



Bogotá D.C., 09-11-2018 16:26 PM

Señor:

Asunto: Consulta sobre inhabilidad para contratar con el Estado y sus efectos en el procedimiento administrativo minero.

En atención a su solicitud de concepto mediante radicado No. 20181000327852, a través de la cual formula una serie de preguntas relacionadas con la inhabilidad para contratar con el Estado y sus efectos en el procedimiento administrativo minero, nos permitimos dar respuesta, previa a las siguientes consideraciones:

I. Inhabilidades e incompatibilidades

En primer lugar, es menester resaltar que el Código de Minas se constituye en norma especial y de aplicación preferente en materia minera, y regula en forma completa, sistemática y armónica las relaciones entre el Estado y los particulares y la de estos entre sí, por cuenta de los trabajos y otras de la industria minera. En consecuencia, el artículo 3 del Código establece que las disposiciones civiles y comerciales que contemplen situaciones y fenómenos regulados por ese Código, solo tendrán aplicación en asuntos mineros, por remisión directa que a ellos se haga en el Código de Minas, o por aplicación supletoria a falta de norma expresa.

Así entonces, el artículo 21 de Ley 685 de 2001 establece que "*serán causales de inhabilidad o incompatibilidad para formular propuestas o celebrar contratos de concesión minera, las establecidas en la ley general sobre contratación estatal que fueren pertinentes y la especial contemplada en el artículo 163 de este Código*". Con lo cual, se tiene que la ley especial remite al Estatuto General.

La Ley 685 de 2001 aunque es norma especial y de aplicación preferente, en lo que refiere a la capacidad legal para formular propuesta de concesión minera y para celebrar el correspondiente contrato, **así como en lo relacionado al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, remite al Estatuto General de Contratación.**

En concordancia con lo anterior, el artículo 53 de dicho Código señala:



Radicado ANM No: 20181230276311

"Leyes de Contratación Estatal. Las disposiciones generales sobre contratos estatales y las relativas a procedimientos precontractuales, no serán aplicables a la formulación y trámite de las propuestas de concesión minera, ni a la suscripción, perfeccionamiento, validez, ejecución y terminación de ésta, salvo las referentes a la capacidad legal a que se refiere el artículo 17 del presente Código. En todas estas materias se estará a las disposiciones de este Código y a las de otros cuerpos de normas a las que el mismo haga remisión directa y expresa". (Subrayado propio)

En este sentido, la Ley 1150 de 2007 por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos, establece en su artículo 13, que las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.

En este orden de ideas, la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993, el legislador define las inhabilidades e incompatibilidades como *"las que recogen una relación de circunstancias vinculadas con la persona misma del contratista y cuya presencia impide la celebración del contrato, so pena de verse afectado de nulidad, sin perjuicio de las sanciones administrativas y penales a que haya lugar"*.

Así, la Ley 80 de 1993, es clara en señalar en su artículo 76 que *"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 le correspondan las competencias para estos asuntos, continuarán rigiéndose por la legislación especial que les sea aplicable. Como el Código de Minas no trae referente especial, lo propio será, tal como lo habilita la misma norma minera, remitirse al Estatuto de Contratación Estatal."*

Ahora bien, en cuanto a la diferenciación entre las inhabilidades e incompatibilidades, expone el legislador que las inhabilidades *"se refieren a circunstancias de alguna, manera imputables al contratista que impiden la celebración de cualquier tipo de contrato estatal por un tiempo determinado"*; por su parte las incompatibilidades *"se predicen respecto a la celebración de un contrato circunscrito a una determinada entidad y por un tiempo igualmente señalado en razón a vinculaciones de orden laboral, vínculos de parentesco, vínculos de afecto o interés"*.

Al respecto, el Consejo de Estado, con ponencia del Honorable Consejero Ricardo Hoyos Duque, definió lo que se entiende por inhabilidad e incompatibilidad, así:

"(...) por inhabilidad se entiende la imposibilidad de llegar a ser o de tener una determinada condición jurídica y esta en materia contractual puede ser general o especial. Se dice que es general, cuando no se puede contratar con ninguna de las personas de derecho público o privado, y es especial cuando aquella se reduce a personas de derecho público o privadas específicas, como cuando se está inhabilitado para participar en determinada licitación. La incompatibilidad, en cambio, se refiere a la prohibición de que concurren dos distintas condiciones, esto es, impide



Radicado ANM No: 20181230276311

tener una condición porque ya se posee otra y existirá mientras se tenga alguna de las condiciones¹.

Así las cosas, la inhabilidad se entiende como aquella circunstancia que no le permite a una persona celebrar un contrato, ya sea por razones constitucionales o legales, en tanto que la incompatibilidad hace referencia a lo que no puede poseerse o ejercerse por un determinado tiempo y por una misma persona.

Inhabilidad sobreviniente:

El artículo 9 de la Ley 80 de 1993 es claro en señalar que de llegarse a presentar casos de inhabilidad o incompatibilidad sobreviniente, el contratista cederá el contrato previa autorización escrita de la entidad contratante o, si ello no fuere posible, renunciará a su ejecución.

Al respecto, la Corte Constitucional al estudiar la constitucionalidad del artículo 9º de la Ley 80 de 1993, señaló que dicho artículo no vulnera el espíritu de la Constitución por el hecho de obligar a ceder con autorización de la entidad estatal o terminar el contrato de aquel contratista a quien le haya sobrevenido una inhabilidad o incompatibilidad, o en igual sentido al proponente o miembro de un consorcio, y agrega para los procesos de selección lo siguiente:

"(...) se trata de evitar en tales casos que el contratista, pese a su situación, prosiga vinculado contractualmente con el Estado, o que el aspirante a serlo continúe tomando parte en los procesos de adjudicación y selección, y ello independientemente de si la persona incurrió en la causal correspondiente por su propia voluntad o por un motivo ajeno o externo a su deseo, puesto que la ley parte del supuesto, enteramente ajustado a la Carta, de que en las aludidas condiciones, de todas maneras, no es posible ya la contratación, por lo cual debe interrumpirse si se ha iniciado, o impedir que se perfeccione con el afectado en el evento de que todavía no exista vínculo contractual."²

Así, en el caso que la inhabilidad o incompatibilidad sobrevenga en un proponente dentro de un proceso de selección, se entenderá que renuncia a la participación en el proceso de selección y a los derechos surgidos del mismo.

Ahora bien, el artículo 9 de la Ley 80 de 1993 dispone que si llegare a sobrevenir inhabilidad o incompatibilidad en el contratista, éste cederá los contratos estatales que ya hubiere celebrado o renunciará a su participación en los mismos si dicha cesión no fuere posible, esto significa que les sobreviene una inhabilidad en los otros contratos estatales que haya(n) celebrado y estén ejecutando.

Nulidad absoluta por inhabilidad o incompatibilidad del contratista

Por razones de moralidad pública, se puede prohibir a ciertas personas contratar con el Estado, ya que puede suceder que una persona incurso en una causal de inhabilidad o incompatibilidad haya logrado celebrar el contrato sin que la entidad contratante se hubiere percatado. Ante esta situación, una vez se detecte dicha

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 20 de septiembre de 2001. Expediente. 10.989.

² Corte Constitucional. Sentencia C-221 del 16 de mayo de 1996. M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.



restricción para contratar, cualquiera de las personas autorizadas para demandar cuando existe una nulidad absoluta, puede solicitar la nulidad del contrato.

Cabe anotar, que puede ocurrir que el contratante al momento de celebrar el contrato no se encuentre incurso en una prohibición, pero posteriormente sí; en este evento, también por presentarse una inhabilidad o incompatibilidad sobreviniente se puede solicitar la nulidad.

II. De la configuración del silencio administrativo positivo en contratación estatal

El silencio administrativo es un fenómeno que opera ante escenarios de omisión de la administración frente a peticiones o recursos elevados por los administrados, cuya consecuencia está dada por la imperiosa necesidad de evitar que los asuntos que la administración debe resolver queden sin decidir de manera indefinida. De ahí que el efecto de este fenómeno sea un acto administrativo ficto o presunto que puede ser positivo o negativo, que aunque no implica la manifestación expresa de la voluntad de la administración, tiene unos efectos similares a los del acto administrativo puro³.

En lo que respecta al acto administrativo ficto positivo, el artículo 84 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo regula su procedencia en los siguientes términos:

"Artículo 84. Silencio positivo. Solamente en los casos expresamente previstos en disposiciones legales especiales, el silencio de la administración equivale a decisión positiva

Los términos para que se entienda producida la decisión positiva presunta comienzan a contarse a partir del día en que se presentó la petición o recurso".

El acto positivo presunto podrá ser objeto de revocación directa en los términos de este Código."

En idéntico sentido se ha manifestado la jurisprudencia del Consejo de Estado, la cual a pesar de la claridad de la precitada norma, ha decantado los requisitos que deben confluir para que opere el silencio administrativo positivo:

*"Ahora bien, para que se configure el fenómeno del silencio positivo se deben cumplir tres requisitos: i) que la ley le haya dado a la Administración un plazo dentro del cual debe resolver la petición, recurso etc.; ii) que la ley contemple de manera expresa que el incumplimiento del plazo tiene efectos de silencio positivo (en nuestro ordenamiento, la regla general es el silencio negativo); y iii) que la autoridad que estaba en la obligación de resolver, no lo haya hecho dentro del plazo legal. Respecto de este último requisito, ha dicho la Sala que dentro del plazo señalado no solo debe emitirse la decisión, sino notificarse en debida forma⁴."*⁵

No obstante lo anterior, es pertinente poner de presente que para ciertas materias, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha introducido requisitos adicionales a los enunciados anteriormente. Así, en materia de

³ Sección Cuarta Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Sentencia del 13 de septiembre de 2017. CP Jorge Octavio Ramírez Ramírez. Radicación número: 05001-23-31-000-2011-00984-01(21514).

⁴ Al respecto, la Sala ha manifestado: *el término "resolver" comprende también la notificación del respectivo acto, pues mientras el contribuyente no conozca la determinación de la administración, ésta no produce efectos jurídicos y no puede considerarse resuelto el recurso.* Sentencia del 17 de julio de 2014, radicado No. 15001-23-31-000-2010-00982-01 (19311) C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

⁵ Sección Cuarta Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Sentencia del 13 de septiembre de 2017. CP Jorge Octavio Ramírez Ramírez. Radicación número: 05001-23-31-000-2011-00984-01(21514).



Radicado ANM No: 20181230276311

contratación estatal, la referida corporación judicial ha dejado por sentado que para la configuración del acto administrativo ficto positivo derivado de la omisión de dar respuesta por parte de la entidad contratante, se requerirá además un derecho subjetivo preexistente⁶:

“En este orden de ideas, para que se deduzca realmente que la omisión de respuesta por parte de la entidad estatal contratante, en el término legal de tres meses seguidos a la petición del contratista, constituye silencio positivo, debe tenerse en cuenta que el contratista tenga derecho desde antes a la respuesta expresa afirmativa a su petición. Es decir, que tenga una situación o una relación jurídica anterior, que luego, con la respuesta se formaliza o se declara la aprobación o autorización para hacer algo.”⁷

Asimismo, en Sentencia del 28 de febrero de 2013, la Sección Tercera – Subsección B de la Sala Contencioso Administrativo del Consejo de Estado se manifestó en los mismos términos:

“Finalmente, frente a la insistencia de la parte actora sobre la configuración de un silencio administrativo positivo, la Sala considera necesario recordar que en materia de contratación estatal, como reiteradamente lo ha sostenido, no basta con la presentación de cualquier solicitud por parte del contratista durante la ejecución del contrato y el transcurso del plazo establecido en la ley -3 meses- sin obtener respuesta de la administración, para que se entienda configurado el acto administrativo ficto favorable a la petición del contratista, sino que tratándose del surgimiento de derechos a su favor, se requiere además, que de hecho se den los requisitos para su reconocimiento (...)”⁸.

III. Respuesta a los cuestionamientos planteados

De conformidad con lo antes expuesto, podemos llegar a las siguientes conclusiones generales, frente a los cuestionamientos planteados en su solicitud de concepto:

- 1. En caso de que una persona natural con inhabilidad para contratar con el Estado (reportada en el SIRI, visible en el certificado de antecedentes que expide la Procuraduría General de la Nación) suscriba la minuta de contrato de concesión con la autoridad minera delegada e incluso se lleve a cabo su inscripción en el Registro Minero Nacional que administra la ANM:**

1.1. ¿Qué vicios o defectos se produce en estos casos?

De conformidad con lo antes expuesto, puede suceder que una persona incurso en una causal de inhabilidad o incompatibilidad haya logrado celebrar el contrato sin que la entidad contratante se hubiere percatado. Ante esta situación, una vez se detecte dicha restricción para contratar, cualquiera de las personas autorizadas, puede solicitar la nulidad absoluta del contrato por inhabilidad de uno de los extremos contractuales.

⁶ Subsección C Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Sentencia del 29 de julio de 2015. CP Olga Mélida Valle de la Hoz. Radicación número: 25000-23-26-000-2000-00412-01(37170).

⁷ Subsección A Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Sentencia del 3 de octubre de 2012. Radicación número: 85001-23-31-000-2000-00041-01(23400).

⁸ Subsección B Sección Tercera de la Sala Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Sentencia del 28 de febrero de 2013. Expediente n.º 25199



1.2. ¿Qué acciones o medio de control es idóneo o viable en estos casos para defender el interés general de la Administración, el principio de legalidad u otros, y qué término de prescripción o caducidad aplica?

De conformidad con el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011, *"cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas"*.

Así mismo, el mencionado artículo dispone que dicha pretensión puede ser ejercida por cualquiera de las partes de un contrato, pero también puede interponerse por el Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo, siempre que se solicite la declaración de nulidad absoluta del contrato. El término de caducidad es de dos años a partir del perfeccionamiento del contrato.

1.3. Es deber o es discrecional de la ANM demandar su propio contrato de concesión? ¿Cómo se denomina y en qué consiste tal demanda? Es viable la revocatoria directa o es viable la declaración de nulidad del contrato?

La Agencia Nacional de Minería como uno de los extremos contractuales podrá pedir la nulidad absoluta del contrato, a través del medio de control de controversias contractuales previsto en el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011⁹, en caso que evidencie que una persona incurso en una causal de inhabilidad o incompatibilidad haya logrado celebrar el contrato sin que la entidad contratante se hubiere percatado de tal situación.

Cabe señalar, que la revocatoria directa no es procedente, en razón a que la vía idónea para controvertir la legalidad de los actos administrativos proferidos con ocasión de la actividad contractual es a través del medio de control de controversias contractuales, pues en virtud de este medio es procedente solicitar, entre otras pretensiones, la nulidad del contrato, la del incumplimiento del contrato y el consecuente restablecimiento y/o indemnización de perjuicios.

2. En caso que esté registrado un contrato de concesión con un número plural de concesionarios como personas naturales, y que con posterioridad se advierta que una de ellas tenía una inhabilidad para suscribir tal contrato al momento de la firma- por ejemplo 5 años, la cual tiene una fecha de inicio y de terminación-, hecho que por alguna razón no fue advertida:

2.1. ¿Qué decisión debe tomar su entidad en caso que la persona natural presente aviso y contrato de cesión de sus derechos, teniendo en cuenta que tales documentos fueron radicados ante la ANM en fechas en las cuales aún está vigente la inhabilidad impuesta?

Tal como se indicó en el acápite anterior, ante la existencia de una inhabilidad, no hay duda que la persona natural que hace parte de la estructura plural, deberá ceder previa autorización de la Autoridad Minera, o

⁹Las partes de un contrato estatal pueden solicitar que "(...) se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas(...)".



Radicado ANM No: 20181230276311

renunciar a todos los títulos vigentes, tal como lo dispone el artículo 9º de la Ley 80 de 1993.

2.2. ¿Qué decisión debe tomar su entidad en caso que la persona natural presente aviso y contrato de cesión de sus derechos, teniendo en cuenta que tales documentos fueron radicados ante la ANM en fechas en las cuales aún está vigente la inhabilidad impuesta, pero que ante la inactividad de su entidad tal cedente como persona inhábil o el cesionario con capacidad legal (art. 17 Ley 685 de 2001) protocolicen el silencio administrativo positivo de que trata el artículo 22 de la Ley 685 de 2001?

Teniendo en cuenta su pregunta, entendemos que se trata de un caso de inhabilidad sobreviniente, para lo cual el contratista deberá ceder el contrato previa autorización escrita de la entidad contratante o, si ello no fuere posible, renunciará a su ejecución de acuerdo a lo establecido en el artículo 9 de la Ley 80 de 1993.

Ahora bien, resulta suficientemente claro que para que opere el silencio administrativo positivo en materia de contratación estatal, se requiere además de las exigencias generales, que se den los requisitos para el reconocimiento del derecho que con la solicitud elevada a la administración se pretendía; y ello es así no por un capricho de la jurisprudencia del Consejo de Estado, sino porque en efecto, una sanción a la pretermisión de la administración no puede dar lugar al reconocimiento de derechos frente a los cuales no se cumplen los requisitos para acceder a ellos.

Finalmente, es menester señalar que la cesión de derechos mineros es posible, con la salvedad de que no solo se requerirá del elemento subjetivo de la partes, esto es, la autonomía de la voluntad de las partes de suscribir el negocio jurídico de cesión de derechos, sino también será necesario el aviso previo y escrito a la autoridad minera, so pena que la solicitud de cesión sea rechazada mediante acto administrativo por la autoridad minera.

2.3. En su parecer, ¿Agotado el plazo de la vigencia de la inhabilidad, por ejemplo de 5 años, no existe impedimento para que la ANM resuelva favorablemente la cesión de área radicada por la persona sobre la cual recaía la inhabilidad?

Es claro que agotado el término de la inhabilidad, la persona puede volver a contratar con el Estado, para lo cual la Autoridad Minera en el análisis de cesión de derechos verificará que el aviso sea previo a la celebración del contrato de cesión, que el cesionario tenga la capacidad legal y la capacidad económica, que se acredite el cumplimiento de todas las obligaciones, y si estos requisitos se cumple, deberá resolver favorablemente la cesión de área.

3. Por favor facilitar los conceptos de la Oficina Asesora Jurídica ANM que se hayan emitido desde el año 2016 y hasta la fecha, que sean pertinentes o concernientes a lo consultado, gracias.

Respecto a su solicitud de conceptos, nos permitimos aclarar que que la Agencia Nacional de Minería – ANM cuenta con una serie de trámites y servicios los cuales son objeto de cobro de conformidad con lo estipulado en la Resolución No. 1103 del 29 de diciembre de 2016 y el Artículo 325 de la Ley 685 de 2001 que indica:

“Derechos y cuotas de la Autoridad Minera. La autoridad minera o 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 conservación, administración y manejo de

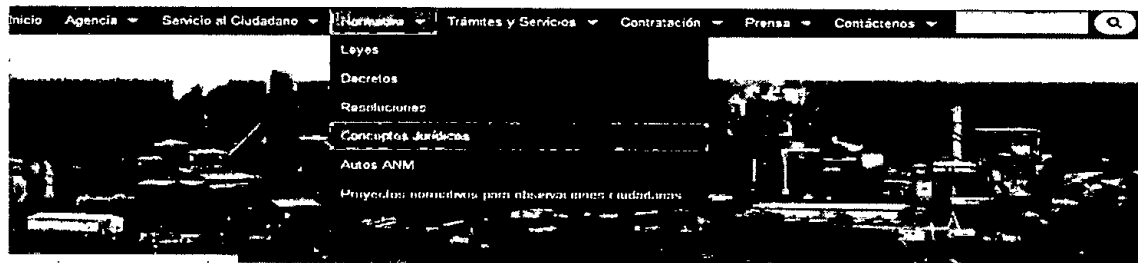


Radicado ANM No: 20181230276311

los minerales podrá cobrar a aquellas personas naturales o jurídicas que utilicen o soliciten sus servicios, cuotas o derechos por la prestación de los mismos. Estas cuotas y derechos serán fijadas con estos parámetros por la autoridad minera que presta el servicio".

No obstante, cualquier ciudadano tiene la opción de buscar los conceptos jurídicos que han sido emitidos por esta Oficina Asesora Jurídica, a saber:

La búsqueda de conceptos debe realizarse a través del sitio web de la Agencia Nacional de Minería, <https://www.anm.gov.co/> en la siguiente ruta: "Normatividad".



"Conceptos jurídicos"



Inicio

Registre su PCRS

Normativa

Nuestras Sedes

Información para inversionistas

Conceptos Jurídicos

Año del Concepto Mes del Concepto Búsqueda por radicado

- Any - - Any -

Búsqueda por tema

Aplicar

X



Radicado ANM No: 20181230276311

"Búsqueda por tema"

Conceptos Jurídicos

Año del Concepto Mes del Concepto Búsqueda por radicado

- Año - [▼] - Mes - [▼]

Búsqueda por tema

aporte

Aplicar

Concepto	Radicación	Archivo PDF	Fecha del concepto
Aporte de Título Minero a una Sociedad	20171200201651	concepto_20171200201651.pdf	05/10/2017
Fusión por Absorción_Contrato de Régimen de Aporte	20171200020131	concepto_20171200020131.pdf	05/03/2017
Cesión de Áreas, Contrato de Aporte 185R	20151200389001	concepto_20151200389001.pdf	02/11/2015
Integración de Contratos Aporte_Títulos Mineros	20151200202593	concepto_20151200202593.pdf	07/12/2015
Consulta de Contrato de Aporte y/o prórroga de los mismos	20151200333101	concepto_20151200333101.pdf	04/11/2015

1 2 siguiente > última >

Teniendo en cuenta los pasos descritos anteriormente, usted podrá encontrar los conceptos jurídicos expedidos por esta Oficina Asesora Jurídica, por ejemplo el concepto con radicado No. 20181200265741, 20151200320781.

Por último, es importante señalar que los postulados normativos sobre los cuales corresponde a esta oficina interpretar y conceptuar, son de carácter general y abstracto, para que la dependencia a quien corresponde la toma de decisiones efectúe la aplicación de los mismos, de acuerdo con las condiciones fácticas y los elementos normativos constitutivos del caso particular y concreto de manera que los conceptos emitidos por esta oficina no tienen el carácter de vinculantes en concordancia con lo previsto en el artículo 28 de la Ley 1755 de 2015.

Cordialmente,

Laura Quintero Chinchilla
Jefe de Oficina Asesora Jurídica

Anexos: "No aplica".

Copia: "No aplica".

Elaboró: Diana Andrade - Abogada Oficina Asesora Jurídica.

Revisó: Laura Quintero Chinchilla - Jefe de Oficina Asesora Jurídica.

Fecha de elaboración: 09-11-2018 15:49 PM

Número de radicado que responde: 20181000327852.

Tipo de respuesta: "Total".

Archivado en: "No aplica".

10
11
12





Dependencia : Oficina Asesora Juridica
Usuario Responsable : Adriana Zarate
Fecha Inicial : 2018-11-13 9:30 a.m
Fecha Final : 2018-11-13 9:30 a.m
Fecha Generado : 2018-11-13 9:30 a.m
Numero de Registros: 1

Radicado	Radicado Padre	Destinatario	Dirección	Municipio	Departamento
20181230276311	20181230276311	WILLIAM ALFONSO NAVARRO GRISALES	Cll 14A No. 5A-76 Piso 2 y 3	Tunja	Boyaca

Fecha de Entrega

Usuario que Entrega

13-11-2018

Funcionario que Recibe

William Navarro

Observaciones

Adriana Zarate
CC: 52.547.028



