

ACCION DE TUTELA - Providencia cuestionada no incurre en defecto fáctico, defecto sustantivo, ni en violación directa de la Constitución al negar al demandante la legalización de la explotación minera / DEFECTO FACTICO - No se configura en razón a que la decisión judicial se fundamentó expresamente en las pruebas que demostraban la existencia de la superposición entre la solicitud de legalización presentada por el accionante y la licencia otorgada a la cementera

El Consejo de Estado, Sección Cuarta, mediante sentencia de abril veinticinco (25) de dos mil dieciséis (2016), denegó el amparo de tutela solicitado... Sostuvo que de la revisión de la sentencia que decidió el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos del Ministerio de Minas y Energía, es posible advertir que no se incurrió en el defecto fáctico alegado, pues valoradas las pruebas allegadas y los hechos en que se fundó la demanda, se dedujo que las resoluciones acusadas no estaban viciadas de nulidad. Señaló que al referido ministerio le correspondía negar la licencia de explotación minera solicitada por el actor, toda vez que sobre el terreno dispuesto para esa actividad, ya se había concedido una licencia de explotación previamente a favor de Cementos del Caribe S.A., hoy Cementos Argos S.A., porque esta última tenía un derecho adquirido. Destacó que una vez se advirtió la superposición del área objeto de la solicitud de legalización frente al titular minero, el ministerio siguió el procedimiento descrito en la ley, esto es, citar a las partes a conciliación, sin que la misma prosperara por inasistencia de la cementera y la falta de ánimo conciliatorio de esta última. Afirmó que adicionalmente a lo anterior, el titular minero demostró el plan de inversiones para la explotación del predio, porque era indiscutible el mejor derecho que tenía de cara a la solicitud del actor y, en esa medida, no había lugar a acceder a las pretensiones de la demanda. Señaló que las providencias que versan sobre la interpretación y aplicación del derecho, no pueden, en principio, ser objeto de control constitucional en sí mismas vía tutela, si en ellas no se configura uno de los requisitos de procedibilidad producto de una actuación abiertamente caprichosa frente al orden jurídico por parte de la autoridad judicial, que genere la violación de derechos fundamentales. Determinó que el juez de tutela no puede involucrarse en los asuntos que le corresponde definir a otras jurisdicciones, a no ser que la cuestión que entre a resolver sea genuinamente de relevancia constitucional, que afecte los derechos fundamentales de las partes, lo cual no se evidencia en el asunto de la referencia... El magistrado ponente de la providencia acusada, señaló que si el actor consideraba improcedente la vinculación de Cementos Argos S.A., así lo debió manifestar mediante los recursos que disponía para tal fin y que en todo caso, el accionante pretendía abrir el debate mediante el amparo constitucional, por lo que el mismo no debe proceder ante tales propósitos. Por su parte, la Sección Cuarta le halló razón a la demandada, al considerar que, efectivamente, al Ministerio de Minas y Energía le correspondía negar la solicitud de legalización de la explotación minera presentada por el actor, toda vez que sobre el terreno determinado para esa actividad, ya se había reconocido una licencia de explotación de manera previa, a favor de la sociedad Cementos Argos S.A., tal y como lo consideró la Sección Tercera de esta Corporación. Sobre el particular, la Sala encuentra que, de acuerdo con el problema jurídico planteado y los argumentos del recurrente, se desprenden tres vicios de la sentencia acusada, a saber: i) un defecto sustantivo por falta de aplicación del artículo 70 del Decreto 2655 de 1988, Código de Minas de la época, ii) un defecto fáctico por falta de valoración del material probatorio que daba cuenta sobre la actividad minera que llevaba a cabo el actor mucho antes de que fuera otorgada la licencia 3799 a Cementos del Caribe S.A., hoy Cementos Argos S.A., además de ignorar la pretermisión del Ministerio de Minas y Energía de la etapa conciliatoria que debía

agotarse entre las partes y, iii) violación directa de la Constitución Política por desconocimiento del derecho al debido proceso de cara a la indebida vinculación de la sociedad cementera al proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, sin tener en cuenta que para el momento de dicha vinculación, su licencia de explotación minera ya no se encontraba vigente.

DEFECTO SUSTANTIVO - No se configura ya que no procedía la aplicación del artículo 70 del Código de Minas / LEGALIZACION DE LA EXPLOTACION MINERA - En el evento de superposición del área objeto de la solicitud de legalización frente al titular minero el Ministerio de Minas debe citar a las partes a conciliación

El actor considera frente a este cargo en particular que el área objeto de su solicitud de legalización de la explotación minera de hecho que ejercía, y que presentó ante la autoridad competente, se superponía parcialmente a la de la licencia de explotación 3799 otorgada a la sociedad Cementos del Caribe S.A., de manera que, lo conducente en ese caso era la devolución por parte del titular minero de aquellas áreas que no hacían parte del Plan de Trabajos e Inversiones o de los diseños mineros, tal y como lo disponía el artículo 70 del Código de Minas vigente para la época de dicha solicitud... Como se lee, Sección Tercera del Consejo de Estado consideró que el artículo 70 del referido Código de Minas no era aplicable al caso del actor por cuanto que, si bien existía una superposición del área objeto de la solicitud de legalización y la que tenía el titular minero, lo cierto es que, la sociedad licenciataria incluyó toda el área de la zona de explotación objeto de la licencia 3799 en los planes y diseños mineros, tal y como se desprende de la resolución número 52272 que obra a folios 289 y 290 del expediente ordinario. En efecto, mediante la resolución en comento, se aprecia que la autoridad minera otorgó licencia a Cementos del Caribe S.A. para explotar toda la zona, tal como lo solicitó esta última, conforme al proyecto Trabajos e Inversiones presentado que incluía toda el área... De manera que, el artículo 70 del Código de Minas, solo era aplicable, siempre que de la superposición de áreas entre el explotador minero de hecho y el titular minero, existieran zonas no explotadas o que no se incluyeran en los planes y diseños mineros, sin embargo, esto no logró probarse efectivamente en el proceso ordinario. En consideración a lo anterior, no es dable predicar un defecto sustantivo de la providencia acusada, en tanto que la autoridad judicial demandada, bajo un análisis certero y fundamentado, llegó a la conclusión, tal y como lo hizo el Ministerio de Minas y Energía, que no procedía la aplicación del artículo 70 que viene de indicarse... Si el titular no hubiera incluido dentro de los planes y diseños presentados el área que fue solicitada por la demandante, en ese caso sí se podía aplicar lo preceptuado por el citado artículo 70 del Decreto 2655 de 1988 y concederle la legalización de minería de hecho solicitada. Igualmente, si bien el actor indica que tenía un mejor derecho que la sociedad cementera, en tanto que para el momento del fallo que se acusa la licencia 3799 se encontraba vencida, lo cierto es que, bajo el nuevo Código de Minas Cementos Argos S.A. solicitó la prórroga de la misma sin que a la fecha se haya resuelto esa solicitud; en todo caso, para la fecha en que el recurrente solicitó legalizar su explotación de hecho ante el Ministerio de Minas y Energía, el referido título aún se encontraba vigente... Como viene de explicarse, en el caso que nos ocupa el Ministerio de Minas y Energía llegó a la conclusión de que el artículo 70 del Código de Minas no era aplicable, de manera que citó a las partes a conciliar, sin que dicha diligencia se pudiera llevar a cabo en tanto que el titular minero se abstuvo de asistir. A juicio del actor, la autoridad minera debió convocar nuevamente a las partes a conciliar sin que se haya programado nuevamente la diligencia, lo que constituye una violación al debido proceso al pretermitirse una etapa legalmente prevista... La Sala comparte

los argumentos del juez ordinario al afirmar que era evidente la falta de ánimo conciliatorio de la sociedad Argos S.A., pues de haberlo tenido, habría acudido a la diligencia. Debe precisarse que la norma señala que la autoridad minera, de manera subsidiaria, debía intentar una conciliación entre las partes, de modo que, dicha etapa no resultaba conminatoria; en efecto el Ministerio de Minas y Energía intentó llevar a cabo la diligencia sin éxito alguno ante la falta de asistencia del titular minero. Ahora, la norma no indicaba que de no presentarse una de las partes a la cita de conciliación, esta debía oponer algún tipo de justificación. De manera que, de la inasistencia del titular minero fácilmente podía desprenderse su falta de ánimo conciliatorio, sin que la autoridad minera tuviera que exhortarlo a conciliar.

VIOLACION DIRECTA DE LA CONSTITUCION - Inexistencia por vinculación de la sociedad cementera como litisconsorte necesario por pasiva al proceso ordinario / ACCION DE TUTELA - Mecanismo excepcional y subsidiario

Frente a este último defecto huelga colegir que, si la parte actora presentaba una inconformidad con la integración del contradictorio, dispuesto así por la autoridad judicial demandada al vincular a la sociedad cementera como litisconsorte necesario por pasiva, así debió manifestarlo mediante los recursos de ley contra el auto que ordenó su vinculación. Con todo, el accionante se abstuvo de recurrir dicha decisión y solo hasta ahora, mediante este mecanismo excepcional y subsidiario, pretende derivar una nulidad procesal por indebida vinculación de la sociedad Cementos Argos S.A., al considerar que para el momento en que fue llamada al proceso, su licencia de explotación minera se encontraba vencida. En consecuencia, dado el carácter subsidiario de esta acción, la Sala se abstendrá de analizar de fondo los argumentos planteados por el accionante, en lo que respecta a este punto. Visto así el asunto, es claro que la decisión judicial demandada se encuentra ajustada a derecho, sin que logre evidenciar alguno de los defectos alegados por el actor, razón por la cual, la sentencia del veinticinco (25) de abril de dos mil dieciséis (2016) habrá de confirmarse en su integridad.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D.C., ocho (8) de junio de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-15-000-2016-00378-01(AC)

Actor: LUIS ALBERTO TETE SAMPER

Demandado: CONSEJO DE ESTADO, SECCION TERCERA, SUBSECCION B

Decide la Sala la impugnación presentada por el apoderado de la parte actora, contra el fallo de abril veinticinco (25) de dos mil dieciséis (2016), proferido por la

Sección Cuarta del Consejo de Estado, a través del cual denegó el amparo de tutela de los derechos fundamentales reclamados por el actor.

I. ANTECEDENTES

1. La petición de amparo

Mediante escrito radicado el cinco (5) de febrero de dos mil dieciséis (2016), en la Secretaría General de esta Corporación, el señor Luis Alberto Tete Samper, mediante apoderado, ejerció acción de tutela en contra del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, con el objeto de que fueran protegidos sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y al acceso a la administración de justicia, los cuales consideró vulnerados con ocasión de la providencia del quince (15) de octubre de dos mil quince (2015) proferida por la referida Subsección, toda vez que mediante esta decisión se negaron las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho incoada bajo radicado número 11001-03-26-000-2001-0067-01.

En consecuencia, formuló las siguientes pretensiones:

“6.1. Se tutelen los Derechos Fundamentales, que a lo largo de este escrito se han citado y descrito como vulnerados por la accionada.

6.2. Se deje sin efecto EL FALLO de fecha quince de octubre de 2015 (15 de octubre de 2015) proferido por la Subsección “B” de la Sección Tercera del Consejo de Estado, hoy objeto de la ACCIÓN DE TUTELA, por medio de la cual se negó las (sic) pretensiones de la demanda de ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO presentada por mi poderdante el día 28 de noviembre de 2001 en contra de las resoluciones número 700871 del 29 de julio de 1996 y 042 del 26 de junio 2001, expedida por el Ministerio de Minas y Energía y la Empresa Nacional Minera Limitada-MINERCOL LTDA., respectivamente.

6.3. Se REVOQUE el fallo proferido por la Subsección “B” de la Sección Tercera del Consejo de Estado, el día 15 de octubre de 2015 y en su reemplazo se profiera uno nuevo en el que ACEPTEN las pretensiones invocadas por mi poderdante en su demanda de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, presentada el día 28 de noviembre de 2001 en contra de las resoluciones 700871 del 29 de julio de 1996 y 042 del 26 de junio de 2001, expedida por el Ministerio de Minas y Energía y la Empresa Nacional Minera Limitada-MINERCOL LTDA., respectivamente.”

La solicitud de tutela, tuvo como fundamento los siguientes

2. Hechos

Señaló que mediante apoderado, presentó el siete (7) de diciembre de dos mil uno (2001) ante el Consejo de Estado una demanda en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra las resoluciones números 700871 del veintinueve (29) de julio de mil novecientos noventa y seis (1996) y 042 del veintiséis (26) de junio de dos mil uno (2001), expedidas por la Dirección General del Ministerio de Minas y Energía y la Empresa Nacional Minera Limitada – MINERCOL, a través de las cuales se rechazó la solicitud de legalización de la explotación minera de hecho radicada bajo el número 18883.

Comentó que por la naturaleza de las pretensiones, el asunto le correspondió por reparto a la Sección Tercera de esta Corporación.

Sostuvo que la demanda se admitió el veinticuatro (24) de mayo de dos mil dos (2002), providencia que se notificó el diecisiete (17) de junio del mismo año y se le dio el trámite legal correspondiente con el traslado a la parte demandada el día diecinueve (19) de junio de dos mil dos (2002).

Relató que el veinte (20) de septiembre de dos mil dos (2002) se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que presentaran sus alegatos de conclusión, los cuales fueron presentados dentro del término señalado por la parte demandante y el Ministerio Público, mientras que la parte demandada guardó silencio.

Destacó que presentó sus alegatos el tres (3) de octubre de dos mil dos (2002) y la procuradora Quinta Delegada ante el Consejo de Estado, la doctora Lucy Jeannette Bermúdez, en nombre del Ministerio Público, hizo lo propio el veinte (20) de enero de dos mil tres (2003).

Anotó que el veinticinco (25) de octubre de dos mil tres (2013), es decir, doce (12) años después de presentada la demanda, once años después de haber presentado los alegatos de conclusión y después de haber entrado el expediente al despacho del magistrado ponente en cuatro ocasiones para dictar el fallo, se dictó un auto en el que se ordenó vincular al proceso a la sociedad Cementos del Caribe S.A., como litisconsorte necesario por pasiva y notificarle el auto admsorio de la demanda, dictado el veinticuatro (24) de mayo de dos mil dos (2002).

Indicó que el once (11) de diciembre de dos mil trece (2013), la empresa Cementos Argos S.A., antes Cementos del Caribe S.A., por medio de apoderada contestó la demanda presentada, a través de la cual se opuso a todas las pretensiones de la demanda.

Expuso que los argumentos que esgrimió la apoderada de la empresa en comento, se dirigían a indicar que el mecanismo de selección del concesionario minero, contenido en el artículo 16 del Código de Minas, es objetivo, y consiste en la aplicación del principio universal en materia de derecho minero de “primero en el tiempo, primero en el derecho”.

Explicó que en el proceso quedó probado que el actor presentó la solicitud de legalización el catorce (14) de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994) y con la visita técnica a la zona realizada por los funcionarios del Ministerio de Minas y Energía, igualmente quedó probado, entre otras cosas, que la explotación minera que venía ejecutando el accionante tenía una duración de siete (7) años atrás, lo que quiere decir que dicha explotación la realizaba desde el año de 1998, es decir, cinco años atrás antes de que el Ministerio de Minas y Energía le otorgara la licencia de explotación 3799 a la empresa Cementos del Caribe S.A.

Precisó que el día quince (15) de octubre de dos mil quince (2015), la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, profirió sentencia mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda y se ordenó el archivo del expediente.

3. Fundamento de la petición

Sustentó que con la actuación del magistrado ponente del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho de ordenar vincular a la sociedad Cementos del Caribe S.A. después de doce (12) años, se perdió todo ese tiempo de actuación procesal.

Arguyó que es cierta la premisa en el derecho minero según la cual “primero en el tiempo, primero en el derecho”, sin embargo no debe ser aplicable en un país en donde el *“poder económico corruptor”* de una empresa como Cementos del Caribe S.A., influya en las decisiones de *“unos funcionarios que favorecen al más poderoso”*.

Afirmó que la licencia otorgada a Cementos del Caribe S.A., no cumplió con la totalidad de los requisitos exigidos por el artículo 37 del decreto 2655 de 1988, Código de Minas vigente para esa fecha, en consideración a que, si se le hubiese dado estricto cumplimiento a la norma, tanto los funcionarios del Ministerio de Minas y Energía, que debieron hacer entrega material en la zona concedida en la licencia 3799, como la misma beneficiaria de ella, se hubieran percatado que en una parte del área entregada en la mencionada licencia, ya existían trabajos de explotación minera ejecutados por el actor en unos terrenos de su propiedad.

Aseguró que Cementos del Caribe S.A. junto con el Ministerio de Minas y Energía, fueron quienes despojaron al accionante de un derecho que ejercía desde el año de 1998, como lo era la explotación minera en los terrenos que le pertenecían.

Resaltó que el artículo 58 de la Ley 141 de 1994 le ofrecía la oportunidad de legalizar dicha explotación, como en efecto lo hizo, al solicitarlo directamente a las autoridades competentes.

Expuso que la beneficiaria de la licencia 3799 nunca le interesó incluir en su plan de trabajos e inversiones – P.T.I. las áreas de su licencia en donde esta sabía que se ejecutaban trabajos de explotación minera, desde muchos años antes de que le fuera otorgada dicha autorización, pues de no ser así, hubiera podido pedir el

amparo administrativo del que trata el artículo 273 del Código de Minas vigente para la época, esto es, el Decreto 2655 de 1988.

Aseveró que la empresa Cementos del Caribe S.A. “utilizó su poder económico” hasta lograr que le fuera negada la solicitud de legalización al actor.

Aseguró que la beneficiaria de la licencia 3799 nunca ha realizado trabajos de explotación minera en el área autorizada, razón por la cual no se percató de las explotaciones que sí realizaban pequeños mineros como el accionante, propietarios de los terrenos en donde llegaba el área objeto de dicha licencia.

Aclaró que era indispensable aplicar el artículo 70 del Código de Minas vigente para la época, por cuanto como quedó probado en el proceso ordinario, el actor adelantaba sus trabajos de explotación cinco (5) años antes de que se le otorgara la licencia 3799 a la empresa Cementos del Caribe S.A. y por lo tanto, el área donde el señor Luis Alberto Tete ejecutaba los trabajos de explotación, sí debía ser legalizada a su favor.

Señaló que la empresa beneficiaria de la mencionada licencia, nunca mostró su interés en el área en donde el accionante hacía sus explotaciones, al no utilizar ninguno de los mecanismos legales que tenía a su disposición para obtenerla, incluido el plan de trabajos e inversiones.

Insistió que del área objeto de explotación, la beneficiaria nunca ha extraído un grano del material que le fue concedido, pero que con el beneplácito de las entidades mineras, ha logrado mantener congelada la zona.

Acusó que dicha empresa ha pasado informes de explotaciones ficticias, configurándose con ello los delitos de falsedad en documento privado y fraude procesal por parte de la titular de la referida licencia, lo cual se demuestra con los conceptos de los ingenieros de minas y geólogos que realizaron varias visitas técnicas a la zona en cuestión.

Sustentó que dentro de los anexos presentados por la apoderada de Cementos Argos S.A. en la contestación de la demanda ordinaria, se incluye el certificado de registro minero y en este se lee claramente que su vigencia va desde el veintinueve (29) de agosto de mil novecientos noventa (1990) hasta el tres (3) de junio de dos mil tres (2003), lo que quiere decir que la licencia de explotación número 3799 se encuentra vencida.

Señaló que no obstante lo anterior, el cinco (5) de agosto de dos mil catorce (2014), el consejero de Estado, Dr. Ramiro Pazos Guerrero, mediante auto de esa fecha, dispuso, entre otras cosas, vincular a Cementos Argos S.A. como litisconsorte necesario por pasiva y abrir el proceso a pruebas, pese a que el término de fijación en lista se encontraba vencido.

Alegó que dicha vinculación como litisconsorte necesario carecía de sustento, por cuanto, Cementos Argos S.A. ya no tenía interés en el asunto, toda vez que su licencia se encuentra vencida.

Explicó que en la providencia acusada se limitaron a hacer un resumen de la actuación procesal y en unos pocos párrafos, carentes de un análisis a fondo de las normas que regulan la actividad minera del país, se resolvió el asunto, desconociéndose las pruebas aportadas en las que se demostró la violación al debido proceso por parte del Ministerio de Minas y Energía y la Empresa Nacional Minera Limitada-Minercol Ltda., al rechazar la solicitud de legalización de explotación minera de hecho presentada por el actor.

Sostuvo que la representante del Ministerio Público demostró en su escrito de alegatos de conclusión, la violación al debido proceso del demandante.

4. Trámite Procesal.

La presente acción de tutela fue asignada por reparto a la Dra. Martha Teresa Briceño de Valencia, magistrada que integra la Sección Cuarta de esta Corporación, quien admitió la demanda de tutela el diez (10) de febrero de dos mil dieciséis (2016) y ordenó notificar de la misma al representante legal de la Empresa Nacional Minera- MINERCOL, al representante legal de la empresa Cementos Argos S.A. y al ministro de Minas y Energía, en calidad de terceros interesados y demandados, respectivamente (fls. 13 y 14).

El día quince (15) de febrero de dos mil dieciséis (2016), el Dr. Danilo Rojas Betancourth, contestó la acción de tutela (fls. 27 a 30).

Mediante escrito radicado el diecisiete (17) de febrero de dos mil dieciséis (2016), la representante legal de Cementos Argos S.A. contestó la demanda de tutela (fls. 32 a 44).

En memorial radicado el cinco (4) de abril de dos mil dieciséis (2016), mediante apoderada especial el Ministerio de Minas y Energía contestó la demanda de tutela (fls. 98 a 101).

A través de providencia del veinticinco (25) de abril de dos mil dieciséis (2015), la Sección Cuarta del Consejo de Estado negó el amparo de tutela solicitado (fls. 113 a 119).

Ante la decisión desfavorable, el apoderado de la parte actora presentó escrito de impugnación el día once (11) de mayo de dos mil dieciséis (2016) (fls. 137 a 144).

Mediante auto del dieciséis (16) de mayo de dos mil dieciséis (2016) el magistrado ponente de la decisión impugnada, concedió el recurso ante la Sección Quinta de esta Corporación (fl. 146).

El veintisiete (27) de mayo de dos mil diecisésis (2016) allegó un escrito complementando los argumentos de la impugnación (fls. 169 a 173).

5. Contestaciones

5.1. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección "B"

El Dr. Danilo Rojas Betancourth, contestó la demanda de tutela en los siguientes términos:

Expuso que en el asunto sometido a consideración de la Subsección B, el señor Luis Alberto Tete Samper solicitó la nulidad de las resoluciones números 700871 del veintinueve (29) de julio de mil novecientos noventa y seis (1996) y 042 del veintiséis (26) de junio de dos mil uno (2001), expedidas por la Dirección General del Ministerio de Minas y Energía y la Empresa Nacional Minera Limitada – MINERCOL, a través de las cuales se rechazó la solicitud de legalización de la explotación minera de hecho radicada bajo el número 18883.

Comentó que el quince (15) de octubre de dos mil quince (2015), esa Subsección profirió el fallo de única instancia, la cual tuvo en cuenta i) los hechos probados, ii) el marco normativo de la legalización de la minería de hecho, iii) el análisis conjunto de las pruebas y las normas pertinentes y iv) la decisión de fondo correspondiente.

Citó apartes de la providencia acusada para precisar el marco jurídico de la explotación minera de hecho que se tuvo en cuenta y el análisis particular de esas normas frente al caso en concreto.

Sustentó que resulta improcedente utilizar el mecanismo subsidiario de la acción de tutela para cuestionar aspectos procesales que se definieron a través de las providencias judiciales correspondientes, sin que se ejercieran los recursos ordinarios contra las mismas.

Indicó que lo anterior se refiere puntualmente a la vinculación como litisconsorte necesario por pasiva de la sociedad Cementos Argos S.A., mediante auto del veinticinco (25) de octubre de dos mil trece (2013) y demás providencias relacionadas con esa vinculación.

Señaló que en sede de tutela no se puede intentar revivir la discusión sobre el fondo del asunto, como lo pretende la tutelante a modo de tercera instancia.

Afirmó que no se presenta un defecto de la sentencia, diferente a su inconformidad con la interpretación que se le dio a las normas aplicables al caso.

Concluyó que la posición de la Subsección se explicó con suficiencia en la sentencia atacada, razón por la cual debe estarse a lo dispuesto en esta.

5.2. Cementos Argos S.A.

La representante legal de la sociedad interesada en las resultas del proceso, contestó la tutela en los siguientes términos:

Manifestó que si bien es cierto que la apoderada de la empresa contestó la demanda ordinaria, no es cierta la afirmación temeraria e infundada del actor donde establece que Cementos del Caribe S.A. influyó indebidamente en la decisión de otorgamiento de la licencia de explotación número 3799, aseveración que rechaza enfáticamente y por la cual debe responder judicialmente el actor.

Afirmó que tampoco es cierto que la licencia 3799 se haya otorgado sin el lleno de los requisitos exigidos por el artículo 37 del Decreto 2655 de 1988.

Expuso que, tal y como se probó en el proceso que el actor pretende desconocer, él solicitó la legalización de su explotación de hecho mediante formulario radicado ante el Ministerio de Minas y Energía el dieciocho (18) de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Estableció que al evaluar el área solicitada, la autoridad competente detectó que se presentaba superposición total con la licencia número 3799 de Cementos del Caribe S.A., vigente desde el quince (15) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993), tal y como consta en los antecedentes administrativos que obran en el expediente ordinario.

Indicó que al momento de otorgarse la licencia a Cementos Argos S.A., no se desconoció la solicitud realizada por el actor, ya que esta fue posterior.

Alegó que no es cierto que la sociedad cementera no mostrara su interés en el área objeto de explotación, toda vez que el título minero 3799 contaba con un plan de trabajos e inversiones, que es el plan o diseño minero del proyecto, debidamente aprobado por la autoridad minera, sobre la totalidad del área de 52 hectáreas y 9413 metros cuadrados.

Argumentó que en esas condiciones no era viable legalmente la aplicación del artículo 70 puesto que dicha norma exige la devolución de áreas “que no hayan quedado definitivamente incluidas en los planes y diseños mineros”, pues en este caso, es evidente que las 52 hectáreas y 9413 metros cuadrados del título minero quedaron incluidas en plan de trabajo e inversiones aprobado por la autoridad minera, razón por la que no había lugar a aplicar dicha norma.

Resaltó que la decisión de esta Corporación se fundamentó en que la superposición del título minero era total, por la cual, había dos opciones: i) obligar a los contratistas o licenciatarios a devolver, en lotes continuos o discontinuos, las zonas que no hubieren quedado definitivamente incluidas en los planes y diseños mineros, o ii) acudir a la conciliación.

Expuso que como se probó en el proceso, ninguna de esas alternativas fue posible ya que, el Programa de Trabajos e Inversiones presentado por Cementos

Argos S.A. incluyó toda el área de la zona de la licencia de explotación número 3799 y de otro lado, nunca hubo ánimo conciliatorio entre las partes.

Afirmó que el actor ha tenido todas las garantías, en la medida en que, pudo ejercer su derecho de defensa mediante todos los medios idóneos y legítimos en el proceso, en condiciones de igualdad frente a la contraparte, pudiendo controvertir el material probatorio, e incluso discutir la vinculación de la sociedad al proceso.

Enfatizó que la providencia acusada se fundamentó en la normatividad sobre legalización de minería de hecho en Colombia, y concretamente, la aplicable a la solicitud número 18883 presentada por el actor.

Acotó que la vinculación de la empresa de ninguna manera puede constituir una violación al debido proceso, pues es un deber del juez integrar el contradictorio en debida forma, por lo que debe hacer parte del proceso a quienes puedan tener un interés legítimo en las resultas del mismo.

Estableció que el llamado que hizo el juez a la sociedad cementera debía hacerse puesto que la decisión en dicho asunto lo afectaba directamente al ser titular de la licencia de explotación número 3799 sobre la cual se estaba discutiendo un derecho, pues la solicitud de legalización del actor se superponía al área que había sido otorgada a la empresa a través de licencia.

Comentó que la Corte Constitucional ha expresado que una de las principales garantías del debido proceso es, precisamente, la oportunidad reconocida a toda persona en el ámbito de cualquier proceso de ser oída, de hacer valer las razones y argumentos que a bien tenga, de controvertir y objetar las pruebas en su contra y de solicitar la práctica de las mismas.

Sustentó que pese a que el término de la licencia expiró, la empresa solicitó oportunamente la prórroga de la misma a través de la figura de acogimiento al nuevo Código de Minas, Ley 685 de 2001, petición que aún no ha sido resuelta, luego el título minero no ha terminado, pues existe por parte de la autoridad minera el deber de otorgar el contrato de concesión de acogimiento a dicha ley.

Aseguró que lo anterior quedó plenamente demostrado con los documentos aportados al proceso por parte de la Agencia Nacional de Minería, donde se evidencia que la autoridad minera continúa dictando órdenes en el expediente 3799, en ejercicio de su labor de fiscalización de los títulos mineros, lo que incluye disposiciones tendientes a la suspensión de actividades ilícitas relacionadas con la explotación de hecho.

Manifestó que la circunstancia que ahora se alega como una nulidad mediante el amparo constitucional, debió ventilarse en la oportunidad procesal pertinente a través de los recursos de ley.

Concluyó que en este caso no se cumplen con los presupuestos de procedencia de la tutela contra providencia judicial, pues es claro que el actor pretende abrir el debate nuevamente, pese a que la decisión judicial se fundamentó expresamente en las pruebas que demostraban la existencia de la superposición entre la solicitud de legalización presentada por el accionante y la licencia 3799 previamente otorgada a Cementos Argos S.A., razón por la que no podía aplicarse el artículo 70 del Código de Minas vigente para ese momento.

5.3. Ministerio de Minas y Energía

La apoderada especial de la entidad, atendió el requerimiento en los siguientes términos:

Precisó que la presente acción de tutela no procede contra la providencia judicial acusada, en tanto que la cuestión que se discute no es de relevancia constitucional, pues se pretende el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso, la igualdad y acceso a la administración de justicia, los cuales no han sido desconocidos por el Ministerio de Minas y Energía ni mucho menos por el Consejo de Estado.

Explicó que el artículo 58 de la Ley 141 de 1994 señala claramente que el propósito del legislador fue entregarles a los explotadores de hecho de pequeña minería, la oportunidad de legalizar sus trabajos mineros de explotación, pero dichas legalizaciones no proceden ante la sola presentación de la correspondiente solicitud por parte del interesado.

Expuso que dicha norma impuso al explotador de hecho el cumplimiento taxativo de requisitos indispensables para poder obtener el título minero como lo son: trabajos de explotación de pequeña minería, trabajos mineros realizados de manera permanente hasta el treinta (30) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993) y presentar la solicitud de licencia, permiso o contrato para la explotación de minas ante la autoridad competente.

Arguyó que en el evento de superposiciones de áreas entre el titular del contrato de explotación minera, y el explotador minero de hecho, como sucedió en este caso, el Ministerio de Minas y Energía, con base en la normatividad aplicable debe convocar a las partes a una audiencia de conciliación, con el fin de lograr un acuerdo para el otorgamiento de la licencia requerida.

Sostuvo que dicha audiencia se convocó pero la misma se declaró fallida, motivo por el cual el señor Luis Alberto Tete debió sujetarse a lo dispuesto en el artículo 7 del Decreto 2636 de 1994.

Concluyó que el Ministerio de Minas y Energía no podía desconocer el derecho adquirido de Cementos El Caribe S.A., de cara a una mera expectativa del actor.

6. Sentencia de primera instancia

El Consejo de Estado, Sección Cuarta, mediante sentencia de abril veinticinco (25) de dos mil dieciséis (2016), denegó el amparo de tutela solicitado. Como fundamento de dicha decisión siguió la línea argumentativa que se expone a continuación:

Sostuvo que de la revisión de la sentencia que decidió el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos del Ministerio de Minas y Energía, es posible advertir que no se incurrió en el defecto fáctico alegado, pues valoradas las pruebas allegadas y los hechos en que se fundó la demanda, se dedujo que las resoluciones acusadas no estaban viciadas de nulidad.

Señaló que al referido ministerio le correspondía negar la licencia de explotación minera solicitada por el actor, toda vez que sobre el terreno dispuesto para esa actividad, ya se había concedido una licencia de explotación previamente a favor de Cementos del Caribe S.A., hoy Cementos Argos S.A., porque esta última tenía un derecho adquirido.

Destacó que una vez se advirtió la superposición del área objeto de la solicitud de legalización frente al titular minero, el ministerio siguió el procedimiento descrito en la ley, esto es, citar a las partes a conciliación, sin que la misma prosperara por inasistencia de la cementera y la falta de ánimo conciliatorio de esta última.

Afirmó que adicionalmente a lo anterior, el titular minero demostró el plan de inversiones para la explotación del predio, porque era indiscutible el mejor derecho que tenía de cara a la solicitud del actor y, en esa medida, no había lugar a acceder a las pretensiones de la demanda.

Señaló que las providencias que versan sobre la interpretación y aplicación del derecho, no pueden, en principio, ser objeto de control constitucional en sí mismas vía tutela, si en ellas no se configura uno de los requisitos de procedibilidad producto de una actuación abiertamente caprichosa frente al orden jurídico por parte de la autoridad judicial, que genere la violación de derechos fundamentales.

Determinó que el juez de tutela no puede involucrarse en los asuntos que le corresponde definir a otras jurisdicciones, a no ser que la cuestión que entre a resolver sea genuinamente de relevancia constitucional, que afecte los derechos fundamentales de las partes, lo cual no se evidencia en el asunto de la referencia.

7. La impugnación

Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado de la parte actora la impugnó en los siguientes términos:

Apuntó que el fallo proferido por la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, contiene un sin número de incongruencias jurídicas que se traducen en una providencia discriminatoria, con el deliberado propósito de favorecer a una empresa privada que se vale de su poder económico y político.

Insistió en que la providencia acusada ampara la inactividad minera del titular de la licencia, manteniendo congelada el área para su explotación por más de veinte años, sin que se diera aplicación al artículo 70 del Código de Minas.

Explicó que en el proceso ordinario el magistrado ponente del fallo que se censura, reconoció que funcionarios del Ministerio de Minas y Energía efectuaron una visita técnica a la zona de explotación minera y que de ella se concluyó que los trabajos de explotación minera realizados por el actor tenían una antigüedad de siete años aproximadamente y que se trataba de un proyecto de pequeña minería, del cual se extraían 500 toneladas mensuales de material.

Sostuvo que igualmente el informe de dichos funcionarios daba cuenta de que el área de la solicitud de legalización se superponía parcialmente a la de la licencia 3799 otorgada a la sociedad Cementos Argos S.A. y que técnicamente era viable la legalización en comento, pues sus trabajos no interferían con los del titular minero.

Señaló que no obstante lo anterior, el fallador de única instancia se abstuvo de analizar dichas evidencias probatorias, análisis que también pasó por alto el juez de tutela de primera instancia.

Alegó que pese a que se convocó a las partes a una audiencia de conciliación por parte del Ministerio de Minas y Energía, la sociedad titular de la licencia nunca se presentó, sin que programara nueva fecha para dicha diligencia, por lo que se declaró fracasada dicha etapa, decisión que avaló la autoridad judicial demandada, con el argumento que no existía ánimo conciliatorio.

Resaltó que ni la autoridad judicial demandada ni el juez a quo de tutela tuvieron en cuenta que la sociedad vinculada al proceso ordinario, aportó un certificado de registro minero que da cuenta que su licencia se encontraba vencida para ese momento, por lo que no se demostró que tuviera mejor derecho que el demandante sobre la zona de explotación.

Manifestó que el fallo de tutela de primera instancia debe revocarse por cuanto afirma que la acción de tutela no es procedente contra la providencia judicial acusada, sin embargo, este mecanismo constitucional es el único medio disponible para hacer valer sus derechos, al tratarse de una decisión judicial de única instancia.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sala es competente para conocer de la impugnación presentada contra la sentencia de primera instancia proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, de conformidad con los artículos 32 del Decreto 2591 de 1991, 2.2.3.1.2.1

del Decreto 1069 de 2015 y el artículo 2 del Acuerdo 55 de 2003 de la Sala Plena del Consejo de Estado.

2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a confirmar, revocar o modificar la decisión de negar el amparo de tutela solicitado por la parte actora, adoptada en primera instancia por la Sección Cuarta de esta Corporación en el asunto de la referencia, con base en los argumentos esgrimidos en la impugnación.

Para el efecto, habrá de determinarse si la autoridad judicial demandada vulneró los derechos fundamentales invocados, mediante la sentencia de única instancia que negó las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos expedidos por el Ministerio de Minas y Energía, mediante los cuales se le negó al demandante la legalización de la explotación minera de hecho que él realizaba en unos terrenos de su propiedad, en tanto que dicha providencia adolece de los defectos fáctico y violación del debido proceso por algunas irregularidades que, a su juicio, derivan en una nulidad¹.

Resulta del caso advertir que los requisitos adjetivos de procedencia de la acción de tutela, fueron superados en primera instancia al estudiarse de fondo el asunto, de manera que los mismos se entienden satisfechos. Bajo este supuesto la Sala abordará a continuación el estudio del caso concreto.

3. Caso concreto.

Como viene de explicarse, lo pretendido en este evento por la parte actora, ahora recurrente, es que se deje sin efecto la providencia del quince (15) de octubre de dos mil quince (2015) proferida por la Sección Tercera, Subsección “B” de esta Corporación, toda vez que mediante esta decisión, se negaron las pretensiones de la demanda tendientes a que se declarara la nulidad de las resoluciones números 700871 del veintinueve (29) de julio de mil novecientos noventa y seis (1996) y 042 del veintiséis (26) de junio de dos mil uno (2001), expedidas por la Dirección General del Ministerio de Minas y Energía, a través de las cuales se rechazó la solicitud de legalización de la explotación minera de hecho efectuada por el actor.

Lo anterior en consideración a que, en concepto del accionante: i) la vinculación como litisconsorte necesario por pasiva de la sociedad Cementos de Caribe S.A., en la actualidad Cementos Argos S.A., resultaba improcedente toda vez el título minero sobre el área objeto de solicitud de legalización, se encontraba vencida, ii) la actuación de la cementera es reprochable ante el abuso de su posición dominante, situación que no valoró el juez de instancia y iii) se dejó de aplicar el

¹La Sala advierte que el apoderado del actor radicó un escrito en la Secretaría General de esta Corporación el veintisiete (27) de mayo de dos mil diecisésis (2016), en complemento al recurso de impugnación presentado, el cual no podrá tenerse en cuenta por esta Sección, ante la extemporaneidad en su presentación.

artículo 70 del Código de Minas vigente para la época, esto es, el Decreto 2655 de 1988, toda vez que el área explotada, aun cuando le fuera entregada a Cementos Argos S.A. mediante licencia número 3799, nunca fue explotada por esta, actividad que sí podía predicarse del actor años atrás de que le fuera concedida dicha licencia.

El magistrado ponente de la providencia acusada, señaló que si el actor consideraba improcedente la vinculación de Cementos Argos S.A., así lo debió manifestar mediante los recursos que disponía para tal fin y que en todo caso, el accionante pretendía abrir el debate mediante el amparo constitucional, por lo que el mismo no debe proceder ante tales propósitos.

Por su parte, la Sección Cuarta le halló razón a la demandada, al considerar que, efectivamente, al Ministerio de Minas y Energía le correspondía negar la solicitud de legalización de la explotación minera presentada por el actor, toda vez que sobre el terreno determinado para esa actividad, ya se había reconocido una licencia de explotación de manera previa, a favor de la sociedad Cementos Argos S.A., tal y como lo consideró la Sección Tercera de esta Corporación.

Sobre el particular, la Sala encuentra que, de acuerdo con el problema jurídico planteado y los argumentos del recurrente, se desprenden tres vicios de la sentencia acusada, a saber: i) un defecto sustantivo por falta de aplicación del artículo 70 del Decreto 2655 de 1988, Código de Minas de la época, ii) un defecto fáctico por falta de valoración del material probatorio que daba cuenta sobre la actividad minera que llevaba a cabo el actor mucho antes de que fuera otorgada la licencia 3799 a Cementos del Caribe S.A., hoy Cementos Argos S.A., además de ignorar la pretermisión del Ministerio de Minas y Energía de la etapa conciliatoria que debía agotarse entre las partes y, iii) violación directa de la Constitución Política por desconocimiento del derecho al debido proceso de cara a la indebida vinculación de la sociedad cementera al proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, sin tener en cuenta que para el momento de dicha vinculación, su licencia de explotación minera ya no se encontraba vigente.

De conformidad con lo anterior se abordarán cada uno de los cargos individualmente considerados.

i) Defecto sustantivo por falta de aplicación del artículo 70 del Decreto 2655 de 1988.

Según se tiene, el actor considera frente a este cargo en particular que el área objeto de su solicitud de legalización de la explotación minera de hecho que ejercía, y que presentó ante la autoridad competente, se superponía parcialmente a la de la licencia de explotación 3799 otorgada a la sociedad Cementos del Caribe S.A., de manera que, lo conducente en ese caso era la devolución por parte del titular minero de aquellas áreas que no hacían parte del Plan de Trabajos e Inversiones o de los diseños mineros, tal y como lo disponía el artículo 70 del Código de Minas vigente para la época de dicha solicitud.

La autoridad judicial demandada sobre el particular consideró lo siguiente:

"En efecto, el artículo 7 del Decreto 2636 de 1994, dispuso que en las superposiciones de pareas entre solicitudes de explotadores de hecho y los titulares mineros otorgados, como la que ocupa la atención de la Sala, las autoridades mineras determinarían la aplicabilidad al caso del artículo 70 del Código de Minas o de la cláusula contractual que se haya acordado en igual sentido y, en subsidio, intentarían una conciliación entre las partes en conflicto.

Por su parte, el artículo 70 citado obligaba a los contratistas o licenciatarios a devolver, en los lotes continuos o discontinuos, las zonas que no hayan quedado definitivamente incluidas en los planes y diseños mineros, o en otras palabras las zonas que no se estuvieran utilizando.

En el sub lite, está plenamente establecida la superposición de la legalización pretendida por el actor y la Licencia de Explotación 3799. Sin embargo, lo anterior no obligaba a la demandada a imprimirlle un trámite diferente al que le fue dado. En efecto, el Proyecto de Trabajos e Inversiones presentado por la sociedad Cementos del Caribe S.A., actualmente Argos S.A., incluyó toda el área de la zona de la Licencia de Explotación 3799, tal como se desprende del texto de la resolución número 52272 del 15 de abril de 1999 que otorgó esa licencia (fls. 289 y 290, c. ppal). Lo anterior significaba que dentro de esa área no existían zonas por fuera de los planes y diseños mineros, hasta el punto que la autoridad minera otorgó la licencia para explotar toda la zona, tal como lo solicitó la licenciataria, es decir, sobre toda el parea de la explotación.

En esos términos no queda otra alternativa para la demandada que citar al trámite conciliatorio, debido a la inviabilidad de aplicar el artículo 70 del Decreto 2655 de 1988.

Como se lee, Sección Tercera del Consejo de Estado consideró que el artículo 70 del referido Código de Minas no era aplicable al caso del actor por cuanto que, si bien existía una superposición del área objeto de la solicitud de legalización y la que tenía el titular minero, lo cierto es que, la sociedad licenciataria incluyó toda el área de la zona de explotación objeto de la licencia 3799 en los planes y diseños mineros, tal y como se desprende de la resolución número 52272 que obra a folios 289 y 290 del expediente ordinario.

En efecto, mediante la resolución en comento, se aprecia que la autoridad minera otorgó licencia a Cementos del Caribe S.A. para explotar toda la zona, tal como lo solicitó esta última, conforme al proyecto Trabajos e Inversiones presentado que incluía toda el área.

No puede perderse de vista por el recurrente que, si bien su reparo se dirige a

demonstrar que el titular minero no explotaba la zona objeto de la licencia, lo cierto es que, de las pruebas allegadas al proceso ordinario, entre ellas, el informe de la Dirección General de Minas, como parte del programa de seguimiento y control a las explotaciones mineras del municipio de Ciénaga, Magdalena –zona en la que se incluye el área objeto de la solicitud de la legalización-, no se desprende que el titular de la licencia 3799 no ejerciera ninguna labor de exploración ni trabajos de explotación, pues en dicho informe solo se indicó que no se evidenciaba actividad por parte de los señores Juan Alberto Argote Yepes, Fabio José Cruz Bernal, María Elida Bedoya Cardona, Arnold Tete Barros, la sociedad Ultrafinos S.A. y la Compañía Minera El Mapache S.A. en las áreas de las licencias otorgadas, sin que se mencionara a Cementos del Caribe S.A. (fl. 358 del cuaderno principal del expediente ordinario).

De manera que, el artículo 70 del Código de Minas, solo era aplicable, siempre que de la superposición de áreas entre el explotador minero de hecho y el titular minero, existieran zonas no explotadas o que no se incluyeran en los planes y diseños mineros, sin embargo, esto no logró probarse efectivamente en el proceso ordinario.

En consideración a lo anterior, no es dable predicar un defecto sustantivo de la providencia acusada, en tanto que la autoridad judicial demandada, bajo un análisis certero y fundamentado, llegó a la conclusión, tal y como lo hizo el Ministerio de Minas y Energía, que no procedía la aplicación del artículo 70 que viene de indicarse.

ii) Defecto fáctico por falta de valoración de los medios probatorios que demostraban la actividad minera del actor previamente a la licencia 3799, y la pretermisión de la autoridad demandada de la etapa conciliatoria.

Sobre el punto el accionante afirma que, funcionarios del Ministerio de Minas y Energía efectuaron una visita técnica a la zona de explotación minera, de lo cual se concluyó que los trabajos de dicha actividad, realizados por el actor, tenían una antigüedad de siete años aproximadamente desde la fecha efectiva de la visita, es decir, previamente a que se concediera la licencia y, que se trataba de un proyecto de pequeña minería del cual se extraían 500 toneladas mensuales de material, lo que daba lugar a la legalización requerida.

Al respecto cabe aclarar que, una vez verificado el informe de la Dirección General de Minas cuyo objeto era el de “*verificar los trabajos de explotación que realiza la sociedad Cementos del Caribe S.A. en las áreas del contrato No. 4068 y de la Licencia No. 3799 en la jurisdicción del municipio de Ciénaga, Departamento del Magdalena*”, visible a folios 278 a 287 del cuaderno principal del expediente ordinario, no se advierte que la actividad minera de hecho desplegada por el actor, fuera anterior a la del titular minero bajo el amparo de la licencia 3799.

Ahora, si bien en el informe se indica que “*La Sociedad Cementos del Caribe S.A. es titular del Contrato de Concesión No. 4068 y de la Licencia de Explotación No. 3799, la citada sociedad efectúa trabajos de explotación en forma intermitente y*

por períodos, contratando con terceros los equipos para realizar estos trabajos", ello no sugiere que el titular minero no estuviera explotando la zona por no realizar un actividad minera indiscriminada del terreno.

De igual forma, aun cuando en las conclusiones que se consignan en el referido informe se indica que "*En el área del contrato No. 4068 se localizaron dos frentes abandonados, donde adelantaron trabajos de explotación la sociedad Calcáreos Ltda y otro donde se extrajo material para la adecuación de la vía Santa Marta Fundación*", lo cierto es que, los "frentes abandonados" a los que se refiere dicho concepto, corresponden al contrato de concesión 4068, y no a la licencia de explotación 3799, los cuales configuran dos títulos mineros diferentes.

En el caso que nos ocupa, la superposición de las zonas de explotación minera que alega el actor y de la cual debía aplicarse el artículo 70 descrito en párrafos precedentes, se predica de la licencia 3799 de la sociedad Cementos del Caribe S.A.

De manera que, tampoco está llamado a prosperar este cargo, en tanto que, tal y como lo consideró la autoridad judicial demandada, "*si el titular no hubiera incluido dentro de los planes y diseños presentados el área que fue solicitada por la demandante, en ese caso sí se podía aplicar lo preceptuado por el citado artículo 70 del Decreto 2655 de 1988 y concederle la legalización de minería de hecho solicitada*".

Igualmente, si bien el actor indica que tenía un mejor derecho que la sociedad cementera, en tanto que para el momento del fallo que se acusa la licencia 3799 se encontraba vencida, lo cierto es que, bajo el nuevo Código de Minas Cementos Argos S.A. solicitó la prórroga de la misma sin que a la fecha se haya resuelto esa solicitud; en todo caso, para la fecha en que el recurrente solicitó legalizar su explotación de hecho ante el Ministerio de Minas y Energía, el referido título aún se encontraba vigente.

De otro lado, en lo que respecta a la supuesta pretermisión de la etapa conciliatoria que preveía el artículo 7 del anterior Código de Minas, debe precisarse sobre este punto lo siguiente. El referido artículo establecía:

"En las superposiciones de áreas entre solicitudes de explotadores de hecho cuyos trabajos fueron anteriores al 30 de noviembre de 1993 y títulos mineros otorgados, las entidades administradoras de recursos naturales no renovables competentes, determinarán la aplicabilidad al caso del artículo 70 del Código de Minas o de la cláusula contractual que se haya acordado en igual sentido y, en subsidio, intentarán una conciliación entre las partes en conflicto. Es caso de que se logre un acuerdo parcial o total, el acta que se levante de la conciliación suscrita por los interesados, sus representantes o apoderados, será suficiente para que la entidad competente proceda a ejecutar lo conciliado."

De la norma en cita se desprende que ante una superposición de áreas entre solicitudes de explotadores de hecho y titulares mineros, las autoridades administradoras de recursos naturales no renovables determinarían: i) la aplicación del artículo 70 o de la cláusula contractual según el caso, o en subsidio ii) intentarían una conciliación entre las partes en conflicto.

Como viene de explicarse, en el caso que nos ocupa el Ministerio de Minas y Energía llegó a la conclusión de que el artículo 70 del Código de Minas no era aplicable, de manera que citó a las partes a conciliar, sin que dicha diligencia se pudiera llevar a cabo en tanto que el titular minero se abstuvó de asistir.

A juicio del actor, la autoridad minera debió convocar nuevamente a las partes a conciliar sin que se haya programado nuevamente la diligencia, lo que constituye una violación al debido proceso al pretermitirse una etapa legalmente prevista.

Al respecto, la Sección Tercera en la providencia atacada consideró que:

“Ahora, dentro de la conciliación, debe señalarse que desde el principio la sociedad Cementos del Caribe S.A., actualmente Argos S.A., mostró su falta de ánimo conciliatorio, tal como lo confirmó su defensa a lo largo del presente proceso, razón por la cual debe entenderse satisfecho este requisito. En ese orden tampoco están llamados a prosperar los argumentos de la demanda que afirmaban el indebido agotamiento de este trámite”

La Sala comparte los argumentos del juez ordinario al afirmar que era evidente la falta de ánimo conciliatorio de la sociedad Argos S.A., pues de haberlo tenido, habría acudido a la diligencia.

Debe precisarse que la norma señala que la autoridad minera, de manera subsidiaria, debía intentar una conciliación entre las partes, de modo que, dicha etapa no resultaba conminatoria; en efecto el Ministerio de Minas y Energía intentó llevar a cabo la diligencia sin éxito alguno ante la falta de asistencia del titular minero.

Ahora, la norma no indicaba que de no presentarse una de las partes a la cita de conciliación, esta debía oponer algún tipo de justificación. De manera que, de la inasistencia del titular minero fácilmente podía desprenderse su falta de ánimo conciliatorio, sin que la autoridad minera tuviera que exhortarlo a conciliar.

iii) Violación directa a la Constitución Política en desconocimiento del artículo 29 superior, por indebida vinculación de la sociedad Cementos del Caribe S.A. al proceso ordinario.

Frente a este último defecto huelga colegir que, si la parte actora presentaba una inconformidad con la integración del contradictorio, dispuesto así por la autoridad judicial demandada al vincular a la sociedad cementera como litisconsorte necesario por pasiva, así debió manifestarlo mediante los recursos de ley contra el

auto que ordenó su vinculación.

Con todo, el accionante se abstuvo de recurrir dicha decisión y solo hasta ahora, mediante este mecanismo excepcional y subsidiario, pretende derivar una nulidad procesal por indebida vinculación de la sociedad Cementos Argos S.A., al considerar que para el momento en que fue llamada al proceso, su licencia de explotación minera se encontraba vencida.

En consecuencia, dado el carácter subsidiario de esta acción, la Sala se abstendrá de analizar de fondo los argumentos planteados por el accionante, en lo que respecta a este punto.

Visto así el asunto, es claro que la decisión judicial demandada se encuentra ajustada a derecho, sin que logre evidenciar alguno de los defectos alegados por el actor, razón por la cual, la sentencia del veinticinco (25) de abril de dos mil dieciséis (2016) habrá de confirmarse en su integridad.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: Confírmase la sentencia del veinticinco (25) de abril de dos mil dieciséis (2016) proferida por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Notifíquese a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: En firme esta providencia, envíese el expediente número 11001-03-26-000-2001-00067-01 al Despacho de origen.

CUARTO: Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado