resolución, comenzando con aquellos que –como se verá– han ido siendo indirectamente resueltos a lo largo de esta sentencia.

3.4.7.1.- Según el artículo 26 del Decreto 254 de 2004, hace parte de la masa de la liquidación cualquier derecho patrimonial que ingrese o deba ingresar a Minercol Ltda. –en liquidación–. Por lo tanto, las facturas relacionadas en la resolución censurada, al constituir créditos a favor de ésta, hacían parte integrante de sus activos, y su cuantificación, negociación y recaudo era competencia exclusiva del liquidador.

Conforme a lo previamente establecido en esta providencia, el artículo 27 del Decreto 254 de 2004 excluyó expresamente de la masa de la liquidación de Minercol las acreencias provenientes de los contratos mineros que, como el suscrito el 30 de

³⁹³ Informe sobre la visita técnica de seguimiento y seguridad del área del contrato 125-95M realizada entre el 13 y el 19 de septiembre de 2001, por los profesionales de la División de Seguimiento y Control de Mineralco, Franklin Javier Alarcón y Luis Jaime Lacouture, fechado el 25 de septiembre de 2001, visible a folios 1276 a 1289 del cuaderno 6.

³⁹⁴ "INFORME DE VISITA TÉCNICA AL CONTRATO NO 122-95M TITULAR: ESMERACOL S.A.", presentado por el ingeniero de minas Wilfrido Sangunio, el 7 de mayo de 2002, como parte del Programa de Fiscalización, Seguimiento y Control de la Gerencia Operativa Regional número 1 (Nobsa) de Minercol, visible a folios 1396 a 1406 del cuaderno 6.

³⁹⁵ "INFORME DE VISITA TÉCNICA, AL CONTRATO N° 122-95M TITULAR: ESMERACOL S.A.", presentado por el ingeniero de minas Wilfrido Sangunio, el 8 de noviembre de 2002, como parte del Programa de Fiscalización, Seguimiento y Control de la Gerencia Operativa Regional número 1 (Nobsa) de Minercol, visible a folios 1443 a 1470 del cuaderno 6.

³⁹⁶ "INFORME DE VISITA TÉCNICA, AL CONTRATO N° 122-95M TITULAR: ESMERACOL S.A.", presentado por el ingeniero de minas Wilfrido Sangunio, el 30 de mayo de 2003, como parte del Programa de Fiscalización, Seguimiento y Control de la Gerencia Operativa Regional número 1 (Nobsa) de Minercol, visible a folios 1529 a 1534 del cuaderno 6.

³⁹⁷ Acuerdo de pago número 10, suscrito entre Minercol y Esmeracol el 23 de abril de 2002, visible a folios 1359 a 1366 del cuaderno 6.

³⁹⁸ Oficio 1092-7060 con sello de recibido de 4 de noviembre de 2003, a través del cual Minercol le recordó a Esmeracol que se encontraba en proceso de caducidad por incumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato 122-95M, así como en el acuerdo de pago de 23 de abril de 2002, y que la única forma de detener dicho proceso consistía en pagar las cuotas convenidas en el acuerdo mencionado, además de las facturas que en este oficio se relacionan, visible a folio 1548 del cuaderno 6.

³⁹⁹ Resolución número 003 del 12 de marzo de 2004, proferido por el Segundo Comandante y Jefe de Estado Mayo de la Primera Brigada del Ejército Nacional, visible a folios 1559 y 1560 del cuaderno 6.



junio de 1995, vinieran ejecutándose. Por ende, no cabe afirmar –como lo hace la demandante– que este formara parte de dicha masa, de acuerdo con el artículo 26 del Decreto 254 de 2004, que es la disposición en la que se definía, con carácter general, la masa de la liquidación, a la cual se aplica la excepción contenida en el artículo 27 precitado. En consecuencia, este cargo no está llamado a prosperar.

3.4.7.2.- Minercol en Liquidación no perdió su competencia para adelantar cualquier cobro, conforme a lo establecido en el artículo 3º del Decreto 254 de 2004, ya que éste le permitió conservar su capacidad jurídica para realizar los actos, operaciones y contratos necesarios para efectuar su pronta liquidación.

Como lo estableció la Sala anteriormente en esta providencia, al haberse excluido del patrimonio de Minercol Ltda. en Liquidación los contratos mineros en ejecución y los recursos a ellos asignados, se excluyó así mismo de las funciones del Gerente General de Minercol Ltda. en Liquidación todo lo relacionado con la fiscalización, vigilancia, administración y recaudo de las contraprestaciones derivadas de tales contratos, sobre lo cual tenía competencia el Ingeominas, conforme al artículo 5.11 del Decreto 252 de 2004 y el artículo 1º de la Resolución 18-0074 de 2004. Por ende, este cargo será rechazado.

3.4.7.3.- Al momento de la expedición de la Resolución SFOM-154 de 2005 no se había presentado una subrogación de la posición contractual.

De conformidad con lo determinado por esta Subsección en el análisis de la legitimación en la causa, el artículo 28 del Decreto 254 de 2004 establecía que una vez finalizada la liquidación de Minercol, y no antes, sus derechos y obligaciones serían transferidos al Ministerio de Minas y Energía. Esta disposición, en cualquier caso, hacía referencia a los bienes y derechos que formaban parte del patrimonio de Minercol Ltda. en Liquidación, que son los que entraban en la liquidación de dicha empresa. La subrogación de los contratos, como el del 30 de junio de 1995, operó por disposición directa y expresa, como se explicó anteriormente. Este cargo es consecuentemente impróspero.

3.4.7.4.- Habiéndose acreditado la suspensión del suministro de explosivos, así como la demora en el desagüe de los túneles por falta de fluido y, con ello, la existencia de circunstancias de fuerza mayor durante el primer semestre de 2004, el Tribunal debería haber restituido el equilibrio de la ecuación financiera del contrato.

Esta Corporación, como juez del contrato, estableció en los acápites 3.4.2 y 3.4.3 de esta sentencia, que la suspensión del suministro de explosivos y de energía eléctrica a Esmeracol no constituyó un hecho externo, imprevisible e irresistible, que imposibilitara su ejecución, ni que diera lugar al reajuste de las prestaciones contractuales. Por lo tanto, este cargo será desestimado.

3.4.7.5.- Los efectos de la fuerza mayor se extendieron durante el primer semestre de 2004 y más allá, ya que el suministro de explosivos a Esmeracol había sido interrumpido hasta el 12 de marzo de 2004, por lo que la suspensión del contrato debió prolongarse hasta esa fecha. Al no hacerlo, se presentó una falsa motivación.

De conformidad con lo manifestado por la Sala en el anterior literal, este cargo será igualmente rechazado.

3.4.7.6.- El considerando 4º de la Resolución D-332 de 2005 señala que la Subdirección de Fiscalización y Ordenamiento Minero tiene la función de efectuar



el seguimiento y control del cumplimiento de las obligaciones de los titulares mineros. Pero, con la determinación del monto de un crédito causado antes del 28 de enero de 2004, sobrepasó dicha competencia.

Con respecto a este cargo, la Sala estima que debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que el objetivo de la Resolución SFOM-154 de 2015 consistió en responder a la solicitud de elaborar un acuerdo de pago para la cartera causada por Esmeracol, en el que se tuviera en cuenta el cese de operaciones entre el 2002 y el 2003, ocasionada por la suspensión del suministro de explosivos y energía eléctrica, elevada formalmente por Esmeracol el 13 de abril 2005⁴⁰⁰.

Tras haber sostenido reuniones con representantes de Esmeracol, y recibir el concepto técnico favorable del Grupo de Seguimiento y Control del Ingeominas⁴⁰¹, el Subdirector de Fiscalización y Ordenamiento Minero del Ingeominas profirió la Resolución SFOM-154 de 2005⁴⁰², con la cual aceptó la suspensión del contrato minero del 30 de junio de 1995, entre el 17 de febrero del 2003 y el 1º de enero de 2004; y, como consecuencia de ello, declaró que Esmeracol le adeuda al Ingeominas \$580'579.1335.

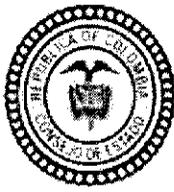
La Sala considera pertinente tener en cuenta, en primer lugar, que en el artículo 11 del Decreto 252 del 28 de enero de 2004 se definió la estructura del Ingeominas y se creó la Dirección de Servicio Minero, la cual tenía, entre otras, la función de ejercer como autoridad minera, según el artículo 21 de dicho decreto. De la Dirección de Servicio Minero formaba parte la Subdirección de Fiscalización y Ordenamiento Minero, a la cual el artículo 23 del Decreto 252 de 2004, modificado por el artículo 12 del Decreto 3577 del 29 de octubre del 2004, le atribuyó, entre otras, las funciones de: (i) efectuar el seguimiento y control del cumplimiento de las obligaciones por parte de los titulares mineros y adoptar las medidas pertinentes e imponer las sanciones correspondientes; (ii) liquidar, recaudar, distribuir y transferir las regalías y cualquier otra contraprestación derivada de la explotación de minerales, en los términos señalados en la ley; (iii) administrar las regalías, compensaciones y contraprestaciones económicas señaladas en la ley y exigibles con posterioridad al 28 de enero de 2004, derivadas de los contratos, convenios y proyectos que hayan sido recibidos por el Instituto en virtud de las funciones delegadas; y (iv) realizar la distribución de las contraprestaciones y compensaciones causadas con anterioridad al 28 de enero de 2004 y recaudadas por la Empresa Nacional Minera, Minercol Ltda., o por Minercol Ltda. en Liquidación.

Pues bien, para dar respuesta a la solicitud formulada por la actora, la Subdirección de Fiscalización y Ordenamiento Minero procedió a verificar, en primer lugar, las condiciones de cumplimiento del contrato de operación minera del 30 de junio de 1995, pudiendo constatar que las circunstancias por las que Esmeracol afirmaba que había tenido que suspender las actividades de exploración y explotación minera eran ciertas, conforme a la documentación por ésta aportada. Tales circunstancias fueron consideradas eventos de fuerza mayor –lo que no comparte esta Corporación– que permitían acceder a la solicitud formulada por Esmeracol. Así, de acuerdo con su interpretación de la ley y de los hechos puestos a su consideración, liquidó las contraprestaciones económicas adeudadas por Esmeracol, descontando las causadas dentro del lapso en el que Esmeracol suspendió las labores de explotación minera. Conforme a lo anterior, en la Resolución SFOM-154 de 2005, el Subdirector de Fiscalización y Ordenamiento Minero dio respuesta afirmativa a la

⁴⁰⁰ Folios 1620 y 1621 del cuaderno 6.

⁴⁰¹ Folios 1830 a 18 del cuaderno 7.

⁴⁰² Folios 1853 a 1856 del cuaderno 7; y 8 a 11 del cuaderno 2.



solicitud presentada por Esmeracol, indicando lo que, como consecuencia de dicha decisión, le correspondía pagar.

Resulta claro así –para esta Subsección– que la actuación de la Subdirección de Fiscalización y Ordenamiento Minero se efectuó dentro del marco de las competencias anteriormente mencionadas. Dentro de dichas competencias se encontraba, como se explicó, la de “[e]fectuar el seguimiento y control del cumplimiento de las obligaciones por parte de los titulares mineros [...]” mencionado en los considerandos de la Resolución D-332 de 2005, a la que hizo referencia la recurrente. Y, para pronunciarse sobre la solicitud de Esmeracol, expidió finalmente, un acto administrativo, el cual era el resultado del ejercicio de sus funciones y resultaba necesario para concluir el trámite iniciado con tal petición, lo que se menciona asimismo en los considerandos de la Resolución D-332 de 2005⁴⁰³. La Resolución SFOM-154 de 2005 se fundamentó así, claramente, en lo mencionado en los considerandos de la Resolución D-332 invocada como sustento funcional de la primera, en lo que el actor centraba su censura.

En consecuencia, este cargo será rechazado.

3.4.7.7.- En la Resolución SFOM-154 de 15 de diciembre de 2005, se tomó la Resolución D-332 de 2005 como fuente de competencia, la cual asignó a la Subdirección de Fiscalización y Ordenamiento Minero la función de expedir actos administrativos sobre liquidación de los contratos mineros, lo que no coincide con lo efectuado en la liquidación.

En el literalmente precedente, la Sala estableció que la Resolución SFOM-154 de 15 de diciembre de 2005 fue emitida en el ejercicio de las competencias atribuidas a la Subdirección de Fiscalización y Ordenamiento Minero. Consecuentemente, este cargo tampoco está llamado a prosperar.

3.4.7.8.- Motivación insuficiente de la Resolución SFOM-154 de 15 de diciembre de 2005

La sociedad impugnante argumentó que la motivación de los actos administrativos implica dejar plasmados, al menos en forma sumaria, los fundamentos de hecho y de derecho a partir de los cuales se toma una decisión particular, lo que no puede entenderse como una simple mención de las fuentes de la decisión, “[...] pues cuando una resolución individualiza, cuantifica y liquida obligaciones, debe motivar el periodo y la base sobre la cual se calcula el canon superficiario, la administración y los intereses moratorios”. Esto –afirma la recurrente– impide conocer la tasa de interés que se aplicaron y el capital que se cobra.

La falta de motivación, como causal de nulidad del acto administrativo, se presenta cuando en éste no se indica, al menos de forma sucinta, los hechos y/o fundamentos jurídicos que sustentan en proceder de la administración⁴⁰⁴. Una de las formas

⁴⁰³ “Que mediante Resolución No. D-939 del 16 de noviembre de 2004, el Director General del Instituto Colombiano de geología y Minería – Ingeominas asigna unas funciones a diferentes Dependencias del Instituto, entre ellas, a la Subdirección de Fiscalización y Ordenamiento Minero, estableciendo en el artículo 3º numerales 1º y 20 en cabeza de dicha Dependencia lo siguiente: “[...] 20. Expedir todos los demás actos administrativos que resulten del ejercicio de sus funciones, o que sean necesarios para el cabal cumplimiento de los trámites y asuntos de su competencia”. Resolución D-332 de 2005 del Director General del Ingeominas. Folios 98 y 88 del cuaderno 2”.

⁴⁰⁴ “Motivación de los actos administrativos. Constituye un elemento necesario para la existencia de un acto administrativo que haya unos motivos que originen su expedición y que sean el fundamento de la decisión que contienen. Es decir, deben existir unas circunstancias o razones de hecho y/o de derecho que determinan la expedición del acto y el contenido o sentido de la respectiva decisión”. CONSEJO DE ESTADO, Sección Primera. Sentencia de 23 de enero de 2014, rad. 11001-03-24-000-2012-00293-00.



admitidas de motivación del acto administrativo es la motivación previa o remitida, la que –como lo ha señalado esta Corporación– se presenta “[...] *cuando la administración no se explaya en exponer los hechos, sino que remite a la actuación, a lo previo, como cuando dice: ‘Con fundamento en la prueba que obra en el folio 20 del expediente...tómese esta decisión...’*”⁴⁰⁵.

En este orden de ideas, no era necesario que en la Resolución SFOM-154 de 15 de diciembre de 2015 se transcribieran las operaciones de liquidación plasmadas en el concepto técnico del Grupo de Seguimiento y Control del Ingeominas⁴⁰⁶, al cual hacía referencia expresa la resolución controvertida y que se encontraba en el mismo expediente administrativo, del cual se remitió copia auténtica a este proceso. Por lo tanto, este cargo será rechazado.

3.4.8. La nulidad, inoponibilidad o reliquidación de las facturas número 2958, 3317, 3318, 3385, 3442, 3625, 3626, 3788 y 3789.

3.4.8.1.- La compañía accionante deprecia la nulidad o la declaración de inoponibilidad de las anteriores facturas, con las que Minercol cobró el canon superficiario y la Administración pactadas en el contrato minero del 30 de junio de 1995, y que se declare que los cortes de energía eléctrica constituyeron un caso ajeno a la voluntad de la actora, y que, en consecuencia, el contrato 122-95M fue objeto de suspensión, por lo que la actora no podía efectuar los cobros realizados con tales facturas. Además de los argumentos propuestos en sustento de las pretensiones anteriormente resueltas en esta providencia, Esmeracol añadió que, por tratarse de actos administrativos, debían ser notificadas personalmente, por lo que, al no haberlo sido, son inoponibles.

3.4.8.2.- La Sala recuerda que la necesidad de intervención del Estado en la economía, que pugnaba con los principios de la economía clásica liberal para el logro de intereses superiores, ha sido reconocida en la jurisprudencia contencioso-administrativa inveterada⁴⁰⁷ y fue incorporada al ordenamiento constitucional patrio con el Acto Administrativo 1 de 1968⁴⁰⁸. Esta intervención –ha precisado esta Corporación– puede revestir modalidades diversas, como la fijación de precios máximos⁴⁰⁹, la regulación de tarifas⁴¹⁰, la inspección y vigilancia de actividades

⁴⁰⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sección Cuarta. Sentencia de 21 de noviembre de 2012, rad. 25000-23-27-000-2008-00110-01.

⁴⁰⁶ Folios 1830 a 18 del cuaderno 7.

⁴⁰⁷ “La necesidad de evitar las crisis económicas de la producción, la regularización del abastecimiento adecuado en los centros consumidores, la utilidad de fomentar la creación de industrias, para evitar la importación de productos extranjeros, han constituido otros tantos motivos determinantes de la intervención administrativa del Estado. También aquí se alzan en pugna y oposición los principios de la economía clásica liberal con los que tienden a la socialización de los medios económicos, y como medio de transición el desarrollo de las intervenciones del Estado para regular todo lo relativo al desplazamiento de las mercancías y a la regulación de sus precios”. CONSEJO DE ESTADO, sentencia del 30 de marzo de 1943.

⁴⁰⁸ “Artículo 6°. El Artículo 32 de la Constitución Nacional quedará así: || Se garantizan la libertad de empresa y la iniciativa privada dentro de los límites del bien común, pero la dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes y en los servicios públicos y privados, para racionalizar y planificar la economía a fin de lograr el desarrollo integral. || Intervendrá también el Estado, por mandato de la ley, para dar pleno empleo a los recursos humanos y naturales, dentro de una política de ingresos y salarios, conforme a la cual el desarrollo económico tenga como objetivo principal la justicia social y el mejoramiento armónico e integrado de la comunidad, y de las clases proletarias en particular”.

⁴⁰⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 31 de enero de 1962, rad. núm. 347.

⁴¹⁰ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 24 de septiembre de 1987, C.P. Samuel Buitrago Hurtado.



económicas⁴¹¹, o su prohibición⁴¹², o la gestión de actividades económicas propias de los particulares, sujetas al régimen jurídico común⁴¹³, entre otras.

Como vehículo para la intervención del Estado en la economía mediante el desarrollo de actividades características de la empresa privada⁴¹⁴, los Decreto 1050 y 3130 de 1968 introdujeron⁴¹⁵ las empresas industriales y comerciales del Estado como “[...] organismos creados por la ley, o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley [...]”⁴¹⁶; definición que fue seguida por la Ley 489 de 1998, que en su artículo 85 agregó únicamente a su objeto el desarrollo de actividades de gestión⁴¹⁷. Los actos y contratos con los que estas entidades desarrollaran su actividad económica, en la que compiten junto a los particulares, están sujetos al derecho privado, pero –como lo precisaron la Sala



⁴¹¹ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 19 de mayo de 1983, rad. núm. 4022.

⁴¹² CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 11 de noviembre de 1994, rad. núm. 2900.

⁴¹³ “Son estas desmembraciones del Estado muy frecuentes en la vida moderna, y responden a la necesidad de que aquél adopte modalidades en su gestión cada vez más dinámicas y eficaces. En el siglo pasado, no se conocían generalmente estas modalidades del Estado y éste, en forma estrictamente homogénea o unificada, cumplía unas funciones muy distintas de las realizadas por los particulares. Pero, a medida que la vida moderna se ha ido haciendo más compleja y rica en posibilidades económicas y a medida que el Estado se ha visto comprometido en empresas similares a las de los particulares, ha tenido que agilizar y acelerar sus gestiones mediante procedimientos que se amolden a esa diversificación de funciones, y a esos propósitos antes desconocidos. Fue así como surgió la figura jurídica del establecimiento público descentralizado, como un efectivo instrumento para realizar funciones propias del estado intervencionista, dotado no solo de personería jurídica y de autonomía administrativa frente a los organismos tradicionales del Estado sino también de un patrimonio independiente. Todo ello le dio rapidez y flexibilidad a su actividad. Y fue así como, en razón de esos resultados muy positivos, se produjo una gran proliferación de establecimientos públicos descentralizados. Su autonomía llegó en ocasiones a parecer excesiva y fue por lo que, en la reforma administrativa de 1960, se procuró integrarlos dentro de la administración, adscribiendo o vinculando cada establecimiento público a un determinado Ministerio. Con todo, el lógico movimiento de desmembración ha continuado en forma casi vertiginosa, respondiendo ello a necesidades apremiantes de la vida contemporánea y, sobre todo, de la industrialización de un país, como el nuestro, que debe ser propiciada y movida directamente por un Estado justamente intervencionista; y han aparecido así, entre nosotros, no solo esos establecimientos y las empresas industriales y comerciales del Estado, que desarrollan sus actividades con patrimonio exclusivamente estatal, pero conforme a las reglas del derecho privado, sino también las empresas de economía mixta, que son organismos constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes del Estado y de capital privado, creadas por la Ley o autorizadas por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la Ley”. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 8 de abril de 1970, C.P. Andres Holguin.

⁴¹⁴ En lo que coincide el artículo 93 de la Ley 489 de 1998.

⁴¹⁵ Si bien, en Colombia ya existían empresas industriales y comerciales del Estado, como el Ferrocarril de la Sabana (auto del Consejo de Estado del 21 de septiembre de 1921, C.P. Sixto A. Zerdá), estas no se caracterizaban por su sometimiento a las reglas de derecho privado.

⁴¹⁶ Artículo 6º, Decreto 1050 de 1968.

⁴¹⁷ “Artículo 85.- Empresas industriales y comerciales del Estado. Las empresas industriales y comerciales del Estado son organismos creados por la ley o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica conforme a las reglas del Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley, y que reúnen las siguientes características: [...]”.



de Consulta Civil⁴¹⁸⁻⁴¹⁹ y la Sección Tercera⁴²⁰ desde un primer momento— la ley o sus estatutos podían conferirle, al momento de su creación o posteriormente, prerrogativas públicas específicas, para el cumplimiento de funciones administrativas, en lo que estaban sometidas al derecho público. Su creación, organización y algunos aspectos de su funcionamiento, control fiscal, inspección técnica y relaciones con la administración están sujetos, igualmente, al derecho público.

⁴¹⁸ «En síntesis, estas entidades [Empresas Industriales y Comerciales del Estado y Empresas de Economía Mixta] constituyen uno de los medios de intervención del Estado. Es así como en estas empresas, para reducirse a ellas, el Estado actúa como Estado pero aboca o se abroga, si se quiere, determinadas actividades que, en otro tiempo, se consideraba que eran propias de los particulares, de la empresa privada. || 2. De estas circunstancias ser una actividad del Estado en el campo privado provienen las reglas que rigen estas empresas, reglas que determinan el campo de la Consulta y que se pueden resumir así: || Por actuar en el campo privado el Estado acepta someterse en principio al derecho que regula esas actividades, al derecho privado. Logra así acelerar su acción pero se coloca en buena parte en el terreno en que actúan los particulares. [...] Ese es el sentido del inciso 2o. del Artículo 43 del Decreto 3130 que para mayor claridad se transcribe a continuación: || "Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y las Sociedades de Economía Mixta tienen las prerrogativas y beneficios específicos que les reconocen las leyes, y los generales aplicables a esta clase de organismos". || Por lo tanto hay necesidad en cada caso de examinar cada Empresa en particular, en concreto primero, luego las leyes que hayan podido dictarse sobre esa materia y, por último y si se quiere en ese orden, las disposiciones generales que rigen esta clase de Empresas para determinar sus prerrogativas o privilegios. En cierto sentido es necesario proceder así ya que pueden existir las siguientes situaciones: || La Ley, aquella misma que crea o autoriza una Empresa, o sus estatutos en virtud de la misma Ley, puede reconocer a esa Empresa determinados privilegios o prerrogativas; || Una Ley, posteriormente, nada obsta para esa posibilidad, también puede otorgarle a todas las Empresas de que se ha venido tratando o a una en particular, alguno o algunos privilegios o prerrogativas; [...]». CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 24 de noviembre de 1972, rad. núm. 693.

⁴¹⁹ "La justificación de este régimen doble es bien clara: Se trata de facilitar la actuación de estos entes descentralizados, autorizándolos para actuar por modos idénticos a los que emplea la empresa privada, procedimientos que impone y exige la índole comercial o industrial de sus actividades, y requeridos muchas veces por la circunstancia de que deben obrar en un plano de competición y eficiencia igual al de organizaciones similares de carácter privado. [...] Del estudio de las disposiciones referidas se puede deducir que: || 1o. El régimen legal de los actos de las empresas industriales y comerciales del Estado, se puede determinar así: || a. Los actos referentes a su creación organización, control fiscal y relaciones con la administración central, es decir, los que realizan como parte del Estado y en razón de su vinculación con los organismos principales de aquella son de carácter administrativo y como tales, están regidos por normas de derecho público, contenidas en el acto de su constitución, los estatutos, y las leyes y reglamentos especiales que regulen estas actividades; || b. También, con iguales razones, son actos administrativos regidos por el Derecho Público, los que las empresas realicen en desarrollo de funciones puramente administrativas, distintas a las enunciadas en el literal anterior, que les hayan sido asignadas por leyes especiales, y || c. Los demás actos de las empresas, esto es, aquellos mediante los cuales adelantan las operaciones de explotación industrial y comercial específicas señaladas por su objeto son, en principio y, como regla general, actos sometidos al derecho privado, -con dos excepciones: || 1a. Que la Ley haya dispuesto lo contrario, como en el caso del artículo 36 del Decreto 3130 de 1968, respecto de la contratación de empréstitos, internos o externos, los cuales deben celebrarse de conformidad con las leyes especiales que regulan esta clase de operaciones para todos los entes del Estado, siendo por ello, actos administrativos, y || 2a. Que la propia empresa, con base en la autorización del artículo 34 del mismo Decreto, pacte la cláusula de caducidad administrativa, atendiendo a las conveniencias del respectivo organismo, caso en el cual tal relación es de naturaleza administrativa y las controversias a que den ocasión son de competencia de la justicia contencioso-administrativa". CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 11 de diciembre de 1970, rad. núm. 487.

⁴²⁰ «Considera la Sala de Decisión transcribir a continuación unos apartes del fallo proferido por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 18 de Junio de 1970. En aquella ocasión se dijo: || "La distinción entre el régimen jurídico de los Establecimientos Públicos y el de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado comenzó a hacerse en nuestra Legislación con el Decreto No. 1050 de 1968, cuya vigencia comenzó el 5 de Julio de dicho año. Esos organismos, cuyas características comunes y sustanciales son la personería jurídica, la autonomía administrativa y el patrimonio independiente aportado directa o indirectamente por el Estado, se distinguirán en adelante por el régimen de su actividad; de Derecho Público el de los Establecimientos, y de Derecho Común el de las Empresas. La distinción que ahora se hace destaca nitidamente la indistinción anterior, cuando la noción de Establecimiento era genérica y se aplicaba con un régimen indistinto a las entidades que por tener personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente surgían como nuevas Personas Públicas. De esta manera la novedad aportada por los Decretos 3050 y 3130 de 1968 es la de diversificar los procedimientos jurídicos y el de establecer el nombre genérico de "Entidades Descentralizadas" para comprender a las que con anterioridad podían llamarse "Establecimientos Públicos", sin contrariar con ello ordenamiento ninguno y ni siquiera los conceptos más generales de la jurisprudencia y la doctrina. En todo caso, el hecho de que se haya venido a distinguir ahora entre Establecimientos y Empresas, y que el criterio de distinción sea el Derecho conforme al cual deben adelantar sus actividades, indica que antes ese criterio no regía y que por eso se determinó estatuirlo». CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia del 14 de octubre de 1971, exp. núm. 1273.



De esa forma –como lo puntualizaron la Sala de Casación Civil⁴²¹ y la Sección Tercera⁴²²– las empresas industriales y comerciales del Estado fueron previstas “para adelantar actividades en el campo empresarial, ya sea en situación de monopolio, o en régimen concurrente con particulares”, y asimismo pueden “tener encomendado el ejercicio de funciones estatales”. La decisión del juzgador de someterlas, por regla general, al régimen de actos “y hechos” de los particulares fue clara. Por lo tanto, “las funciones administrativas que les sean atribuidas a las empresas industriales y comerciales del Estado, lo habrán de ser de manera específica, de tal manera que no quede duda en cuanto a la naturaleza de la función, así como en lo referente al alcance de la misma”⁴²³. En este sentido, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo⁴²⁴ y la Sección Cuarta⁴²⁵ precisaron que – conforme al artículo 43 del Decreto 3130 de 1968⁴²⁶– los privilegios y prerrogativas propios de la Nación y los establecimientos públicos no se hacían extensivos a las empresas industriales y comerciales del Estado, salvo que fueran conferidos expresamente por una norma específica.

3.4.8.3.- Ahora bien, la Empresa Colombiana de Minas –Ecominas–, en un primer momento, Minerales de Colombia S.A. –Mineralco–, después, y la Empresa Nacional Minera Ltda. –Minercol–, por último, estuvieron sometidas, a lo largo de su existencia, al régimen de empresas industriales y comerciales del Estado, conforme a lo previsto en el Decreto 912 de 1968⁴²⁷, la Ley 2 de 1990⁴²⁸, el Decreto 1377 de 1990⁴²⁹ y el Decreto 1679 de 1997⁴³⁰. Por ende, conforme al artículo 31 del Decreto 3130 de 1968, los actos que realizaran “para el desarrollo de sus actividades industriales y comerciales, esta[ban] sujetos a las reglas del derecho privado”, mientras que los efectuados “para el cumplimiento de las funciones administrativas que les haya confiado la ley, son actos administrativos. En igual sentido, el artículo 93 de la Ley 489 de 1998 disponía que los actos que expidieran “para el desarrollo de su actividad propia, industrial o comercial o de gestión económica se sujetarán a las disposiciones del Derecho Privado”.

⁴²¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, sentencia del 29 de marzo de 1990, M.P. Rafael Romero Sierra.

⁴²² CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia del 26 de julio de 1990, exp. 5385.

⁴²³ Ibid.

⁴²⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 6 de septiembre de 1988, exp. A-012; y auto del 9 de octubre de 1980, exp. 680.

⁴²⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sección Cuarta. Sentencia del 6 de febrero de 1987, exp. núm. 1238.

⁴²⁶ “Artículo 43. Del ejercicio de privilegios y prerrogativas. Los establecimientos públicos, como organismos administrativos que son, gozan de los mismos privilegios y prerrogativas que se reconocen a la Nación. || “Las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta tienen las prerrogativas y beneficios ‘específicos’ que les reconocen las leyes, y los generales aplicables a esta clase de organismos”.

⁴²⁷ DECRETO 912 DE 1968. “Artículo 1º. Créase y organízase la Empresa Colombiana de Esmeraldas como entidad autónoma de tipo comercial e industrial, con patrimonio propio e independiente, personería jurídica y domicilio en Bogotá”.

⁴²⁸ LEY 2 DE 1990. «Artículo 1º. La Empresa Colombiana de Minas, “Ecominas”, creada mediante el Decreto 912 de 1968 y reorganizada por el Decreto 3161 del mismo año, podrá transformarse cuando el Gobierno Nacional así lo disponga, en una sociedad anónima del orden nacional, con capital estatal, personería jurídica, patrimonio propio e independiente y autonomía administrativa, sometida al régimen legal de las empresas industriales y comerciales del Estado, vinculada al Ministerio de Minas y Energía, cuyo nombre o razón social será Minerales de Colombia S.A., pudiendo utilizar la sigla “Mineralco S.A.”».

⁴²⁹ DECRETO 1377 DE 1990. Artículo 1o. “A partir de la vigencia de este Decreto y una vez cumplidos los requisitos legales sobre constitución de sociedades anónimas, la Empresa Colombiana de Minas, Ecominas, creada mediante los Decretos 912 de -1968 y 3161 del mismo año, será transformada en la sociedad Minerales de Colombia S. A., Mineralco S. A., entidad que tendrá la naturaleza de Anónima, de capital estatal y gozará de personería jurídica, patrimonio propio e independiente y autonomía administrativa. La sociedad estará sometida en lo pertinente al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado y vinculada al Ministerio de Minas y Energía”.

⁴³⁰ DECRETO 1679 DE 1997. “Artículo 2º. Naturaleza Jurídica. La Empresa Nacional Minera Ltda. “Minercol Ltda.” será una sociedad de responsabilidad limitada, del orden nacional, con capital estatal, sometida al régimen de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, vinculada al Ministerio de Minas y Energía con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio e independiente. Su domicilio principal será la ciudad de Santafé de Bogotá D.C. La Junta Directiva podrá establecer seccionales en las zonas mineras del país donde las necesidades lo exijan”.



En 1968, cuando se reconoció constitucionalmente la intervención del Estado en la economía y fueron introducidas las empresas industriales y comerciales del Estado, fue creada la Empresa Colombiana de Esmeraldas –denominada Empresa Colombiana de Minas con el artículo 31 del Decreto-ley 3161 de 1968–, como una de dichas *entidades descentralizadas*, cuya actividad, en un comienzo, se limitó al desarrollo de labores propias de la industria minera, como: la explotación, administración y gestión de yacimientos de esmeraldas, y de bienes muebles destinados a trabajos mineros, la adquisición de títulos, el desarrollo de investigaciones en el campo de la minería esmeraldífera, la contratación de servicios técnicos, así como la compra, venta, lapidación y, en general, el desarrollo de operaciones comerciales e industrias relacionadas con las esmeraldas y otras piedras preciosas o semipreciosas⁴³¹. De esta forma, Esmeracol desarrollaba actividades propias de un particular en una economía de mercado.

Posteriormente, para un mejor control de las actividades de talla, comercio y exportación de esmeraldas, por medio del Decreto 1411 de 1978 fueron asignadas a Ecominas las funciones de emisión de guías, registro, exportación de esmeraldas y sancionatoria que, conforme al Decreto 293 de 1964, le correspondían al Ministerio de Minas y Energía⁴³². Ecominas mantuvo, en líneas generales, esas funciones típicamente administrativas, conforme a la transformación de la empresa que se produjo a través de la Ley 2 de 1990 (artículo 3.f).

Luego, con la fusión de Mineralco y Ecocarbón, dispuesta en el Decreto 1679 de 1997, fueron asignadas nuevas funciones a Minercol Ltda., como las de fomentar el fortalecimiento de la infraestructura para el transporte de minerales, controlar técnicamente la explotación racional de los yacimientos y “[l]as funciones que ejercía la Dirección General de Minas, la Subdirección de Evaluación de Proyectos, la Subdirección de Ingeniería, la División Legal de Minas y las Divisiones Regionales de Minas del Ministerio de Minas y Energía”.

Finalmente, con la adopción de un nuevo Código de Minas por medio de la Ley 685 de 2001, el Ministerio de Minas fue instituido como autoridad minera (artículo 317). Sin embargo, dicho organismo no contaba la infraestructura necesaria para adelantar todas las funciones que, como tal, le fueron atribuidas⁴³³, por lo que, con la Resolución 181130 de 2001, procedió a delegar a Minercol algunas de las funciones que en virtud de la Ley 685 del 2001 le correspondían.

De esa forma, Minercol ejecutó funciones administrativas, como la de cancelar licencias de explotación⁴³⁴ o decidir sobre la conversión de una licencia de exploración en una de explotación⁴³⁵ que, en principio, le correspondían al Ministerio de Minas⁴³⁶⁻⁴³⁷.

⁴³¹ Decreto 912 de 1968, artículo 2.

⁴³² Decreto 2477 de 1984, considerandos 4º y 5º.

⁴³³ CONSEJO DE ESTADO, Sección Primera. Sentencia del 4 de agosto de 2011, rad. núm. 11001-03-24-000-2004-00089-01.

⁴³⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 29 de octubre de 2012, exp. 21711.

⁴³⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 21 de marzo de 2012, exp. 22524.

⁴³⁶ DECRETO 2655 DE 1988. “Artículo 75. Multas, cancelación y caducidad. El Ministerio podrá multar al beneficiario de derechos mineros, cancelar administrativamente las licencias de exploración y de explotación e igualmente, declarar la caducidad de los contratos de concesión, de conformidad con este Código”.

⁴³⁷ DECRETO 636 DE 1974. “Artículo 3. Además de las funciones que se señalan en el Decreto 1050 de 1968 y de las disposiciones legales y reglamentarias en vigencia el Ministerio de Minas y Energía atenderá los siguientes negocios: [...] l). Conocer y tramitar las solicitudes y propuestas de permisos, aportes, arrendamientos, concesiones y licencias para la exploración, explotación, refinación, transporte, procesamiento y distribución de minerales, hidrocarburos y sus derivados; expedir o celebrar los actos unilaterales o bilaterales que definan aquellas peticiones y, en general, tomar las decisiones que otorguen o nieguen a los particulares,



Así –observa la Sala– fueron asignándosele a Ecominas y luego a Minercol competencias de raigambre administrativo, que no poseía en un principio, cuando había sido concebida para el desarrollo de actividades propias de la empresa privada. Pasaron así Ecominas y Minercol a tener una caracterización bifronte, mostrando una faceta propia de una empresa minera, por un lado, y desarrollando a su vez labores de regulación, control y fomento de la minería.

3.4.8.4.- En todo caso, a lo largo de sus transformaciones, Ecominas, Mineralco y Minercol mantuvieron la actividad característica de una empresa minera en el área en la que se desarrolló el contrato minero del 30 de junio de 1995. Desde un principio, Ecominas tuvo la función de “[e]xplorar, explotar y administrar los yacimientos de esmeraldas y demás piedras preciosas y semipreciosas, de berilo o glucinio, o de cualesquiera otras especies de minerales que se encuentren dentro de la zona de la reserva nacional, cuya alinderación, de acuerdo con el artículo primero del Decreto 400 de 1899”, es decir, las comprendidas en la reserva de Muzo y Coscuez⁴³⁸⁻⁴³⁹. Con la creación de Mineralco, que se produjo por medio de la Ley 2 de 1990 y el Decreto 1377 de 1990, mantuvo esa función, para lo cual podía realizar los contratos que se requirieran. Y, finalmente, con Decreto 1679 de 1997, dicha función quedó comprendida dentro de la más amplia de “[c]ontratar la exploración y explotación de los recursos mineros y carboníferos del país” (artículo 4.b). De esa forma, la contratación de la explotación minera formó siempre parte de la característica actividad comercial y empresarial desarrollada por Ecominas, Mineralco y Minercol.

De la contratación para la explotación de recursos mineros, como los comprendidos en el zona de Muzo y Coscuez⁴⁴⁰, surgen la obligación de pagar los cánones superficarios, que “constituyen una contraprestación que se cobra por la entidad contratante sin consideración a quien tenga la propiedad o posesión de los terrenos de ubicación del contrato, sobre la totalidad del área de las concesiones [...]”⁴⁴¹. Si bien, el parágrafo 1º del artículo 17 de la Ley 141 de 1994 fijó el monto de los cánones superficarios que pagarían los beneficiarios de títulos mineros comprendidos en la reserva de Muzo y Coscuez, dicha norma estableció también que “[l]os contratos vigentes a la promulgación de la presente Ley, se renovarán a partir de la etapa de explotación teniendo en cuenta la clasificación anterior”. De esta forma, como se mencionó anteriormente⁴⁴², la obligación de pagar cánones superficarios debía pactarse en los contratos de explotación minera, que constituían la fuente de la misma.

La fuente del canon superficario, por tanto, no es la ley, sino el acuerdo de voluntades. Así lo entendió el Jefe de la Oficina Jurídica de Mineralco, que en el

a las entidades públicas o a las empresas de economía mixta, los derechos sobre los yacimientos mineros e hidrocarburos de la Nación y sobre el posterior aprovechamiento de los recursos explotados; [...]”.

⁴³⁸ DECRETO 18711214 DE 1871. “Artículo 1º. Los grupos de minas conocidos con los nombres de ‘Muzo’ i de ‘Coscuez’, son las únicas de esmeraldas de que está en posesión la República, i cuya propiedad se reserva ésta”.

⁴³⁹ DECRETO 400 DE 1899. “Artículo 1º. Los límites generales de los grupos de minas de esmeraldas de Muso y Coscuez son los siguientes: Por la quebrada de Porquecito, desde la boca en el río Minero, hasta el más alto filo de la serranía de Átoco, en la dirección de Quépame; el filo de dicha serranía, hasta ponerse en el punto más inmediato a las vertientes de la quebrada Tambarías; la quebrada Tambarías, hasta su desembocadura en el río Minero, y este río aguas arriba, hasta la boca de la quebrada Sorquecito”.

⁴⁴⁰ Dentro de la que se encuentra el área del contrato celebrado el 30 de junio de 1995. (Apartados 3.2.1.2 y 3.2.1.9).

⁴⁴¹ CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 15 de junio de 2006, rad. núm. 11001-03-06-000-2006-00055-00(1750)

⁴⁴² Apartado 3.4.4.5.



oficio 0631 del 11 de abril de 1995⁴⁴³ manifestó que, contrario a lo dicho por el Gerente de Esmeracol⁴⁴⁴:

"[...] el artículo 17, párrafo primero no establece como imperativo la renovación a 25 años de los contratos, lo que establece como imperativo es la clasificación que se encuentra dentro de ese artículo, lo que obligatoriamente deberá tenerse en cuenta de prorrogarse el mismo.

Por esta razón, y con el fin de llevar a cabo una contratación ajustada a derecho, Mineralco lo invita a estudiar conjuntamente los términos de esta contratación, el viernes 21 de abril de 1995, a las 11:00 A.M."

Así pues, como lo determinó la Sala anteriormente⁴⁴⁵, bajo esa interpretación fue suscrito el contrato de 30 de junio de 1995, en el que se pactó que:

"EL OPERADOR pagará un canon superficiario como contraprestación distinta a las regalías, por el área contratada, así: PERÍODO DE EXPLOTACIÓN.- Por cada año el valor resultante de multiplicar veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes para el período, por el número de hectáreas contratadas. ADMINISTRACIÓN DEL CONTRATO. ADMINISTRACIÓN DEL CONTRATO.- EL OPERADOR pagará a MINERALCO S.A., por concepto de administración del contrato durante la vigencia del mismo, dos (2) salarios mínimos mensuales por hectárea – año, vigente al momento de su cancelación. [...] PARÁGRAFO SEGUNDO. Forma de Pago.- El operador cancelará a Mineralco S. A., el valor correspondiente al período de explotación más el valor correspondiente a la administración del contrato, en forma trimestral dentro de los diez (10) días siguientes al vencimiento de trimestre, en las oficinas de Mineralco S.A., en la ciudad de Santafé de Bogotá D.C. [...]"⁴⁴⁶.

De esta forma, estima la Sala, la obligación de pagar el canon superficiario, en la que resulta irrelevante quien detente la propiedad o posesión de los terrenos de ubicación del contrato que, en este caso, tiene un monto fácilmente determinable, así como un momento y lugar de cancelación definidos, surge del contrato en el que se acordó, como del contrato emerge directamente la obligación de pagar un canon de arrendamiento, una vez haya expirado el período estipulado⁴⁴⁷, sin que sea necesaria la emisión de una factura u otro documento para su nacimiento o exigibilidad.

En el contrato de 30 de junio de 1995 se convino además, observa la Sala, un pago periódico por concepto de Administración, que –como se determinó previamente⁴⁴⁸– es una de las "compensaciones" que, conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁴⁴⁹ –seguida por la Sala de Consulta y Servicio Civil⁴⁵⁰–, "[...] **son el objeto de una obligación pactada en los contratos de explotación de recursos naturales no renovables**, mediante la cual el contratista ejecutor de dicha explotación se compromete a pagar una contraprestación a favor del Estado por

⁴⁴³ Apartado 3.2.1.6.

⁴⁴⁴ Apartado 3.2.1.5.

⁴⁴⁵ Apartado 3.4.4.5.

⁴⁴⁶ Folios 46 a 49 del cuaderno 2, y 155 a 161 del cuaderno 7B.

⁴⁴⁷ CÓDIGO CIVIL. "Artículo 2000. El arrendatario es obligado al pago del precio o renta. [...] Artículo 2002. El pago del precio o renta se hará en los periodos estipulados, o a falta de estipulación, conforme a la costumbre del país, y no habiendo estipulación ni costumbre fija, según las reglas que siguen: || La renta de predios urbanos se pagará por meses, la de predios rústicos por años. || Si una cosa mueble o semoviente se arrienda por cierto número de años, meses, días, cada una de las pensiones periódicas se deberá inmediatamente después de la expiración del respectivo año, mes o día. Si se arrienda por una sola suma, se deberá ésta luego que termine el arrendamiento".

⁴⁴⁸ Aptado. 3.1.2.2.

⁴⁴⁹ Sentencia C-251 del 25 de marzo de 2003.

⁴⁵⁰ CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 15 de junio de 2006, rad. núm. 11001-03-06-000-2006-00055-00(1750).



haber éste aceptado y prestado su concurso en la explotación de dichos recursos. **Por lo tanto, el origen, el objeto y el ámbito de las compensaciones es el acuerdo de voluntades, dentro de los parámetros fijados por la Constitución y la ley** (énfasis añadido). Forzoso resulta así concluir que la obligación del pago mensual por concepto de Administración surge también del contrato, sin que se requiera una actuación adicional de la otra parte contratante.

3.4.8.5.- Ahora bien, los actos administrativos se caracterizan, principalmente, por ser una manifestación de la voluntad unilateral de la administración, en sentido funcional, que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas⁴⁵¹. Sin embargo, conforme a lo expuesto precedentemente, en este caso, la obligación de pagar los cánones superficiales y las cuotas periódicas de Administración a cargo de Esmeracol tiene una fuente contractual directa, sin que en ello incida la emisión de facturas que, consecuentemente, no crean, modifican ni extinguen situaciones jurídicas. Por lo tanto, no pueden considerarse actos administrativos.

3.4.8.6.- Aparte, para que la manifestación de la voluntad administrativa, por sí misma, haga nacer, modifique o extinga una situación jurídica, es necesario que se produzca en el ejercicio de una potestad administrativa, dispuesta en el derecho público⁴⁵². Los actos administrativos en firme son obligatorios mientras no hayan sido suspendidos o anulados judicialmente⁴⁵³, y pueden ser ejecutados directamente por la Administración, incluso contra la voluntad de los interesados⁴⁵⁴, lo que implica una prerrogativa pública en la que el principio de igualdad cede ante la autoridad⁴⁵⁵. Los actos administrativos son así actos de autoridad⁴⁵⁶. En razón a ello, deben ser notificadas o publicadas⁴⁵⁷, con la exposición –por regla general– de las razones de hecho y derecho en las que se fundamentan⁴⁵⁸, y producirse en ejercicio de una competencia que, como medida de la potestad⁴⁵⁹, sea determinada directa o indirectamente por la ley⁴⁶⁰⁻⁴⁶¹, como garantía de los administrados, cuya esfera jurídica resulta alterada sin su consentimiento.

⁴⁵¹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Primera. Sentencia de 18 de junio de 2015, rad. núm. 2011-00271-00; sentencia de 17 de febrero de 2011, rad. núm. 2009-00080-01; y del 14 de abril de 2016, rad. núm. 00023-00, entre otras.

⁴⁵² DÍEZ, Manuel María. *El Acto Administrativo*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1956 (reimpresión 2014), pp. 80 a 82.

⁴⁵³ CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. "Artículo 66. Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo, pero perderán su fuerza ejecutoria en los siguientes casos: [...]".

⁴⁵⁴ CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. "Artículo 64. Salvo norma expresa en contrario, los actos que queden en firme al concluir el procedimiento administrativo serán suficientes, por sí mismos, para que la administración pueda ejecutar de inmediato los actos necesarios para su cumplimiento. La firmeza de tales actos es indispensable para la ejecución contra la voluntad de los interesados".

⁴⁵⁵ MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Tomo IV, "La Actividad Administrativa", 1ª edición, lustel, Madrid, 2011, pp. 28-33.

⁴⁵⁶ MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán*, Tomo I ("Parte General"), Depalma, Buenos Aires, 1904, (traducción de 1982), pp. 127-128.

⁴⁵⁷ CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. "Artículo 44. Las demás decisiones que pongan término a una actuación administrativa se notificarán personalmente al interesado, o a su representante o apoderado. || Si la actuación se inició por petición verbal, la notificación personal podrá hacerse de la misma manera. || Si no hay otro medio más eficaz de informar al interesado, para hacer la notificación personal se le enviará por correo certificado una citación a la dirección que aquél haya anotado al intervenir por primera vez en la actuación, o en la nueva que figure en comunicación hecha especialmente para tal propósito. [...]".

⁴⁵⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-371 de 1999.

⁴⁵⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ T. *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, 15ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 575-580.

⁴⁶⁰ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. "Artículo 121. Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley. || Artículo 122. No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente. Artículo 123. [...] Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento".

⁴⁶¹ LEY 489 DE 1998. "Artículo 110. Las personas naturales y jurídicas privadas podrán ejercer funciones administrativas, salvo disposición legal en contrario, bajo las siguientes condiciones: || La regulación, el control, la vigilancia y la orientación de la función administrativa corresponderán en todo momento, dentro del marco



En el presente caso, como se expuso previamente, la función empresarial de explotar y administrar los yacimientos esmeraldíferos de Muzo y Coscuez, para lo cual podía realizar los contratos requeridos, fue asignada desde el primer momento a Econminas y, tras ello, a Mineralco y a Minercol. Pese a que paulatinamente fueron asignándosele funciones administrativas a dichas empresas industriales y comerciales del Estado, dicha actividad extractiva, propia de la empresa minera para la cual fue concebida como una entidad sujeta a derecho privado, se mantuvo durante su existencia.

Así, en desarrollo de la actividad empresarial que le correspondía, Minercol estaba obligada a emitir facturas por las operaciones que, como en este caso, realizaran. Conforme al Estatuto Tributario, tales facturas deben contener: (i) su razón social y número de identificación tributaria; (ii) el número y fecha de la factura; (iii) una descripción específica o genérica de los artículos vendidos o servicios prestados; y (iv) el valor total de la operación⁴⁶². La Sala observa que las facturas 2975, 2958, 3317, 3318, 3385, 3442, 3625, 3626, 3788 y 3789 contenían tales elementos⁴⁶³. Es pues esa, la naturaleza jurídica de dichos documentos.

3.4.8.7.- No pasa por alto la Sala que –como lo esgrimió la sociedad actora– en el acuerdo de pago suscrito el 23 de abril de 2002 entre Minercol y Esmeracol, estas pactaron que:

“Las facturas expedidas por Mineralco S.A., con lleno de los requisito de la Ley, constituyen la manifestación de voluntad de la Administración, la cual está encaminada a producir efectos jurídicos entre las partes, los cuales trascienden en [sic] en la obligación estatal de liquidar las contraprestaciones con base en el área reducida y en la obligación del particular o del contratista para el caso en estudio, de cancelar dichas contraprestaciones, con lo cual queda demostrada la modificación del área del contrato inicial, en atención a la solicitud del contratista” (subrayado añadido).

Con ello, observa esta Subsección, se buscó generar con las facturas el efecto de modificar el área del contrato pactada inicialmente en 73,3856 hectáreas, para que se redujera a aproximadamente 47 hectáreas, como lo venía solicitando Esmeracol desde el 23 de octubre de 1996⁴⁶⁴ y, para lo cual, conforme indicado el Subgerente Técnico de Mineralco⁴⁶⁵ y a lo manifestado en acta del Comité de Contratación y Crédito de Mineralco del 6 de mayo de 1998⁴⁶⁶, se requería la firma de un otrosí, con el que se modificara la cláusula 2ª del contrato minero del 30 de junio de 1995; convenio modificadorio que se comprometieron a suscribir Esmeracol y Minercol en

legal a la autoridad o entidad pública titular de la función la que, en consecuencia, deberá impartir las instrucciones y directrices necesarias para su ejercicio. [...] La atribución de las funciones administrativas deberá estar precedida de acto administrativo y acompañada de convenios, si fuere el caso”.

⁴⁶² DECRETO 624 DE 1989. ESTATUTO TRIBUTARIO. “Artículo 615. Obligación de expedir factura. Para efectos tributarios, todas las personas o entidades que tengan la calidad de comerciantes, ejerzan profesiones liberales o presten servicios inherentes a éstas, o enajenen bienes producto de la actividad agrícola o ganadera, deberán expedir factura o documento equivalente, y conservar copia de la misma por cada una de las operaciones que realicen, independientemente de su calidad de contribuyentes o no contribuyentes de los impuestos administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales. [...] Artículo 617. Requisitos de la factura. || Para efectos tributarios, las facturas a que se refiere el Artículo 615, deberán contener: || a) Apellidos y nombres o razón social y número de identificación tributaria del vendedor o de quien presta el servicio; || b) Número y fecha de la factura; || c) Descripción específica o genérica de los Artículos vendidos o servicios prestados; || d) Valor total de la operación”.

⁴⁶³ Folios 14 a 25 del cuaderno 2.

⁴⁶⁴ Aptado. 3.2.1.19.

⁴⁶⁵ Aptado. 3.2.1.23.

⁴⁶⁶ Aptado. 3.2.1.34.



la cláusula 7ª del referido acuerdo de pago y finalmente fue firmado el 15 de julio de 2002⁴⁶⁷.

No obstante, las potestades administrativas y las competencias en las que se determina la medida de aquellas, las cuales dan lugar a la expedición de actos administrativos, deben ser definidas directa o indirectamente por el legislador, pero, en ningún caso, por el acuerdo de voluntades. No se observa, sin embargo, en el referido pacto, referencia a disposición alguna de la que se desprenda la obligación de liquidar las contraprestaciones pactadas con base en el área reducida solicitada por el contratista. Además, si bastara con la manifestación de voluntad administrativa y no se requiriera la suscripción de una convención modificatoria para reducir el área del contrato, junto con su inscripción en el registro minero –como se desprende de los artículos 52, 56, 58 y 80 del Decreto 2655 de 1988⁴⁶⁸– las partes contratantes no hubieran procedido de la manera en que lo hicieron con la suscripción del otrosí que modificó el área del contrato.

Pero para redundar en razones, esta Judicatura nota que durante la ejecución del contrato minero del 30 de junio de 1995 las partes contratantes no le dieron a las facturas el tratamiento de un acto administrativo. Tanto es así, que en los casos en los que Esmeracol estuvo disconforme con los cobros efectuados, no recurrió las facturas, sino que se limitó a devolverlas, como consta en las comunicaciones de 13 de noviembre de 2001⁴⁶⁹, 17 de diciembre de 2001⁴⁷⁰, 19 de abril de 2002⁴⁷¹ y 15 de mayo de 2002⁴⁷², con las cuales la sociedad actora procedió a “devolver” facturas a Minercol, alegando que no se ajustaban al área del contrato o que habían sido emitidas antes del vencimiento del trimestre que daba lugar al cobro de la obligación. Minercol, por su parte, cuando accedió a las glosas formuladas por Esmeracol con la devolución de las facturas número 002704 y 002733, se limitó a emitir dos (2) nueva facturas, sin pronunciarse sobre la revocación de las anteriores, como procedería en caso de que se trataran de actos administrativos. Además, en el acuerdo de pago del 23 de abril de 2002, Esmeracol y Minercol estipularon que “Esmeracol. S.A., firmará y otorgará un pagaré [en] garantía a [sic] la obligación a que se refiere el acuerdo”⁴⁷³, lo que hubiera sido en necesario en caso de que las facturas constituyeran actos administrativos los cuales –como se expuso– pueden ser ejecutados directamente por la Administración.

3.4.8.8.- En este orden de ideas, la Sala concluye que: (i) Minercol tenía la facultad de cobrar los cánones y cuotas periódicas de administración pactadas en el contrato minero del 30 de junio de 1995, cuyo pago constituía una obligación de Esmeracol derivada directamente del contrato y las convenciones modificatorias; y (ii) las

⁴⁶⁷ Aptado. 3.2.1.113.

⁴⁶⁸ DECRETO 2655 DE 1988. “Artículo 52 Contratos con terceros. La entidad titular del aporte podrá explorar y explotar el área o parte de ella, directamente o mediante contratos con terceros. [...] Artículo 56. Contratos mineros. Son contratos mineros los que crean derechos y obligaciones cuyo objeto principal es la exploración, montaje de minas, explotación, y beneficio de minerales. Estos contratos, además de los requisitos que deben llenar por razón de su clase y naturaleza, deberán inscribirse en el Registro Minero. [...] Artículo 58. Interpretación, modificación y terminación unilaterales. En los contratos mineros no se aplicarán los principios de modificación, terminación e interpretación unilaterales regulados para los contratos administrativos ordinarios, y en estas materias, se regirán por lo previsto en sus correspondientes cláusulas. [...] Artículo 80. Requisitos de perfeccionamiento. Los contratos mineros de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado que por sus características, metas propuestas y la extensión del área, puedan calificarse como de gran minería, requerirán para su perfeccionamiento y ejecución, únicamente, la aprobación del Ministro previa a su inscripción en el Registro Minero. || Los que se celebren con pequeños y medianos mineros sobre áreas comprendidas en los aportes, no necesitan más formalidad que su inscripción en el Registro”.

⁴⁶⁹ Folio 1313 del cuaderno 6.

⁴⁷⁰ Folio 1320 del cuaderno 6.

⁴⁷¹ Folio 1355 del cuaderno 6.

⁴⁷² Folio 1416 del cuaderno 6.

⁴⁷³ Folio 1360 del cuaderno 6.



facturas 2975, 2958, 3317, 3318, 3385, 3442, 3625, 3626, 3788 y 3789 no son actos administrativos, ya que no generan efectos jurídicos, y no fueron proferidas en ejercicio de una potestad administrativa definida directa o indirectamente por el legislador. Además, no fueron tratadas como actos administrativos por las partes contratantes. Por lo tanto, no se requería su notificación o comunicación conforme a lo establecido en el artículo 44 del Código Contencioso Administrativo.

Las facturas, en definitiva, constituyeron actuaciones que dieron lugar a la solicitud de acuerdo de pago, presentada por Esmeracol el 13 de abril de 2005, en razón al cese de operaciones que, durante 14 meses, afrontó dicha empresa entre 2002 y 2003, debido a la falta de fluido eléctrico y la sanción de la industria militar⁴⁷⁴, a la que respondió negativamente el Ingeominas mediante el acto administrativo contenido en la Resolución SFOM-154 de 2005⁴⁷⁵, con el que concluyó el termito iniciado con la petición de Esmeracol, en ejercicio de competencias administrativas que al Ingeominas, como establecimiento público⁴⁷⁶⁻⁴⁷⁷, le fueron asignadas en el artículo 23 del Decreto 252 de 2004, modificado por el artículo 12 del Decreto 3577 del 29 de octubre del 2004, como se determinó anteriormente⁴⁷⁸.

3.4.8.9.- Por lo tanto, de conformidad con los anteriores razonamientos, la Sala desestimaré las pretensiones primera, segunda y tercera subsidiarias a las pretensiones principales tercera a décima, así como a sus pretensiones subsidiarias, y la pretensión subsidiaria a la decimoquinta principal.

3.4.9. Solicitud de corrección de la liquidación realizada por el a quo.

3.4.9.1.- La entidad accionada solicitó que se corrigiera la liquidación realizada por el fallador de primera instancia, por las siguientes razones: **(i)** el segundo semestre de 2002 se debió liquidar a partir del área inicial del contrato 122-95M (73,3856 hectáreas), porque el otrosí que redujo el área fue suscrito el 15 de junio de 2002 y se perfeccionó el 27 de setiembre del mismo año; **(ii)** en la Resolución SFOM-154 de 2005, las contraprestaciones correspondientes al tercer y cuarto semestre de 2002 fueron calculadas con el área inicial de 73,3856 hectáreas, por lo que el valor debe ajustarse al área establecida de 46,9446 hectáreas; **(iii)** de acuerdo con lo anterior, el capital adeudado por concepto de canon superficiario correspondiente a los trimestres segundo, tercero y cuarto de 2002 ascendería a \$248'445.016, el cual generó un interés moratorio que, liquidado a la tasa máxima permitida por la ley que –afirma–, sería de \$199'700.195; **(iv)** en el fallo, el monto de la administración se calculó a partir del SMMLV del 2002, pese a que debía calcularse con base en el SMMLV de 2005; y **(v)** el total del capital en intereses adeudados ascendería así a \$410'328.407, “antes del IPC”.

3.4.9.2.- La Sala considera pertinente examinar, en primer lugar, las razones por las que el a quo procedió a recalcular lo adeudado por Esmeracol. En el fallo de primera instancia, el Tribunal manifestó lo siguiente:

“[...] si bien los cargos de la demanda no prosperan, la Sala encuentra que en la resolución SFOM-154 de 2005, la autoridad minera se estaría enriqueciendo sin justa causa en el cobro de la deuda, pues como se advirtió la liquidación de la deuda

⁴⁷⁴ Aptado. 3.2.1.156.

⁴⁷⁵ Folios 1853 a 1856 del cuaderno 7; y 8 a 11 del cuaderno 2.

⁴⁷⁶ DECRETO 441 DE 1969. “Artículo 1º. El Instituto Nacional Geológico Minera, es un establecimiento público y por consiguiente dotado de personería Jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, adscrito al Ministerio de Minas y Petróleos”.

⁴⁷⁷ LEY 489 DE 1998. “Artículo 81.- Régimen de los actos y contratos. Los actos unilaterales que expidan los establecimientos públicos en ejercicio de funciones administrativas son actos administrativos y se sujetan a las disposiciones del Código Contencioso Administrativo”.

⁴⁷⁸ Aptado. 3.4.7.6.



se causó con base en el área inicialmente estipulada (73.3856 hectáreas), y luego de la suscripción del otrosí de fecha 15 de julio de 2002, se redujo el área a 46.9496 hectáreas, las cuales fueron señaladas al momento de realizar la operación matemática en la descripción de cada una de las facturas mencionadas, originándose con ello un empobrecimiento sin causa a Esmeracol S.A. [...]

Por lo anterior, el *a quo* procedió a re-liquidar las prestaciones económicas cuyo cobro se efectuaba en la Resolución SFOM -154 de 2005 y, finalmente, resolvió:

“SEGUNDO. Dar por probada la pretensión tercera subsidiaria de la décima principal.

TERCERO. Modificar el inciso primero del numeral segundo de la resolución SFOM-154 de 2005, el cual quedará así:

‘Declarar que como consecuencia de la suspensión de actividades prevista en el artículo anterior, la sociedad comercial ESMERACOL S.A. adeuda al Instituto Colombiano de Geología y Minería – INGEOMINAS, la suma de quinientos sesenta y siete millones ciento cuarenta y dos mil trescientos noventa pesos moneda corriente (\$557.142.390)’.

Salta a la vista la contradicción en la que incurrió el *a quo*, ya que, primero, afirmó que los cargos de la demanda no prosperaban y, luego, procedió a estimar la pretensión tercera subsidiaria de la décima principal.

3.4.9.3.- Para esta Sala de Subsección es oportuno recordar que, según el principio de congruencia, invocado en sustento del recurso de alzada interpuesto por Esmeracol, la sentencia debe guardar consonancia con los hechos y pretensiones esgrimidos en la demanda, así como en las alegaciones, recursos excepciones y defensas presentados oportunamente, y las excepciones y defensas⁴⁷⁹.

Ahora bien, se presenta incongruencia en la sentencia por fallo *extra petita*, “[...] cuando se condena al demandado por un objeto diverso al pretendido o por una causa diferente a la que se invoca en la demanda [...]”⁴⁸⁰, lo que atenta contra el debido proceso y desconoce el deber de motivación de las providencias judiciales⁴⁸¹, por lo que se encuentra proscrito en nuestro ordenamiento procesal⁴⁸². Este vicio procesal se presenta en fallos condenatorios, como lo ha precisado esta Subsección⁴⁸³. Debe tenerse en cuenta además que “[...] la causa petendi en las

⁴⁷⁹ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. “Artículo 305. Congruencias. La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley”.

⁴⁸⁰ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 13 de abril de 2015, exp. 52556; y sentencia del 9 de octubre de 2014, exp. 49421.

⁴⁸¹ “Para la Sala, al tratarse de una condena más allá de lo pedido y debatido en el plenario, así como de lo razonado en la parte considerativa del fallo, ella resulta contraria al principio de congruencia, atenta contra el debido proceso y desconoce el especial deber de motivación de los eventuales fallos *extra petita* que en virtud del principio *iura novit curia* está habilitado a emitir el Juez Constitucional de los derechos colectivos”. CONSEJO DE ESTADO, Sección Primera. Sentencia del 26 de marzo de 2015, rad. 15001-23-31-000-2011-00031-01 (AP)

⁴⁸² CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. “Artículo 305. La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieran sido alegadas si así lo exige la ley. || No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta”.

⁴⁸³ «Ahora respecto de la causal en comento ésta Subsección también ha señalado que: “[...] el vicio sobre el que aquí se discurre se presenta cuando la sentencia es condenatoria, y no cuando es absolutoria, pues no podría entenderse cómo una sentencia que niega las pretensiones de la demanda pueda incurrir en tal yerro por estar condenando al demandado, se resalta, “por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda...” o “por causa diferente a la invocada en ésta.” [...] Por lo tanto, es necesario precisar en éste punto que la sustentación que realice el recurrente de la causal que alega debe estar encaminada fundamentalmente a demostrar su configuración, de forma tal que si los argumentos esbozados no tienen



acciones de nulidad alude a las normas que se citan como violadas y al concepto de la violación⁴⁸⁴. Esto es así, debido a que al actor le corresponde desvirtuar la presunción de validez del acto administrativo. El juez, en todo caso, tiene un margen de interpretación frente a los hechos alegados y probados por la parte demandante y la definición de la norma o el régimen jurídico aplicable al caso⁴⁸⁵.

Cabe precisar, por otra parte, que el juzgador tiene algunas facultades oficiosas, que lo desatan de lo demandado. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha señalado que, en esta jurisdicción, el fallador puede pronunciarse sobre cualquier excepción, así no hubiera sido propuesta, conforme al artículo 164 del CCA⁴⁸⁶. Asimismo, el fallador puede decretar de oficio las nulidades absolutas, ya que con su sanción se protege el interés general y el orden público⁴⁸⁷. Se ha aceptado también, que el juzgador se pronuncie oficiosamente sobre las lesiones que afecten bienes reconocidos convencionalmente⁴⁸⁸.

3.4.9.4.- En este asunto, la declaración del pago de lo no debido por Esmeracol no constituía una excepción, ni daba lugar a la nulidad absoluta del proceso, ni lesionaba bienes reconocidos convencionalmente.

relación alguna con ésta, su impugnación estará condenada al fracaso». CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 12 de noviembre de 2014, exp. 51304.

⁴⁸⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sección Cuarta. Sentencia del 9 de abril de 2015, exp. 20769.

⁴⁸⁵ “[...] resulta improcedente el análisis del presente asunto en virtud de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, toda vez que si bien existe un margen razonable de interpretación de la demanda por parte del juez frente a los hechos alegados y probados por la parte demandante y la definición de la norma o el régimen jurídico aplicable al caso, ello no puede ni debe confundirse con la modificación de la causa petendi y menos aún del petitum” (énfasis añadido). CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia del 27 de enero de 2012, exp. 20407. “Por consiguiente, aunque la pretensión de la demanda apunta a obtener la nulidad de los actos administrativos, la causa petendi expuesta por la demandante no es la que expone el Tribunal, a la cual no podría llegarse ni siquiera por interpretación de la demanda, lo que configura, como lo señala la demandante en su recurso de apelación, un fallo extra petitum, que debe ser revocado [...]” (subrayado fuera del texto). CONSEJO DE ESTADO, Sección Cuarta. Sentencia del 24 de marzo de 2011, exp. 16383.

⁴⁸⁶ “Si bien el Código Civil, en el artículo 2513, prevé la obligatoriedad de alegar la prescripción y dispone que “el juez no puede declarar de oficio” y en este mismo sentido lo establece el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil, lo cierto es que, tratándose de controversias de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, las disposiciones que rigen el procedimiento son las contenidas en el Código Contencioso Administrativo. Este ordenamiento, en el artículo 164, regula las excepciones en los siguientes términos: “En todos los procesos podrán proponerse las excepciones de fondo en la contestación de la demanda, cuando sea procedente, o dentro del término de fijación en lista, en los demás casos. En la sentencia definitiva se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada [...]”. Esta disposición faculta al juzgador administrativo para, en la sentencia de primera o de segunda instancia, resolver sobre cualquier excepción que encuentre probada en el proceso, incluso aquellas que el demandado no haya propuesto, sin limitación alguna. Por tal razón, en los procesos contencioso administrativos puede declararse de manera oficiosa la prescripción de derechos de naturaleza laboral, como en el caso”. CONSEJO DE ESTADO, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 3 de febrero de 2015, rad. 11001-03-15-000-2008-01391-00 REV.

⁴⁸⁷ “[...] las nulidades absolutas son sanciones que prevé la ley para aquellos negocios jurídicos que contravienen, entre otros, el orden público y las normas imperativas. [...] Las nulidades absolutas protegen intereses generales y es por esta razón que no pueden sanearse por ratificación de las partes y que las facultades del juez se incrementan pues las puede decretar oficiosamente. [...] En consecuencia, si en el trámite de la segunda instancia, que se surte en virtud del recurso de un apelante único, se advierte una causal de nulidad absoluta, es poder-deber del juez el decreto oficioso de ella porque se lo impone el control de legalidad que el ordenamiento le manda en aras de la protección del interés general que envuelve la defensa del orden público y las normas imperativas. [...] Por lo tanto, jamás podrá decirse que, en un caso como el que se acaba de mencionar, el decreto oficioso de la nulidad absoluta lleve consigo la violación del principio de la reformatio in pejus porque la protección del orden jurídico es un interés general que debe prevalecer sobre el interés particular que contiene el principio de no reformar la sentencia en perjuicio del apelante único”. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 15 de marzo de 2015, exp. 30759.

⁴⁸⁸ “Como se dejó establecido en precedencia, con las lesiones sufridas por [...] no sólo se le vulneraron derechos de orden legal, sino que se le afectaron bienes reconocidos convencionalmente; en concreto el derecho que tenía a que el Estado dispusiera de su protección mientras estuviera en las instalaciones del establecimiento educativo y que le fue desconocido el 6 de octubre de 1998, cuando resultó agredida dentro del Colegio Instituto fe y Alegría del municipio de Floridablanca. Este tipo de daño puede ser reconocido de oficio, conforme a lo dispuesto en sentencia de unificación de esta Corporación. En efecto, sobre la posibilidad de reconocer de oficio este tipo de perjuicios en sentencia del 28 de agosto de 2014, expediente 26251”. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 2 de marzo de 2015, exp. 30924.



Por otra parte, la Sala advierte que en la demanda no se argumentó que en la resolución atacada se hubiera liquidado erróneamente las contraprestaciones a cargo de Esmeracol, por haberse liquidado sobre un área distinta a la que correspondía, como lo estimó el Tribunal. A ello no hizo referencia la demandante en el capítulo de la demanda denominado *"HECHOS QUE DETERMINAN LOS VICIOS QUE AFECTAN LA VALIDEZ DE LA RESOLUCIÓN SFO-154 DE 1 DE DICIEMBRE DE 2005 EXPEDIDA POR EL INSTITUTO COLOMBIANO DE GEOLOGÍA Y MINERÍA –INGEOMINAS- A TRAVÉS DE LA SUBDIRECCIÓN DE FISCALIZACIÓN Y ORDENAMIENTO MINERO"*⁴⁸⁹, ni fue mencionado en el apartado relativo a los *"VICIOS DE LOS ACTOS PRODUCIDOS EN DESARROLLO DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL"*⁴⁹⁰, ni en el titulado *"NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN"*⁴⁹¹, los cuales quedaron expuesto en el apartado relativo a la demanda.

La Sala no pasa por alto que en las pretensiones tercera subsidiaria a la primera y segunda pretensiones principales –sobre la cual operó la caducidad– y la subsidiaria a la tercera principal, el actor solicitó que se declarara el pago de lo no debido de la siguiente forma:

"Tercera Pretensión subsidiaria a la Primera y Segunda Pretensiones Principales:

*En caso de que no prospere la segunda pretensión subsidiaria a la primera y segunda pretensiones principales, se solicita que en subsidio, el Tribunal declare que constituye un pago de lo no debido el realizado por la sociedad **ESMERALDAS Y MINAS DE COLOMBIA, ESPERACOL S.A.**, a la autoridad minera los pagos que se realizaron a título de pago de Canon anual Superficialario en el período de explotación y resultado de multiplicar veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes para el periodo por el número de hectáreas contratadas. || En consecuencia la autoridad minera debe restituir las sumas recibidas por dicho concepto debidamente actualizadas.*

[...]

TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

[...]

Pretensión subsidiaria:

*En el evento de que no prospere la pretensión principal anterior, en subsidio solicito que se declare que al no haberse realizado actividades de administración del contrato, cualquiera suma pagada por **ESMERALDAS Y MINAS DE COLOMBIA, ESPERACOL S.A.**, constituyen el pago de lo no debido y en consecuencia, le deben ser restituidas con la actualización debida, las sumas pagadas por ese concepto"*⁴⁹².

El fundamento factico de la anterior solicitud lo hizo consistir la actora en lo siguiente:

"55. Del pago de lo no Debido Realizado por **ESMERALDAS Y MINAS DE COLOMBIA, ESPERACOL S.A. a Favor de la Autoridad Minera por haber Pagado Sumas por encima del Tope Legal.- Resulta que la demandante pagó desde el 30 de junio de 1995 hasta el presente de esta demanda, sumas superiores a las legalmente permitidas por razón del canon superficialario.**

⁴⁸⁹ Folios 19 a 51 del cuaderno 1.

⁴⁹⁰ Folio 68 y 69 del cuaderno 1.

⁴⁹¹ Folios 69 a 73 del cuaderno 1.

⁴⁹² Esta es una cita textual. Los errores, erratas, énfasis y mayúsculas forman parte del texto original.



Adicionalmente, pagó por concepto de administración, sumas que no debía pues la autoridad minera no realizó actividades de administración del contrato”⁴⁹³.

Finalmente, como normas violadas y concepto de la violación, en el libelo introductorio se argumentó, con respecto al pago de lo no debido, que:

“De la violación de las disposiciones contenidas en los artículos el artículo 2.0 de la Ley 685 de 2001; Arts. 213 y 214 del Decreto 2655 del 1988 y Artículo 1º del Decreto 727 de 1990, por parte de la cláusula cuarta de la renovación del Contrato de Operación Minera 122-95M del 7 de diciembre de 1981, suscrita el 30 de junio de 1995, de las facturas expedidas por la sociedad Empresa nacional Minera Ltda. Minercol Ltda. y por la Resolución SFOM-154 de 15 de diciembre de 2005, en tanto que los mencionados actos consagran el canon superficiario para eventos legales no previstos, por cuantía extremadamente superiores a las legalmente señaladas y factura y pretenden cobrarlos, tal como se expresó en los hechos de la presente demanda”⁴⁹⁴.

Se aprecia así que –como se narró en los apartados de esta providencia relativos a la demanda y al trámite de primera instancia– la actora, tanto en la demanda como en las alegaciones previas al fallo de primera instancia, argumentó que el pago de lo no debido obedecía (i) a la omisión, por parte de la autoridad minera, de su obligación de Administración; y a una (ii) supuesta invalidez de la disposición contractual en la que se había fijado el canon superficiario. De lo anterior, queda claro –para esta Sala– que no cabe interpretar lo solicitado y argumentado por la accionante, en un sentido en el que cupiera entender que se pidió el pago de lo no debido, porque en la liquidación efectuada en la Resolución SFOM-154 de 2005 no se hubiera tenido en cuenta el área correspondiente.

Por último, debe tenerse en cuenta que, como lo ha manifestado esta Corporación:

“[...] el juez conductor del proceso es garante de los derechos fundamentales de las partes en el marco del trámite procesal, particularmente del derecho al debido proceso, del cual forma parte esencial el principio de congruencia, es claro entonces que el juez puede y debe decretar de oficio configurada su vulneración [...]”⁴⁹⁵.

Así pues, de conformidad con los razonamientos anteriormente expuestos, esta Subsección procederá a revocar la sentencia de primera instancia en su totalidad.

3.5. Condena en costas.

No hay condena en costas, porque de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, sólo hay lugar a su imposición, cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y como en este caso no se vislumbra que se hubiese actuado de esa manera, no se hará condena alguna en ese sentido.

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

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del seis (6) de octubre de dos mil diez (2010), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera,

⁴⁹³ Esta es una cita textual. Los errores, erratas, énfasis y mayúsculas forman parte del texto original.

⁴⁹⁴ Esta es una cita textual. Los errores, erratas, énfasis y mayúsculas forman parte del texto original.

⁴⁹⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia de 23 de septiembre de 2014, exp. 30782.



Subsección B, junto con la aclaración efectuada mediante auto del diez (10) de noviembre del dos mil diez (2010) y, en su lugar, disponer lo siguiente:

PRIMERO: DECLARAR que se acreditó la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de la Empresa Nacional Minera Ltda. en Liquidación –Minercol Ltda. En Liquidación–.

SEGUNDO: NEGAR todas las pretensiones de la demanda, por los motivos expuestos en esta providencia.

TERCERO. Sin condena a costas.

SEGUNDO: RECONOCER a la Agencia Nacional de Minería –ANM– como sucesora procesal del Instituto Colombiano de Geología y Minería –Ingeominas–.

TERCERO: RECONOCER a la abogada Alexa Catherine Ortiz Rodriguez, identificada con la cédula de ciudadanía No. 52.787.409 y portadora de la tarjeta profesional No. 121.528 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, como apoderada judicial de la Nación – Ministerio de Minas y Energía –, en los términos y para los fines a los que alude el poder a ella conferido.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia **devuélvase** el expediente al tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.


JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS
Presidente de Sala


GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Magistrado
Aclaro voto


NICOLÁS YEPES CORRALES
Magistrado

legis

