

## **CONTRATOS DE EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN – Régimen de contratación – Recursos naturales renovables**

Para efectos de establecer el régimen jurídico que gobernaba los contratos celebrados para el desarrollo de actividades de exploración y explotación de recursos naturales renovables o no renovables, se hace necesario remitirse a lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 222 de 1983, norma según la cual los contratos de explotación de bienes del Estado son contratos administrativos y se rigen por las normas especiales de la materia.

Del mismo modo, la Ley 80 de 1993 en su artículo 76 prevé que dichos contratos no se encuentran sujetos al régimen previsto en el Estatuto de la Contratación Estatal, por cuanto estos se encuentran regulados por una legislación especial.

### **CONSEJO DE ESTADO**

#### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCION TERCERA**

#### **SUBSECCION A**

**Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON**

Bogotá, D.C., treinta (30) de octubre de dos mil trece (2013).

**Radicación número: 25000-23-26-000-1996-02028-01(21988)**

**Actor: MANUEL ROBERTO BOHORQUEZ SANCHEZ**

**Demandado: SOCIEDAD MINERALES DE COLOMBIA - MINERALCO S.A.**

**Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACION SENTENCIA)**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y el recurso de apelación adhesiva presentado por la sociedad demandada, en contra de la sentencia proferida el 9 de octubre de 2001 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, por medio de la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

### **I.-ANTECEDENTES**

#### **1. La demanda.**

El señor Manuel Roberto Bohórquez Sánchez, por conducto de apoderado judicial debidamente constituido, el día 19 de marzo de 1996 presentó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, demanda en ejercicio de la acción de controversias contractuales en contra de la Sociedad Minerales de

Colombia S.A. – MINERALCO S.A. -, con las siguientes pretensiones, incluidos los errores<sup>1</sup>:

*“1. Declárase el incumplimiento del contrato de fecha 31 de Mayo de 1.993, celebrado entre la sociedad MINERALES DE COLOMBIA S.A. ‘MINERALCO S.A.’ y el señor MANUEL ROBERTO BOHORQUEZ SANCHEZ, cuyo objeto es la exploración y explotación de yacimientos esmeraldíferos en un inmueble rural, cuya área de veintiséis (26) hectáreas más tres mil cuatrocientos noventa y cinco metros (3.495M2), ubicado en el Municipio de Gachalá, Departamento de Cundinamarca, alinderado como se expresa en los hechos de la demanda.*

*2. Consecuentemente, declárase la terminación del aludido contrato.*

*3. Condénase a la sociedad MINERALES DE COLOMBIA S.A. ‘MINERALCO S.A.’, a pagar al señor MANUEL ROBERTO BOHORQUEZ SANCHEZ, los perjuicios de orden material, consistentes en el daño emergente y el lucro cesante, causados con ocasión del incumplimiento del contrato, según lo que aparezca acreditado dentro del proceso, o lo que resulte liquidado mediante incidente.*

*4. Las sumas a que sea condenada la sociedad demandada, serán actualizadas en su valor y devengarán intereses comerciales corrientes y moratorios conforme lo consagra el artículo 177 del C.C.A.”.*

## **2. Hechos.**

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

**2.1.** El 31 de mayo de 1993, la sociedad MINERALES DE COLOMBIA S.A., en adelante - MINERALCO S.A. – y el señor Manuel Roberto Bohórquez Sánchez celebraron un aparente *“contrato provisional”*, con el objeto de desarrollar actividades de exploración y explotación de yacimientos esmeraldíferos en un área incluida dentro del aporte No. 1228 (GUAVIO – CHIVOR).

**2.2.** Sostuvo el demandante que en cumplimiento de lo acordado en la cláusula vigésima quinta del supuesto contrato, el señor Manuel Roberto Bohórquez Sánchez otorgó las respectivas pólizas de cumplimiento, hizo la publicación del acuerdo en el Diario Oficial y procedió a solicitar su inscripción en el correspondiente Registro Minero ante el Ministerio de Minas.

**2.3.** Se adujo en la demanda que mediante Resolución No. 100291 del 7 de marzo de 1994, la *“Dirección General de Minas – División Legal de Minas -”* negó la inscripción en el Registro Minero del mencionado acuerdo, por considerar que el *“área objeto del contrato de exploración y explotación de esmeraldas se*

---

<sup>1</sup> Folios 2 al 20 del cuaderno No. 1.

*encontraba totalmente por fuera del aporte No. 1228*”, decisión que fue recurrida y confirmada a través de la Resolución No. 700516 del 9 de mayo de 1996.

**2.4.** Manifestó el demandante que en comunicación del 25 de marzo de 1994 suscrita por el señor Bohórquez Sánchez se le puso en conocimiento a la sociedad MINERALCO S.A., la decisión adoptada en la citada Resolución No. 100291, con el fin de que procediera a solucionar el problema relacionado con la inscripción del aparente contrato en el Registro Minero. En respuesta a esa solicitud la sociedad en mención le manifestó que debía continuar cumpliendo con normalidad el objeto del acuerdo, en tanto ella se encargaría de solucionar el *“impase relativo al área del aporte 1228”*.

**2.5.** Señaló la parte actora que el señor Bohórquez Sánchez no sólo continuó cumpliendo con las obligaciones pactadas en el aparente contrato, sino que también entregó los respectivos informes técnicos de las actividades, inversiones y trabajos realizados por él, informes que en su momento fueron avalados por la Subgerencia Técnica de MINERALCO S.A.

**2.6.** Sostuvo que MINERALCO S.A., no logró *“solucionar con el Ministerio de Minas y Energía lo relativo a la ampliación del área del aporte No. 1228 que permitiera al contratista obtener de dicho Ministerio el Registro Minero”*, razón por la cual y ante la incertidumbre del otorgamiento del respectivo registro se vio obligado a suspender los trabajos de exploración y explotación de esmeraldas.

**2.7.** Se adujo en la demanda que el incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de MINERALCO S.A., le ocasionó al hoy demandante perjuicios de índole material, en tanto que tuvo que suspender las actividades pactadas en el acuerdo.

### **3. Actuación Procesal**

La demanda presentada el 19 de marzo de 1996<sup>2</sup>, fue admitida por auto del 9 de mayo de 1996<sup>3</sup> y notificada en legal forma al Ministerio Público el 16 de mayo de ese mismo año<sup>4</sup> y a MINERALCO S.A., el 2 de agosto de 1996<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> Anverso del folio 12 del cuaderno No.1.

<sup>3</sup> Folio 18 del cuaderno No.1.

<sup>4</sup> Anverso del folio 19 del cuaderno No. 1.

<sup>5</sup> Folio 21 del cuaderno No. 1.

Mediante escrito del 2 de septiembre de 1996<sup>6</sup>, la parte actora solicitó adicionar y corregir la demanda, petición que fue admitida por auto del 20 de septiembre de la misma anualidad<sup>7</sup>, notificada al Ministerio Público el 10 de octubre de 1996<sup>8</sup> y a MINERALCO S.A., el 1 de julio de 1997<sup>9</sup>.

#### **4. Contestación de la demanda.**

La sociedad MINERALCO S.A., contestó el libelo introductorio para oponerse a la prosperidad de las pretensiones y en cuanto a los hechos relatados en la demanda aceptó unos y rechazó otros<sup>10</sup>.

Señaló que el contrato que se celebró entre MINERALCO S.A., y el señor Manuel Roberto Bohórquez Sánchez no se inscribió en el Registro Minero ante el Ministerio de Minas, *“por cuanto el área objeto del contrato se encontraba por fuera del Aporte 1228”*.

Así mismo, indicó que MINERALCO S.A., mediante oficio No. 2405 del 29 de diciembre de 1993 solicitó la ampliación del área, petición que fue negada a través de la Resolución No. 101608 del 27 de diciembre de 1994.

Sostuvo que en el presente asunto se trataba de un acuerdo provisional no definitivo, el cual se encontraba sujeto para su perfeccionamiento a la correspondiente inscripción en el Registro Minero.

Planteó las siguientes excepciones:

- Inexistencia del contrato: Como sustento de tal excepción señaló que el pretendido contrato quedó supeditado para su perfeccionamiento a la inscripción en el Registro Minero y, comoquiera que ello no ocurrió, no sería posible hablar de un incumplimiento contractual, en tanto que el contrato nunca nació a la vida jurídica.

---

<sup>6</sup> Folios 22 al 27 del cuaderno No. 1.

<sup>7</sup> Folio 39 del cuaderno No. 1.

<sup>8</sup> Anverso del folio 39 del cuaderno No.1.

<sup>9</sup> Folio 42 del cuaderno No. 1.

<sup>10</sup> Folios 33, 48 al 52 del cuaderno No. 1.

- Caducidad de la acción: Sostuvo que el término de los dos años con que contaba la parte actora para demandar, deben contarse a partir del 31 de mayo de 1993, fecha en la que se suscribió el aparente acuerdo y comoquiera que la demanda se presentó el 19 de marzo de 1996 para ese momento la acción contractual ya había caducado.

## 5. Los alegatos de conclusión.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, mediante auto del 11 de noviembre de 1997, abrió el proceso a pruebas<sup>11</sup> y, a través de la providencia del 9 de diciembre de 1999, se dispuso correr traslado para alegar de conclusión<sup>12</sup>, oportunidad procesal en la que se realizaron los siguientes pronunciamientos:

La parte demandada reiteró los argumentos expuestos en el escrito de contestación y señaló, además, que la acción contractual solamente procede contra *“los actos producidos a partir del perfeccionamiento del contrato”*, circunstancia que no ocurrió en el presente asunto, en tanto que el perfeccionamiento del contrato minero se encontraba condicionado a su inscripción en el Registro Minero, de tal manera que al no haberse inscrito, la acción que se debía haber instaurado no era la contractual sino la de nulidad y restablecimiento del derecho - *en contra de la Resolución No. 100291, por medio de la cual el Ministerio de Minas negó la inscripción del contrato* -, acción que en el momento es que se presentó la demanda ya había caducado.

En lo que concierne a la existencia del contrato, sostuvo que el mismo sólo nace a la vida jurídica con su perfeccionamiento, por lo que, si bien es cierto que en el presente asunto existió un acuerdo de voluntades entre las partes, no lo es menos que hasta tanto *“no culminara con la inscripción en el Registro Minero, que no era competencia de Mineralco sino del Ministerio de Minas”*, no producía efectos jurídicos, es decir, sólo a partir de su perfeccionamiento las partes tenían el deber de cumplir con las obligaciones acordadas en el pretendido contrato.

---

<sup>11</sup> Folios 54 y 55 del cuaderno No. 1.

<sup>12</sup> Folio 160 del cuaderno No. 1.

Así mismo, señaló que el hoy demandante inició la actividad exploratoria por su propia cuenta y riesgo, en tanto que él sabía que nacía a la vida jurídica una vez se inscribiera el acuerdo en el Registro Minero<sup>13</sup>.

Por su parte, el demandante se pronunció para reiterar los argumentos de la demanda y agregar que el señor Bohórquez Sánchez cumplió con todas las obligaciones pactadas en el aparente acuerdo. Sostuvo, además, que *“la sociedad demandada alentó [al señor Bohórquez Sánchez] y realizó actuaciones tendientes a continuar con la ejecución del contrato”*, prueba de ello es que mediante comunicación No. 1158 del 7 de Julio de 1994 se le exigió al hoy demandante la renovación de las pólizas.

Del mismo modo, señaló que MINERALCO S.A., incumplió el contrato, en tanto hizo entrega al contratista de *“un área de terreno mediante acta de fecha 2 de julio de 1993, para que se adelantaran los trabajos de exploración y explotación, sin tener aún el correspondiente registro minero”*.

Por último, afirmó que en el presente asunto se demandó correctamente en ejercicio de la acción de controversias contractuales<sup>14</sup>.

El Ministerio Público guardó silencio.

## **6. La sentencia de primera instancia**

Como se expuso al inicio de esta providencia, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, mediante sentencia proferida el 9 de octubre de 2001, resolvió acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda<sup>15</sup>.

Estimó el *a quo* que en el presente asunto el contrato sí existió, en tanto que con el solo acuerdo de voluntades entre las partes el contrato nació a la vida jurídica.

Precisó, además, que no había lugar a declarar la inexistencia del contrato por el hecho de no haberse perfeccionado, pues el incumplimiento de los requisitos

---

<sup>13</sup> Folios 134 al 143 del cuaderno No. 1.

<sup>14</sup> Folios 161 al 165 del cuaderno No. 1.

<sup>15</sup> Folios 173 al 179 del cuaderno principal.

necesarios para su perfeccionamiento afectaba la ejecución del contrato, no su existencia.

Señaló que a pesar de que el Ministerio de Minas había negado la inscripción del contrato en el Registro Minero, MINERALCO S.A. indujo al contratista a iniciar la ejecución del mismo, al punto que *“le exigió la entrega de los informes que luego aceptó cuando ya conocía que la zona contratada no hacía parte del aporte que sirvió de base al contrato de autos”*.

Por último, en lo que respecta a los perjuicios materiales causados al actor por el incumplimiento del supuesto contrato de minería, el *a quo* los tasó de conformidad con lo dictaminado en la primera prueba pericial, peritaje que arrojó la suma total de doscientos treinta y un millones setecientos cincuenta y seis mil pesos (\$231'756.000.00) por concepto de perjuicios materiales.

## **7. El recurso de apelación**

De manera oportuna<sup>16</sup>, la parte actora interpuso recurso de apelación en contra de la providencia de primera instancia, para solicitar que se acceda a la totalidad de las pretensiones de la demanda.

En primera instancia el recurrente realizó algunas consideraciones acerca del contrato de exploración y explotación minera suscrito por MINERALCO S.A., y por el señor Manuel Roberto Bohórquez Sánchez, relacionadas con el alto costo que implica desarrollar y ejecutar ese tipo de contratos.

Manifestó que el Tribunal de manera errada tasó los perjuicios, de suerte que tomó como referencia el primer dictamen, el cual fue objetado por error grave, en tanto que los peritos omitieron pronunciarse sobre unos aspectos pedidos en la demanda - *avaluar el polvorín y el lucro cesante* -

Del mismo modo señaló que el segundo dictamen - *a pesar de no estar de acuerdo con el ítem número 12 correspondiente al valor del metro lineal del túnel* –, era jurídicamente el más conveniente.

---

<sup>16</sup> Recurso presentado el 17 de octubre de 2001 y sustentado el 29 de enero de 2002, folios 191 al 208 del cuaderno principal.

Seguidamente señaló que en el fallo de primera instancia se *“incurrir igualmente en error manifiesto de derecho, cuando desconoce lo que dispone el Artículo 238 – numeral 6 – del Código de Procedimiento Civil y, sin resolver adecuadamente la objeción al dictamen pericial, le da pleno valor a éste y desconoce por completo las conclusiones a las que se llegó en el segundo dictamen practicado, sin explicar el por qué este último es desechado”*.

Así mismo, el recurrente precisó y aclaró los siguientes ítems que, según él, deben ser tenidos en cuenta al momento de tasar los perjuicios:

Sostuvo que en el fallo de primera instancia no se ordenó la devolución de la suma de \$1'288.600, correspondiente al dinero que tuvo que pagar por los derechos de exploración.

En lo que se refiere al cálculo del daño emergente, señaló que *“se debe tomar como base una distancia de túneles construida de 854.40 metros y no de 500 metros, como erradamente lo asumió el Tribunal con base en un dictamen que en dicho punto adolece de error grave”*.

Del mismo modo, sostuvo que en el dictamen pericial – *conforme el cual el Tribunal tasó los perjuicios* - se calculó de manera errada el valor del metro lineal de túnel construido, toda vez que de conformidad con el *“trabajo realizado y las demás pruebas aportadas al proceso”* se encuentra acreditado que cada metro lineal tenía un costo de \$150.000 y no de \$100.000.

Adujo el recurrente que el Tribunal, al indemnizar los perjuicios, excluyó de manera errada el valor de la planta eléctrica bajo el argumento que ella podía ser trasladada.

Sostuvo, además, que ni en el dictamen pericial y tampoco en el fallo de primera instancia se incluyó en el daño emergente *“la totalidad de los elementos solicitados en la demanda y discriminados bajo el título general de INVERSIONES Y TRABAJOS REALIZADOS y los subtítulos de: Infraestructura, Equipo, Maquinaria, Herramientas e Insumos”*.

Manifestó que a pesar de que en la demanda se solicitó expresamente indemnización por lucro cesante, la sentencia apelada no incluyó suma alguna por ese concepto, y ni siquiera se pronunció al respecto.

Señaló que una reparación integral debe comprender no sólo el daño emergente sino también el lucro cesante, concepto éste último que se refiere a la “*ganancia o provecho que deja de reportarse por el incumplimiento del contrato*”.

## **8. El recurso de apelación adhesiva**

Previo a resumir los argumentos expuestos en el escrito de apelación adhesiva presentado por la parte demandada, es del caso anotar que el despacho sustanciador en auto del 16 de abril de 2013, dejó sin efectos el proveído del 8 de marzo de 2002 - *por medio del cual se corrió traslado a las partes para alegar* -, al observar que se encontraba sin resolver una petición de pruebas en segunda instancia.

Luego de decidir de manera negativa sobre la solicitud de pruebas, en auto del 24 de mayo de 2013 se corrió traslado para alegar a las partes y antes de que venciera dicho término la sociedad demandada presentó el recurso de apelación adhesiva, el cual fue admitido en proveído del 9 de agosto de 2013<sup>17</sup>.

Así las cosas, comoquiera que de manera oportuna se interpuso recurso de apelación adhesiva<sup>18</sup>, a continuación la Sala procederá a sintetizar los aspectos en los que se fundamenta:

---

<sup>17</sup> Recurso presentado el 18 de junio de 2013 y admitido por auto del 9 de agosto de 2013. Folios 265 al 276 del cuaderno principal.

<sup>18</sup> En tratándose del principio de la *no reformatio in pejus* en el recurso de apelación adhesiva, la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia Rad. No. 6834. M.P. Daniel Suárez Hernández señaló lo que se expone a continuación: “*Estima la Sala que si bien el principio de la Reformatio in pejus, mencionado por la parte actora para que se aplique en este caso y no haya pronunciamiento sobre las excepciones de prescripción y caducidad, rige en nuestro sistema procesal, en el sub - judice no hay lugar a su aplicación en virtud de la apelación adhesiva, la cual neutraliza el rigor de tal principio, para que pueda examinar sin limitaciones la providencia recurrida. La adhesión tiene precisamente por finalidad ampliar el campo del conocimiento de la causa y decisión del juez ad - quem, incorporando al debate de segunda instancia todas aquellas cuestiones que por el dispositivo de la sentencia sean gravosas por acción y omisión, para la parte adherente, y sin cuya denuncia mediante la adhesión el juez no podría decidir las de oficio... Así pues, en virtud del recurso adhesivo la Sala como fallador de segunda instancia, no mantiene limitada su labor revisoria de todos los aspectos del proceso que afecten los intereses de las partes... ”.*

Señaló la sociedad demandada que de conformidad con lo dispuesto en el Decreto No. 1016 del 30 de marzo de 2007, la Empresa Nacional Minera Ltda., en Liquidación – *Minercol Ltda.*-, antes - *Mineralco S.A.*-<sup>19</sup> terminó su existencia el 30 de abril de 2007.

Precisó que el Ministerio de Minas y Energía fue quien asumió, según lo previsto en el Decreto 254 de 2004, *“la totalidad de los procesos judiciales y reclamaciones en que fuera parte dicha Entidad”*.

Así mismo, reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, específicamente lo que se refiere a la inexistencia del contrato minero por el no cumplimiento de los requisitos necesarios para su perfeccionamiento.

Al respecto señaló que *“dada la especialidad de la legislación minera aplicable, contrario a lo manifestado por el Honorable Tribunal, el simple acuerdo de voluntades no hace que nazca a la vida jurídica el contrato, pues el artículo 80 del Código de Minas vigente para la época, y la cláusula vigésimo quinta del contrato de manera expresa establece que para su perfeccionamiento”* se requiere la inscripción del pretendido contrato en el Registro Minero ante el Ministerio de Minas, exigencia que en el presente caso no se cumplió.

En ese contexto, manifestó que no compartía la interpretación de que la inscripción en el registro minero de un acuerdo de voluntades, sea parte de la ejecución del contrato, puesto que la ley ha determinado que tal inscripción es un requisito esencial para su perfeccionamiento.

## **9. El trámite de segunda instancia**

Se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que, si lo consideraba pertinente, rindiera concepto de fondo, oportunidad procesal en la que se pronunciaron las partes para reiterar los argumentos expuestos en el recurso de apelación y en el recurso de apelación adhesiva<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> Mediante Decreto 1679 de 1997 se ordenó la fusión de las empresas Minerales de Colombia S.A. – MINERALCO S.A.- y la Empresa Colombiana de Carbón Ltda., en una sociedad de responsabilidad limitada denominada Empresa Nacional Mineral Limitada – MINERCOL LTDA.-.

<sup>20</sup> Folios 213 y 214, 282 y 265 al 277 del cuaderno principal.

El Ministerio Público por su parte señaló que compartía la decisión del fallo de primera instancia y agregó que el *a quo* acertó al tasar los perjuicios con base en el primer dictamen, en tanto que si bien es cierto los peritos omitieron pronunciarse sobre un aspecto solicitado en la demanda – *el valor del polvorín* -, lo es también que dicha omisión no conduce a un error de tal magnitud que desvíe el resultado.

Señaló que el valor por concepto de daño emergente calculado en el primer dictamen debía mantenerse, no obstante lo cual debía adicionarse el monto de la condena con “*el valor determinado para el Polvorín*”.

Sostuvo, además, que no había lugar a reconocerle al señor Bohórquez Sánchez la devolución del dinero que supuestamente tuvo que pagar por los derechos de exploración, en tanto que no hay prueba que acredite que éste hubiese incurrido en dicho gasto.

En cuanto a la cantidad de metros lineales de túnel construidos durante la etapa de exploración y frente al reclamo formulado por el actor consistente en que la cantidad era de 854.40 metros y no la aceptada por el *a quo* - *la que se basó en la información que arrojó el primer dictamen pericial* -, el Ministerio Público manifestó que “*frente a la imposibilidad de comprobar fehacientemente la longitud de los referidos túneles por unos y otros auxiliares de la justicia*” y dado que el plano topográfico no aportaba ninguna información útil que permitiera aclarar este punto, no había lugar a darle mayor credibilidad al segundo dictamen, el cual se fundamentó estrictamente en lo manifestado por la parte actora.

En relación con el valor del metro lineal del túnel indicó que el demandante no probó que dicho valor fuera distinto al adoptado por el *a quo* en el fallo de primera instancia.

En lo que concierne al valor de la planta eléctrica, sostuvo que en el proceso no hay prueba que acredite su valor y el tiempo que ésta permaneció en el área objeto del contrato minero, así como tampoco se explica el Ministerio Público porqué el demandante una vez suspendió actividades no la retiró del lugar y la destinó a otra actividad.

Indicó que si bien es cierto no hay lugar a reconocer suma alguna por concepto de lucro cesante, en tanto que el hoy demandante sólo tenía una expectativa y no la certeza sobre la existencia de esmeraldas en el área objeto del pretendido contrato, no lo es menos que en el presente asunto sí hay lugar al reconocimiento de perjuicios por la pérdida de oportunidad<sup>21</sup>.

La Sala, al no encontrar causal de nulidad alguna que pudiera invalidar lo actuado, procede a resolver de fondo el asunto.

## **II.- CONSIDERACIONES**

Para efectos de exponer las razones que sustentan la decisión, se abordará el estudio de los siguientes aspectos: 1) competencia, 2) caso concreto 3) hechos probados, 4) régimen jurídico de los contratos de exploración y explotación de recursos naturales, 5) requisitos para el perfeccionamiento de los contratos que celebren las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, cuyo objeto sea explorar y explotar áreas recibidas en aporte, 6) inexistencia del contrato.

### **1. Competencia**

Previo a analizar y decidir sobre el asunto que ha sido propuesto, resulta necesario establecer la competencia de la Sala para conocer del mismo, pues sólo de esta manera podrá pronunciarse sobre los recursos interpuestos por las partes de este proceso.

Sea lo primero decir que la presente controversia versa sobre el incumplimiento de un supuesto contrato celebrado por la sociedad Minerales de Colombia S.A., en adelante - *MINERALCO S.A.* -, cuya naturaleza jurídica era la de una Empresa Industrial y Comercial del Estado, vinculada al Ministerio de Minas y Energía, constituida mediante escritura pública No. 2970 inscrita el 3 de agosto de 1990<sup>22</sup>.

Ahora bien, con la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, más precisamente de las normas que regulan competencias, se observa que su artículo 75 prescribe, expresamente que la jurisdicción competente para conocer de las controversias generadas en los contratos celebrados por las entidades estatales es la

---

<sup>21</sup> Folios 217 al239 del cuaderno principal.

<sup>22</sup> Folios 35 al 37 del cuaderno No. 1.

Jurisdicción Contencioso Administrativa. Así, entonces, habida cuenta que MINERALCO S.A., se constituyó en una Empresa Industrial y Comercial del Estado con capital estatal, personería jurídica, patrimonio propio e independiente y autonomía administrativa<sup>23</sup>, resulta del caso concluir que esta Corporación es la competente para conocer del presente asunto.

Adicionalmente, la Sala es competente para conocer del asunto, en razón de los recursos – *de apelación y apelación adhesiva* - interpuestos por las partes demandante y demandada, respectivamente, en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, en un proceso con vocación de doble instancia ante esta Corporación, dado que la pretensión mayor se estimó en tres mil cuatro millones cuatrocientos ochenta y seis pesos (\$3.004'486.000) por concepto de lucro cesante, mientras que el monto exigido al momento de su presentación<sup>24</sup> para que un proceso adelantado en ejercicio de la acción de controversias contractuales tuviera vocación de doble instancia era de trece millones cuatrocientos sesenta mil pesos (\$13'460.000) (Decreto 597 de 1988).

## **2. Caso concreto**

Según se desprende del texto de la demanda, la parte actora pretende que a través de la acción de controversias contractuales prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, se declare el incumplimiento del aparente contrato celebrado entre MINERALCO S.A., y Manuel Roberto Bohórquez Sánchez el 31 de mayo de 1993, para *“la exploración y explotación de yacimientos esmeraldíferos”*. Así mismo, que se declare la terminación del aludido contrato y se le condene al pago de los perjuicios derivados del supuesto incumplimiento.

## **3. Hechos probados**

---

<sup>23</sup> Ley 2 de 1990

*“Por la cual se autoriza la transformación de una entidad descentralizada y se dictan otras.*

*(...)*

*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.”.*

<sup>24</sup> 19 de marzo de 1996.

Encuentra la Sala acreditado, de conformidad con el original del documento suscrito por las partes de este proceso el 31 de mayo de 1993<sup>25</sup>, que el Ministerio de Minas y Energías le otorgó a MINERALCO S.A. – *Empresa Industrial y Comercial del Estado* - el aporte No. 1228 (GUAVIO-CHIVOR), para la exploración y explotación de yacimientos esmeraldíferos, localizados en el municipio de Gachalá, departamento de Cundinamarca.

Del mismo documento se desprende que el día 11 de febrero de 1993, el señor Manuel Roberto Bohórquez Sánchez radicó ante la sociedad MINERALCO S.A., una solicitud de contratación para la exploración y explotación de un área potencial de esmeraldas.

Se demostró también que el 31 de mayo de 1993, la sociedad MINERALCO S.A., y el señor Manuel Roberto Bohórquez Sánchez, suscribieron un proyecto de contrato en el cual se acordó que la sociedad en mención le haría entrega al señor Bohórquez Sánchez de un área de terreno de “*veintiséis (26) hectáreas más tres mil cuatrocientos noventa y cinco metros cuadrados (3.495M2)*”, incluida en el aporte No. 1228 (GUAVIO-CHIVOR), para “*la exploración y explotación de yacimientos esmeraldíferos*”. Así mismo, se convino que el citado señor le pagaría una compensación económica por la utilización de dicha área.

Se encuentra demostrado que en la cláusula vigésima quinta, las partes acordaron como requisitos de perfeccionamiento del pretendido contrato: i) la presentación y aprobación de las pólizas de cumplimiento y de salarios ii) la publicación del mismo en el Diario Oficial y iii) la inscripción del contrato en el Registro Minero ante el Ministerio de Minas y Energía. Se transcribe a continuación:

*“CLAUSULA VIGESIMA QUINTA. – REQUISITOS DE PERFECCIONAMIENTO – Este contrato requiere para su perfeccionamiento: a) Las pólizas de cumplimiento y de salarios, documentos éstos que deberán ser presentados y aprobados al momento de suscribir el contrato; b) Publicación del contrato por parte de EL CONTRATISTA en el Diario Oficial; c) **Inscripción de este contrato en el Registro Minero ante el Ministerio de Minas y Energías**” (Destaca la Sala).*

Se probó también, según original del “*ACTA DE ENTREGA REAL Y MATERIAL QUE HACE LA SOCIEDAD MINERALES DE COLOMBIA S.A. – MINERALCO S.A.- AL SEÑOR MANUEL ROBERTO BOHORQUEZ S.*”<sup>26</sup>, que el 2 de julio de 1993 se le hizo entrega al citado señor del área para la exploración y explotación

<sup>25</sup> Folios 1 al 6 del cuaderno de pruebas.

<sup>26</sup> Original del acta de entrega real y material que hace la sociedad MINERALCO S.A., al operador Manuel Roberto Bohórquez Sánchez de un área del Aporte 1228 de esmeraldas. Folio 7 del cuaderno de pruebas.

de esmeraldas que se había acordado en el proyecto de contrato, así como también que dicho terreno fue recibido a su entera satisfacción.

Según se desprende del original del acto administrativo proferido el 7 de marzo de 1994 por la Dirección General de Minas – *División Legal de Minas* -<sup>27</sup>, el día 1° de octubre de 1993 la sociedad MINERALCO S.A., radicó ante el Ministerio de Minas y Energías tres fotocopias auténticas del aparente acuerdo, con el objeto de que se inscribiera en el correspondiente Registro Minero, inscripción que fue negada, por considerar que el área objeto del pretendido contrato se encontraba “*totalmente por fuera del aporte No. 1228*”.

Ante la negativa de la Dirección General del Ministerio de Minas de inscribir el mencionado documento, la sociedad MINERALCO S.A., pidió la ampliación y modificación del área del Aporte No. 1228, solicitud que fue rechazada por la Dirección General de Minas - *División Legal de Minas* -, mediante acto administrativo proferido el 27 de diciembre de 1994<sup>28</sup>, por considerar que el Código de Minas no contemplaba la posibilidad de ampliar el área de un título minero.

Precisado lo anterior, procederá la Sala, en primer lugar, a analizar la normatividad que le es aplicable a los contratos de explotación y exploración de recursos naturales.

#### **4. Régimen jurídico aplicable a los contratos de exploración y explotación de los recursos naturales renovables y no renovables.**

Para efectos de establecer el régimen jurídico que gobernaba los contratos celebrados para el desarrollo de actividades de exploración y explotación de recursos naturales renovables o no renovables, se hace necesario remitirse a lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 222 de 1983, norma según la cual los contratos de explotación de bienes del Estado son contratos administrativos y se rigen por las normas especiales de la materia.

---

<sup>27</sup> Folio 9 del cuaderno de pruebas.

<sup>28</sup> Si bien el acto administrativo proferido el 27 de diciembre de 1994 por la Dirección General de Minas – *División Legal de Minas* - obra en el expediente copia simple, la Sala en aras de respetar el principio constitucional de buena fe, así como el deber de lealtad procesal reconocerá valor a dicha prueba documental, toda vez que la misma ha obrado a lo largo del proceso y que, surtidas las etapas de contradicción, no fue cuestionada en su veracidad por la sociedad demandada. Ver sentencia de unificación del 28 de agosto de 2013 proferida por Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Radicado No. 25022. M.P. Enrique Gil Botero. Folio 21 del cuaderno de pruebas.

Del mismo modo, la Ley 80 de 1993 en su artículo 76 prevé que dichos contratos no se encuentran sujetos al régimen previsto en el Estatuto de la Contratación Estatal, por cuanto estos se encuentran regulados por una legislación especial. Dice así la norma:

*“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.*

*(...)” (Destaca la Sala).*

De conformidad con el contenido de las citadas disposiciones, es claro entonces que los contratos que tienen por objeto la exploración, explotación y comercialización de recursos naturales, así como a los demás contratos que celebren las entidades en cuyo objeto social figuran estas actividades se encuentran regulados por la legislación especial que les es aplicable, es decir, por el régimen minero.

De cara al caso concreto, encuentra la Sala que el pretendido contrato que suscribieron MINERALCO S.A., y Manuel Roberto Bohórquez Sánchez el día 31 de mayo de 1993 y por cuyo incumplimiento se demanda, tenía como objeto *“la exploración y explotación de yacimientos esmeraldíferos”*, de ahí que, razonable resulte concluir que a dicho convenio le son aplicables las disposiciones contenidas en el Código de Minas Vigente para esa época, contenido en el Decreto - ley 2655 del 23 de diciembre de 1988<sup>29</sup>.

##### **5. Perfeccionamiento de los contratos que celebren las Empresas Industriales y Comerciales del Estado – MINERALCO S.A.-, cuyo objeto sea explorar y explotar áreas recibidas en aporte.**

En lo que se refiere a 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, se observa que dichos

---

<sup>29</sup> Derogado por el artículo 362 de la Ley 685 de 2001

contratos se encuentran regulados por lo previsto en el capítulo IX del Código de Minas (Decreto-ley 2655 de 1988).

Al respecto, el artículo 80 del Código de Minas – *disposición que hace parte del capítulo IX* - vigente para la época de los hechos, se encargó de regular los requisitos de perfeccionamiento de este tipo de negocios jurídicos y al hacerlo dispuso que los contratos mineros celebrados por los Establecimientos Públicos y por 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 Ministerio, previa a su inscripción en el Registro Minero*”.

Del mismo modo, la norma en mención dispuso que los contratos que se celebren con “*pequeños y medianos mineros sobre áreas comprendidas en los aportes, no necesitan más formalidad que su inscripción en el Registro*”.

Resulta entonces claro que el legislador previó como presupuesto para el perfeccionamiento de los contratos que celebren las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y cuyo objeto sea explorar y explotar áreas recibidas en aporte, la formalidad de la inscripción del negocio jurídico en el correspondiente Registro Minero.

Así pues, toda vez que es la misma ley la que marca el momento preciso a partir del cual tales contratos se perfeccionan, es decir empiezan a existir para el mundo jurídico, viene a ser claro que mientras dicho perfeccionamiento no se alcance, los proyectados contratos no podrán reputarse como existentes, en tanto que dicha formalidad especial a que está sujeta la formación de este tipo de contratos, constituye claramente una solemnidad legal *ad sub substantiam actus*, cuya ausencia comportaría su inexistencia.

Como lo ha puesto de presente la jurisprudencia de la Sección<sup>30</sup>, la ausencia de solemnidades sustanciales que la ley exige para la formación de los correspondientes actos o contratos – *formalidades ad substantiam actus* - hace ineludible que se predique de ellos su inexistencia, no obstante lo cual se impone

---

<sup>30</sup> Sentencia proferida el 22 de julio de 2009 por la Sección Tercera del Consejo de Estado. Rad No. 16106. M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

precisar que a ello habrá lugar sólo en cuanto la señalada ausencia de formalidades sustanciales exigidas por la ley, corresponda a aquellas solemnidades que hubieren sido establecidas en atención a la naturaleza del correspondiente acto o contrato, cuestión ésta que excluye de plano los demás requisitos que, aunque determinados por la propia ley, se hubieren consagrado en razón al estado o calidad de las partes que intervienen en su celebración.

Así las cosas, dado que la inscripción del negocio jurídico en el correspondiente Registro Minero, es una solemnidad exigida por la ley para el perfeccionamiento de los contratos que celebre una Empresa Industrial y Comercial del Estado, cuyo objeto sea explorar y explotar áreas recibidas en aporte, es decir es una formalidad *ad sub substantiam actus*, resulta razonable concluir que se reputarán como inexistentes para el mundo jurídico, los pretendidos contratos que no alcancen a perfeccionarse, es decir aquellos que no se encuentren inscritos en el respectivo Registro Minero.

En ese mismo sentido se pronunció la Corporación en sentencia del 11 de mayo de 2011<sup>31</sup>, señalando lo siguiente:

*“... se previó que dicho contrato de mediana explotación carbonífera se consideraba perfeccionado una vez las partes contratantes lo suscribieran y se encontrara debidamente inscrito en el Registro Minero Nacional, de acuerdo con lo establecido en el capítulo XXXI del Código de Minas*

*Conviene no perder de vista que el artículo 80 del Código de Minas (Decreto 2655 de 1988)<sup>32</sup>, vigente para la época de los hechos, se ocupó de regular los requisitos de perfeccionamiento de este tipo de negocios jurídicos y al hacerlo dispuso que los contratos mineros celebrados por 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 Ministerio, previa a su inscripción en el Registro Minero.*

*Igualmente, la disposición en cita ordenó que los contratos que se celebren con pequeños y medianos mineros sobre áreas comprendidas en los aportes, no necesitan más formalidad que su inscripción en el Registro. A voces del artículo 1500 del CC el negocio jurídico en referencia es un contrato solemne, habida cuenta de que está sujeto a la observancia de formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil.*

*En síntesis, esa formalidad especial a que está sujeta la formación de este tipo de contratos [inscripción en el registro minero], que fue impuesta por el legislador en atención a su especial naturaleza, constituye una solemnidad legal ad existentiam actum” (Resalta la Sala).*

---

<sup>31</sup> Sentencia proferida el 11 de mayo de 2011 por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Radicado No. 11544. M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

<sup>32</sup> Derogado por el artículo 362 de la Ley 685 de 2001

Ahora bien, precisado lo anterior, a continuación procederá la Sala a examinar si el pretendido contrato celebrado entre MINERALCO S.A., y el señor Manuel Roberto Bohórquez Sánchez, con fundamento en el cual hoy se demanda a través de la acción de controversias contractuales, cumplió con los requisitos que la ley exige para su perfeccionamiento o si por el contrario no alcanzó a perfeccionarse, circunstancia que conllevaría a que no se pudiese reputar como existente.

## **6. Inexistencia del contrato**

De conformidad con el acápite de los hechos probados, en el *sub lite* se encuentra acreditado que el 31 de mayo de 1993 la sociedad MINERALCO S.A., y el señor Manuel Roberto Bohórquez Sánchez suscribieron un proyecto de contrato, para el desarrollo de actividades de exploración y explotación de yacimientos esmeraldíferos en un área comprendida en el aporte 1228 (GUAVIO – CHIVOR).

Así mismo, está demostrado que en la cláusula vigésimo quinta del pretendido contrato, las partes acordaron como requisitos de perfeccionamiento, entre otros, la inscripción del proyecto de contrato en el Registro Minero ante el Ministerio de Minas y Energía.

Al respecto, encuentra la Sala que el pretendido contrato por cuyo incumplimiento se demanda - hoy - en ejercicio de la acción de controversias contractuales, deviene de la facultad otorgada por el artículo 52 del Código de Minas – *Decreto ley 2655 de 1988* - a las entidades adscritas o vinculadas al Ministerio de Minas y Energía para contratar con terceros la exploración y explotación un área correspondiente al aporte otorgado a dichas entidades. Reza así la norma:

*“ARTICULO 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. Igualmente podrá aportar el derecho temporal a realizar dichas actividades como pago de acciones, cuotas o partes de interés que suscriba o tome en sociedades, en las condiciones establecidas en el Código de Comercio.*

(...)

*Las características, condiciones y requisitos de estos contratos con terceros, serán las previstas en el capítulo IX de este Código”(Resalta la Sala).*

Del mismo modo, observa la Sala que el inciso final de la norma transcrita dispone que los contratos con terceros que celebren las entidades titulares de aportes, cuyo objeto sea la exploración y explotación de recursos naturales, se regularan

en cuanto a sus características, condiciones y requisitos por lo previsto en el capítulo IX del Código de Minas<sup>33</sup>.

Así pues, comoquiera que en el presente asunto, el pretendido contrato suscrito entre MINERALCO S.A., y Manuel Roberto Bohórquez Sánchez, reviste las características antes anotadas, es claro entonces que dicho acuerdo se encuentra regulado por las disposiciones contenidas en el capítulo IX del Código de Minas, máxime que, según se observa, dicho capítulo regula lo referente a los contratos que celebren las entidades descentralizadas – *Establecimientos Públicos y Empresas Industriales y Comerciales* – y, en tanto que, MINERALCO S.A., se constituyó en una Empresa Industrial y Comercial del Estado, resulta evidente que a los contratos mineros que ella celebre se les aplicarán las disposiciones contenidas en el capítulo en mención.

En ese sentido, es claro entonces que los requisitos de perfeccionamiento de los contratos mineros, de que trata el artículo 80 del Código de Minas – *disposición que hace parte del capítulo IX* – resultan aplicables al proyecto de contrato que ahora se examina.

En ese contexto, es del caso reiterar que el artículo 80 del Código de Minas vigente para la época de los hechos, se ocupó de regular los presupuestos de perfeccionamiento de ese tipo de contratos y al hacerlo previó como requisito la inscripción del contrato en el Registro Minero ante el Ministerio de Minas y Energía, de ahí que en el presente asunto era indispensable que el proyecto de contrato celebrado entre MINERALCO S.A., y el señor Manuel Roberto Bohórquez Sánchez se encontrara inscrito en el Registro Minero, pues de no ser así dicho convenio no se entendería perfeccionado y, en consecuencia, no podría reputarse como existente.

En este caso, encuentra la Sala, luego de revisar las pruebas que obran en el proceso, que si bien es cierto las partes de este proceso suscribieron un proyecto de contrato para la exploración y explotación de yacimientos esmeraldíferos, lo es también que no se logró su inscripción en el respectivo Registro Minero ante el Ministerio de Minas y Energía, requisito exigido por la ley – *artículo 80 del Código de Minas* - para su perfeccionamiento.

---

<sup>33</sup> CAPITULO XI – CONTRATOS DE LAS ENTIDADES DESCENTRALIZADAS.

Así pues, dado que el pretendido contrato no alcanzó la solemnidad que la ley imperativamente exige para su perfeccionamiento, en tanto que no se inscribió en el Registro Minero, razonable resulta concluir que aquel no podrá reputarse como existente y, por consiguiente, nada podrá reclamarse con base en un contrato inexistente.

Nótese que en el presente asunto el demandante sustentó sus pretensiones en el hecho de haber celebrado un contrato con MINERALCO S.A., y con fundamento en él construye sus reclamaciones económicas, pretensiones que desde luego no están llamadas a prosperar, puesto que, tal como se indicó, el fallido contrato nunca existió por haberse omitido una formalidad que la ley exige para su perfeccionamiento y, por consiguiente, si no existió el contrato tampoco produjo efecto jurídico alguno.

En virtud de lo expuesto, en cuanto se ha verificado de manera fehaciente la inexistencia del contrato que infructuosamente pretendieron celebrar las partes, se revocará el fallo del Tribunal *a quo* y, en su lugar, se negarán las pretensiones de la demanda.

#### **7. No hay lugar a condena en costas.**

Finalmente, toda vez que para el momento en que se profiere este fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente y, en el *sub lite*, debido a que ninguna procedió de esa forma, no habrá lugar a imponerlas.

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

### **F A L L A**

**PRIMERO.- REVOCAR** la sentencia proferida el 9 de octubre de 2001, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, y en su lugar **NEGAR** las pretensiones de la demanda.

**SEGUNDO.-** Sin condena en costas.

**TERCERO.-** En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

**COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**

**HERNÁN ANDRADE RINCÓN**

**MAURICIO FAJARDO GÓMEZ**

**CARLOSALBERTO ZAMBRANO BARRERA**