

Panamá, 17 de diciembre de 2004.

Su Excelencia

Manuel José Paredes

Viceministro de Comercio e Industrias (Comercio Interior)

E. S. D.

Con agrado le doy respuesta a su interesante *consulta administrativa de viabilidad de revocatoria* identificada nota No.D.M.N.1016D-04 de 27 de octubre de 2004, respecto de la posibilidad legal de revocar varios contratos de concesión minera.

En efecto se nos pregunta si pueden ser revocados los siguientes contratos de concesión para la exploración minera: 110, 111, 112 y 113.

La consulta específica.

Concretamente se nos señala lo siguiente:

“Con fundamento en el artículo 62 de la Ley 38 de 2000, tenemos a bien remitirle los expedientes que a continuación detallamos, para que emita su opinión al respecto; toda vez que dentro de los mismos hemos encontrados una serie de fallas administrativas, que pueden producir vicios de legalidad con relación a los mismos y consideramos que pueden ser objetos de revocatoria del acto administrativo, del numeral 2 del mencionado artículo 62 de la precipitada Ley 38 de 2000, a saber:

- Expediente AEI-EXPL2004-04 por el cual AURUM EXPLORATION. INC, solicita contrato de exploración;
- Expediente AEI-EXPL2004-07, por el cual AURUM EXPLORATION. INC, solicita contrato de exploración;
- Expediente AEI-EXPL2004-08, por el cual AURUM EXPLORATION. INC, solicita contrato de exploración;

- Expediente AEI-EXPL2004-10, por el cual AURUM EXPLORATION. INC, solicita contrato de exploración”.

Antecedente de hecho según la entidad consultante.

Entendemos que para la entidad consultante (en realidad desde lo que se afirma en los informes jurídicos) resaltan, sobre todo del contrato suscrito por las partes (la Administración y la empresa) y refrendado por la Contraloría General de la República, los siguientes hechos:

1. Error de tipo procedimentales:
 - a. Se aceptó una solicitud de exploración en un área en donde ya existía otra concesión, aunque esta ya había sido cancelada, sin embargo en dicha cancelación no se había ejecutoriado la resolución que canceló la primitiva concesión.
2. No se cumplió con la presentación de algunas correcciones hechas a los informes financieros y técnicos. Por ejemplo:
 - a. El cronograma se planificó en trimestres, y no en anualidades.
 - b. Se declaró elegible a la empresa sin que antes se hubieran presentado las correcciones a los informes técnicos, exigidos previamente por la administración.
3. En el contrato se han cometido ciertas imprecisiones conceptuales muy importantes tales como:
 - a. La normativa que hace de fuente del contrato lo son, tanto la legislación sobre recursos minerales metálicos (el Código de Recursos Minerales) y además, la que tiene que ver con recursos minerales no metálicos, o sea las Leyes 55 de 1973, 109 de 1973 y 32 de 1996.
 - b. En este sentido, no se precisó qué tipo específico de mineral conforma el objeto del contrato de concesión.
4. También se denuncia errores menores como:
 - a. Al indicarse el valor económico de la fianza, la cantidad numérica no coincide con su correspondiente expresión escrita.

- b. No mencionar que el Representante Legal de la empresa o cualquier otra persona, será la que estará a cargo de la ejecución del contenido de la obra de exploración.
- c. No consta que el Representante Legal de la empresa es extranjero de nacionalidad norteamericana.

Los hechos desde nuestra perspectiva

1. Entendemos que en el Ministerio de Comercio e Industrias, por medio de la Dirección General de Recursos Minerales, a través del Departamento de Minas y Canteras ha tramitado cuatro contratos de concesión minera con una misma empresa: AURUM EXPLORATION INC.
2. En estos cuatro casos la administración ha llegado hasta la etapa de suscripción y refrendo de los contratos, ya que luego del refrendo de la Contraloría General de la República, se ha detenido la actuación faltando tan sólo la debida publicidad de esos contratos en la Gaceta Oficial.
3. Debido a lo anterior el acto administrativo contractual aún no está en firme, ya que el procedimiento para su formalización establece que su última fase es la publicación en la Gaceta Oficial, y este paso aún no se ha cumplido.
4. La Administración ha detenido la publicación de esos contratos ya que, ha detectado serias irregularidades tanto en la tramitación precontractual, como en la propia esencia de los compromisos contractuales que asumiría la Nación.
5. Precisamente por esas irregularidades hoy en día la Administración conceptúa que dichos contratos deben ser revocados, según el numeral 2 del artículo 62 de la Ley 38 de 2000. Es decir por haber sido suscritos y refrendados en bases a declaraciones inexactas y falsas, de parte del presunto beneficiario: la empresa AURUM EXPLORATION INC (en lo sucesivo la Empresa).
6. Es en este momento en que interviene la Procuraduría de la Administración, ya que la Ley 38 de 2000 obliga a que antes de la revocatoria de actos administrativos en firmes, se surta el tramite de solicitar su opinión consultiva.

Cuestión de Derecho.

Todo parece indicar que el Ministerio de Comercio e Industrias (en lo sucesivo el consultante) plantea, según hemos visto, dos solicitudes:

1. Nuestra opinión consultiva respecto de la potencial revocatoria de cuatro actos contractuales, sustentado en la falsedad de las declaraciones y solicitudes de parte del beneficiario, y
2. Se sugiere que participemos en la revisión de la legalidad de aquella actuación precontractual de la Administración, habida cuenta de las serías irregularidades detectadas.

Para el cabal abordamiento de ambas propuestas temáticas, es oportuno transcribir la legislación directa y especialmente aplicable.

Derecho especialmente aplicable

"Artículo 62. Las entidades públicas solamente podrán revocar o anular de oficio **una resolución en firme** en la que se reconozcan o declaren derechos a favor de terceros, en los siguientes supuestos:

1. Si fuese emitida sin competencia para ello;
2. Cuando el beneficiario de ella haya incurrido en declaraciones o haya aportado pruebas falsas para obtenerla;
3. Si el afectado consiente en la revocatoria; y
4. Cuando así lo disponga una norma especial.

En todo caso, antes de la adopción de la medida a que se refiere este artículo, la entidad administrativa correspondiente solicitará opinión del Personero o Personera Municipal, si aquélla es de carácter municipal; del Fiscal o de la Fiscal de Circuito, si es de carácter provincial; y de la Procuradora o del Procurador de la Administración, si es de carácter nacional. Para ello se remitirán todos los elementos de juicio que sean conducentes al esclarecimiento de los hechos pertinentes.

En contra de la decisión de revocatoria o anulación, puede el interesado interponer, dentro de los términos correspondientes, los recursos que le reconoce la ley.

La facultad de revocar o anular de oficio un acto administrativo, no impide que cualquier tercero interesado pueda solicitarla, fundado en

causa legal, cuando el organismo o funcionario administrativo no lo haya hecho”.

Opinión de la Procuraduría de la Administración

En la primera parte y sobre la revocación, se analizarán dos ideas: el requisito de firmeza de los actos, y la necesidad de que las entidades consultantes, antes de la revocación, investiguen y prueben las causas de la potencial revocación.

1. Respetto de la forma de invocar la revocación.

a. ¿Qué actos administrativos pueden ser revocados?

Para un cabal entendimiento de lo que en este dictamen se indicará, parece oportuno tratar la cuestión relativa a uno de los requisitos para la procedencia el estudio de la viabilidad de la revocatoria administrativa: que el acto administrativo de tipo resolutivo esté en firme.

Requisito de firmeza del acto.

Una cuestión que consideramos previa y de especial significación jurídica es la relacionada a la aplicabilidad del artículo 62 de la Ley 38 de 2000, y en general la aplicación de la normativa en la revocación de los actos públicos.

La facultad de la administración de dejar sin efecto un acto administrativo **que consagra derechos**, es la excepción a la regla general de la seguridad jurídica y estabilidad de los actos públicos, por tanto; dicha revocatoria debe estar precedida del cumplimiento de un requisito importante: la debida ejecutoriedad del acto administrativo. Requisito este sin el cual no se puede desestimar el acto.

¿En qué consiste la revocación?

El postulado primario de la Ley 38 de 2000 en materia de revocación de los actos administrativos es el siguiente: Cuando un acto administrativo **haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreta o reconocido un derecho de igual categoría**, no podrá ser revocado, a menos que pruebe, por medio de una investigación administrativa, que se han cumplido alguno de los supuestos descritos en el artículo 62 de la Ley 38 de 2000.

Es decir, que el artículo 62 de la Ley 38 de 2000, prescribe que primero se debe tener certidumbre de que estamos ante actos administrativos que hayan creado una situación jurídica particular. Y para ello habría que preguntarse si el acto está en firme. O sea, si se han cumplido todos los procedimiento que exige la ley

especialmente aplicable, para su surgimiento como instrumento creador de una relación jurídica.

Es importante tener en cuenta que en el procedimiento contractual minero, el legislador ha establecido el mecanismo de la publicación de los actos resolutivos de la Administración, como una constante, a fin de que estos actos sean oponibles frente a terceras personas¹. Respecto de esta afirmación veamos lo normado por la ley.

En el Código de Recursos Minerales

“Artículo 26: Los contratos de concesiones mineras se celebrarán de acuerdo con las disposiciones de este Código. Los casos no previstos en los contratos de concesiones mineras se resolverán de acuerdo con las disposiciones del Código de Recursos Minerales vigentes en la fecha de su aplicación, su supletoriamente, con las disposiciones contenidas en las demás leyes de la República que sean pertinentes”.

“Artículo 27: El Director General de la Dirección General de Recursos Minerales expedirá las instrucciones necesarias para el cumplimiento de los preceptos de este Código y de los decretos reglamentarios”.

“Artículo 177. Toda decisión de elegibilidad deberá notificarse personalmente al petitionario o proponente y se hará publicar en la Gaceta oficial”.

“Artículo 290. Las resoluciones relacionadas con insubsistencia, expiración, nulidad o cancelación deberán notificarse y publicarse por una vez en la Gaceta Oficial”.

¹ En cuanto a la oponibilidad, frente a terceros, de los actos administrativos es destacable lo preceptuado en el artículo 46 de la Ley 38 de 2000. veamos: **“Artículo 46.** Las órdenes y demás actos administrativos en firme, del Gobierno Central o de las entidades descentralizadas de carácter individual, tienen fuerza obligatoria inmediata, y serán aplicados mientras sus efectos no sean suspendidos, no se declaren contrarios a la Constitución Política, a la ley o a los reglamentos generales por los tribunales competentes.

Los decretos, resoluciones y demás actos administrativos reglamentarios o aquellos que contengan normas de efecto general, sólo serán aplicables desde su promulgación en la Gaceta Oficial, salvo que el instrumento respectivo establezca su vigencia para una fecha posterior”.

En la Ley 109 de 8 de octubre de 1974

“Artículo 2: Los contratos serán celebrados por la Nación representada por el Ministerio de Comercio e Industrias, y el peticionario y requerirán para su validez el refrendo del Contralor General de la República.

Estos contratos entrarán en vigencia a partir de su publicación en la Gaceta Oficial”. (la negrita es nuestra)

Así las cosas, la Ley (que en esta materia es norma de carácter supletoria) establece que, en cuanto al otorgamiento de concesiones mineras, el contrato de concesión, debe ser publicado en la Gaceta Oficial.

En este orden de ideas, según la propia entidad consultante, este acto de publicación no se ha realizado, motivo por lo cual, no se puede afirmar que el contrato esté en firme.

Por lo expresado no podría afirmarse que el contrato de concesión minera, ha nacido a la vida jurídica para establecer relaciones de derechos y obligaciones entre la empresa AURUM EXPLORATION INC y la Administración Activa. Así pues, al no haberse cumplido con este supuesto, mal podríamos emitir un concepto favorable a la revocación de ese acto administrativo imperfecto.

b. Necesidad de que las entidades consultantes, investiguen y prueben las causas de la potencial revocación, antes de proceder a ella (a la revocación).

La Procuraduría de la Administración ya en un numero plural de dictámenes ha señalado que, si bien tenemos el deber de emitir un pronunciamiento respecto de la potencial revocatoria de los actos de la administración, “exhortamos a las entidades consultantes, a tener presente en caso de revocatoria de un acto administrativo, que los servidores públicos responsables, se ciñan a lo estipulado en el artículo 62 de la Ley 38 del 2000, para lo cual **deben, previamente, evaluar la procedencia o no de la revocatoria** a la luz de las disposiciones legales vigentes contenidas en la Ley 38 mencionada²”.

En esta misma línea conceptual hemos indicado que “la institución consultante deberá elevar su solicitud de opinión con fundamento en los artículos 6, numeral 1 y 62 de la Ley 38 de 2000, y deberá incluir su criterio legal, el cual **debe reflejar el análisis y confrontación de los hechos** con el Derecho aplicable a cada

² Ver Circular N°DPA-003/2003. <http://www.procuraduria-admon.gob.pa>

caso, o sea, debe referirse al Acto Administrativo objeto de la solicitud de opinión³".

Para el caso concreto, las ideas precedentes tienen el significado de que, sin las constataciones procesales contenidas en los expedientes administrativos; no podría la Procuraduría, sin ser el ente activo de los actos administrativos, determinar, si la empresa ha actuado de manera maliciosa, brindando información falsa.

c. Conclusión en cuanto a la forma de invocar la revocación.

1. La Procuraduría de la Administración no puede, por medio de un dictamen de este tipo, pronunciarse sin que antes, los actos que se revisan no están en firme.
2. O sea que si los actos administrativos que se pretenden revocar, aún no han cumplido con todas las fases o etapas para su formación, simplemente no están en firme y por tanto, no se pueden revocar.
3. Y precisamente, de las declaraciones de la entidad consultantes se desprende que, los contratos que se pretenden revocar, aún les falta la fase de su publicación en la Gaceta Oficial.
4. Por otra parte, no es posible deducir los hechos o situaciones de trascendencia jurídica de suposiciones o presunciones sino "de la naturaleza y lenguaje mismo de la ley". Por lo tanto, no podemos pronunciarnos, por medio de un dictamen de viabilidad de revocación, sobre la presunta ilegalidad de los actos que aún no están en firme, y de los cuales no se ha probado, de parte de la entidad consultante, que haya surgido irregularidades investigadas y probadas en sede administrativa.
5. En este sentido, para nosotros es preciso preservar en todo dictamen la medida de las cosas y no hacer estudios extrajurídicos sobre la base de presuntas motivaciones de los actos administrativos.
6. En otras palabras, la Procuraduría no está facultada para hacer una **valoración de merito o conveniencia** de una serie de actos administrativos contractuales, y ello es así, ya que nuestros criterios son estrictamente jurídicos y no estamos facultados para hacer juicios de valor respecto de los posibles motivos o justificaciones que se hayan tenido, al momento de emitirse actos que en la actualidad, están revestidos, a tenor

³ Ver Circular N°DPA-004/2004. <http://www.procuraduria-admon.gob.pa>

de lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley 38 de 2000,⁴ de la presunción de legalidad.

7. Ciertamente, no podríamos intentar hacer una valoración de los motivos del acto ya que, al no tener directa relación con los documentos y procedimientos realizados, no tendríamos elementos objetivos de juicio. Es aquí donde cobra vital importancia las investigaciones que, a lo interno del MICI, se adelanten tendientes a verificar que la actuación administrativa se haya apegado a derecho.

2. Cuestión de Fondo: ¿Qué consecuencias jurídicas establece la ley para los errores precontractuales, en materia de minería?

Por lo indicado en las cuestiones previas al presente aparte, nos permitimos emitir nuestra opinión consultiva de fondo respecto del segundo de los asuntos de derecho planteados⁵, no sin antes hacer una aclaración de tipo competencial: en materia de la interpretación de las reglas de la contratación pública, a la luz de lo establecido en el numeral 2 del artículo 7 de la ley 56 de 1995, es el Ministerio de Economía y Finanzas (específicamente la Dirección de Contrataciones Públicas) la entidad especializada para pronunciarse a este respecto. Veamos:

⁴ “**Artículo 46.** Las órdenes y demás actos administrativos en firme, del Gobierno Central o de las entidades descentralizadas de carácter individual, tienen fuerza obligatoria inmediata, y serán aplicados mientras sus efectos no sean suspendidos, no se declaren contrarios a la Constitución Política, a la ley o a los reglamentos generales por los tribunales competentes.

Los decretos, resoluciones y demás actos administrativos reglamentarios o aquellos que contengan normas de efecto general, sólo serán aplicables desde su promulgación en la Gaceta Oficial, salvo que el instrumento respectivo establezca su vigencia para una fecha posterior”.

⁵ En este sentido parafraseando al pensador estadounidense Oliver Wendell Holmes en su famosa obra *Common Law*, y más específicamente su famosa frase, ya escrita en la primera página de su *Common Law*, que rezaba: “*No ha sido la Lógica la vida del derecho, sino la experiencia*”, podríamos decir que, el derecho por aplicarse en este caso no surge de la simple interpretación de la norma jurídica, vista esta como un silogismo, sino de la constatación fáctica de hechos que configuran ese supuesto normativo. En este mismo sentido sigue diciendo el citado autor que “las necesidades sentidas por los pueblos, las creencias y prejuicios de los jueces, que comparten con el resto de los humanos, han jugado un papel más importante que el *silogismo* en determinar las reglas según las cuales los hombres deben ser gobernados. El derecho da forma a la historia del desarrollo de una nación a través de muchos siglos, y no puede ser abordado como si contuviera únicamente los axiomas y corolarios de un libro de matemáticas”. O sea que, la Procuraduría de la Administración, sin ser la propia Administración Activa; no está facultada para hacer de una examen interpretativo de la ley (el silogismo o el axioma), una valoración de actos humanos, de los cuales no se tienen plena certeza.

“Artículo 7. Competencia del Ministerio de Hacienda y Tesoro⁶.”

El sistema de contratación pública será realizado en forma descentralizada por las entidades contratantes. El Ministerio de Hacienda y Tesoro, no obstante, será la entidad normativa y fiscalizadora del sistema, sin perjuicio de las funciones de control fiscal que deba ejercer la Contraloría General de la República.

En consecuencia, corresponde al Ministerio de Hacienda y Tesoro:

1. Elaborar las especificaciones o condiciones generales que sirvan de base a todos los procedimientos de selección de contratistas.
2. Absolver consultas sobre cualquier aspecto de un procedimiento de selección de contratista o de una contratación pública, que se esté desarrollando.
3. Intervenir en la atención de las quejas que formulen los participantes en los procedimientos de selección de contratistas, y dejar constancia de lo actuado en el expediente del acto público de que se trate.
4. Ordenar la realización de trámites fijados por los distintos procedimientos de selección de contratistas que hayan sido omitidos, u ordenar la corrección o el cese de aquellos realizados en contravención a esta Ley o su reglamento, de oficio o a petición de cualquiera de los participantes en tales procedimientos.
5. Elaborar instructivos y reglas para el correcto desenvolvimiento y regularidad de los procedimientos de selección de contratistas, que regula la presente Ley”.

Vista así las cosas nos pronunciaremos respecto de la actuación administrativa en sí misma, y le recomendamos que lo relativo a los validez de los actos precontractuales se remita al Ministerio de Economía y Finanzas, según lo indicado antes.

Las irregularidades, que según se informa se ha conformado en “vicios de legalidad”, podemos clasificarlas según sean meramente procedimentales y otras que preferimos llamar sustantivas. Veamos las primeras.

Fallas administrativas procedimentales.

De los hechos descritos por la entidad consultante puede afirmarse que, la propia administración ha cometido errores administrativos relacionados con el incumplimiento de requisitos básicos de toda solicitud de exploración minera. Veamos estos requisitos según la ley (en realidad en el Decreto Ley 23 de 22 de

⁶ Hoy día Ministerio de Economía y Finanzas

agosto de 1963 mejor conocido como Código de Recursos Minerales) y las propias normas publicadas en el sitio de Internet del Ministerio de Comercio e Industrias.

Requisitos en el Decreto Ley 23 de 1963⁷

“Artículo 150. Toda solicitud u oferta deberá contener la siguiente información:

1. Un encabezamiento que explique en términos generales la naturaleza de la solicitud u oferta y que indique el símbolo de identificación pertinente a los asuntos tratados en la solicitud u oferta, en caso de que se haya asignado un símbolo anteriormente.
2. El nombre de la persona que presente la solicitud u oferta y la siguiente información.
 - a) En el caso de una persona natural, el número de la cédula de identidad personal, estado civil, nacionalidad, domicilio y dirección en la República donde recibirá notificaciones y citaciones; o
 - b) ...”.

“Artículo 151.- Se deberán adjuntar una declaración jurada de toda solicitud u oferta la cual deberá aparecer en los originales y en las copias. La declaración será firmada por el solicitante o por la persona autorizada para actuar por el solicitante. Si el documento no se firma en la presencia del registrador o de cualquier otro funcionario a quien se deba presentar el documentos de acuerdo con la ley, la firma deberá ser legalizada ante una Notario Público”.

“Artículo 155. En el caso de una solicitud u oferta para una concesión de exploración o extracción, o para la modificación de la superficie o configuración de la zona comprendida por tal concesión, se requerirán los nombres de los minerales específicos o de la clasificación minera, la descripción de la localización y límites de las zonas afectadas, la superficie en hectáreas, y los mapas apropiados, incluyendo fotografías aéreas que se soliciten, si están disponibles”.

⁷ Publicado en la Gaceta Oficial 15, 162 de 13 de julio de 1964.

En la Ley 32 de 9 de febrero de 1996⁸

“**Artículo 7.** El artículo 1 de la Ley 109 1973 queda así:

Artículo 1. Cualquier persona natural panameña, o cualquier persona jurídica, organizada y construida en Panamá, podrá solicitar al Ministerio de Comercio e Industrias, a través de su Dirección General de Recursos Minerales, la celebración de un contrato para la explotación de piedra caliza, arena, piedra de cantera, tosca, arcilla, grava, ripio, cascajo, feldespato, yeso y otros minerales no metálicos, utilizados como materiales de construcción, cerámicos, refractarios y metalúrgicos, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 3 de la Ley 109 de 1973. La Comisión Consultiva de Concesiones para las Exploraciones y Explotaciones de Minerales no Metálicos, deberá presentar su informe en un plazo no mayor de sesenta (60) días calendario, contados a partir de la fecha en que se solicite su opinión.

PARÁGRAFO: La Dirección de General de Recursos Minerales del MICI, deberá tomar en cuenta las concesiones respectivas, la recomendación de la Comisión antes mencionada”.

“**Artículo 38:** Todo permiso de reconocimiento superficial y las concesiones de exploración comprenderán todas las clases de minerales previstos en este Código. Las Concesiones de extracción se otorgarán para uno o más minerales específicos, dentro de una sola clase de mineral”.

Requisitos según las directrices publicadas en el sitio de Internet del MICI

“La Dirección General de Recursos Minerales, de conformidad con el Art. 27 del Código de Recursos Minerales, hace saber que las solicitudes para concesiones de **Minerales No - Metálicos** deben ser acompañados de los siguientes documentos:

PARA SOLICITUDES DE EXPLORACION:

1. Poder para que un Abogado representante a la persona natural o jurídica (notariado y en papel habilitado).
2. Memorial de solicitud dirigido el Ministerio de Comercio e Industrias por conducto de la Dirección General de Recursos Minerales, (en papel habilitado).

⁸ Publicada en la Gaceta Oficial 22, 975 de 14 de febrero de 1996.

3. Pacto Social de la empresa (copia autenticada).
4. Certificado del Registro Público con indicaciones de la existencia Legal de la sociedad, Directores Representante Legal y Dignatarios. (con timbres).
5. Planos Mineros e Informe de descripción de zonas, de acuerdo al reglamento DGRM-98-65 (preparados por un Ing. de Minas, autorizado por la DGRM).
6. Declaración Jurada (Notariada o firmada ante el Registrador, en papel habilitado).
7. Capacidad Financiera (Carta Bancaria con cifras o Balances de Situación y Folletos ilustrativos de la empresa).
8. Capacidad Técnica (carta de profesional idóneo responsable, que trabaja para la empresa, con lista de personal técnico, historial, diplomas, etc).
9. Plan Anual de Trabajo (Detalles técnicos, inversión, cronograma, metodología etc).
10. Certificado del Registro Público, Catastro Rural, (con timbres) donde conste el nombre de los dueños de las fincas afectadas por la solicitud, con su palono de catrasto 1:50,000.
11. Declaración de Razones por las cuales sería conveniente acceder a lo solicitado.
12. Comprobante del pago de Cuota Inicial de B/.100.00 (sólo para exploración).

PARA SOLICITUDES DE EXTRACCION SE DEBE ADICIONAR:

- a. Propuesta de Prima (Art. 20 del Código de Recursos Minerales).
- b. Informe detallado de Evaluación del Yacimiento objeto de explotación).
- c. Informe Ambiental (Preliminar, Reconocimiento y Viabilidad).
Todos los documentos deben presentarse en original y dos copias, los Planos y el Informe Ambiental en original y tres copias.

PARA SOLICITUDES DE EXTRACCIÓN SE DEBE ADICIONAR A LOS 12 PUNTOS ANTERIORES:

1. Informe de Evaluación del Yacimiento (incluye geología, mapas, fotografías, perfiles, puntos de muestreos, cubicación del mineral análisis químico o físico y petrográfico de 3 muestras diferentes, métodos y equipos de extracción, uso de mineral, etc.), preparado por un Ingeniero de Minas, Ingeniero Geólogo o Geólogo Autorizado por la DGRM.

2. Informe Ambiental (Preliminar, Reconocimiento y Viabilidad).
3. Cuota Inicial de B/. 125.00 (solo para extracción).

Todos los documentos deben presentarse en Original y dos copias, los Planos en original y tres copias y los informes Ambientales en Original y 7 copias, como lo señala la Ley General del Ambiente. (dependiendo de la Categoría)".

Si observamos con detenimiento las irregularidades que se informan en la nota A.L.807 /04 de 18 de octubre de 2004, por medio de la cual la Dirección de Asesoría Legal arriba a la conclusión que, el particular: la empresa, ha engañado a la Administración al punto de que debe ser sancionada con la revocación de esos cuatro contratos, y que ya se han visto en el apartado denominado "**Antecedente de hecho según la entidad consultante**"; podemos concluir que se han suscitado irregularidades previas a la etapa del contrato, durante la negociación del contrato y posteriores de la misma etapa de negociación contractual. Veamos:

- Irregularidades respecto de la fase previa de admisibilidad de la solicitud de contrato de exploración.

Antes de conceder una licencia de exploración minera, la Administración debe estar segura que el área o espacio físico, no está siendo explorado legítimamente (con permisos y concesiones previas) por otra empresa.

Y precisamente, una de las irregularidades detectadas por el MICI ha sido el hecho de que, en dos de las solicitudes⁹ se han adelantado los procesos de autorización de una nueva concesión minera de exploración (a favor de la empresa AURUM EXPLORATION INC), sin que antes se le haya dado a las antiguas concesionarias, la oportunidad de oponerse a la cancelación de las antiguas concesiones.

Según el informe DGRM-MC-S/N de 8 de octubre de 2004, "no se consideró el término de cinco días posteriores a la desfijación del edicto. El edicto se desfijó el 19 de abril de 2004 y la resolución de Cancelación se publicó en la Gaceta Oficial el 23 de abril de 2004".

⁹ Relacionada con los contratos números No-110 y No. 113 , según nota DGRM-MS/N del 8 de octubre de 2004.

De esta irregularidad se desprenden dos situaciones:

- a. Por un lado que antes de la notificación oficial se declaró la cancelación, o sea que el acto de notificación no se había surtido, por lo cual no se podía haber cancelado, y
- b. Por otra parte, y esto es lo más grave, que según lo ordena la ley una vez se cancela la concesión esa área de concesión se presume como área de reserva y por lo tanto no puede ser adjudicada, salvo que sea el Poder Ejecutivo el que levante dicha reserva.

Veamos las norma aplicables en cuanto a la notificación por edicto.

En la Ley 38 de 2000.

“Artículo 90. Las notificaciones a las partes deberán hacerse siempre por medio de edicto, salvo en los casos que más adelante se expresan. El edicto contendrá la expresión del proceso en que ha de hacerse la notificación, la fecha y la parte dispositiva de la resolución que deba notificarse. Será fijado al día siguiente de dictada la resolución y su fijación durará un día. Este edicto se agregará al expediente con expresión del día y hora de su fijación y desfijación. Desde la fecha y hora de su desfijación, se entenderá hecha la notificación.

Los edictos llevarán una enumeración continua y con las copias de cada uno de ellos se formará un cuaderno que se conservará en secretaría. Los originales se agregarán al expediente ”.

En el Código de Recursos Minerales

“Artículo 313. Deberán publicarse en la Gaceta Oficial los siguientes documentos:

- a) Las resoluciones que establezcan o modifiquen Áreas de reservas o Minerales de Reserva;

...”.

“Artículo 314. Todos los asuntos que deban publicarse en la Gaceta Oficial deberán comunicarse por nota a la parte interesada y fijarse en la tablilla de Avisos de la Dirección General de Recursos Minerales. Los edictos deberán fijarse después de transcurrido un período de veinticuatro (24) horas de haberse dictado la resolución o

instrumento pertinente y continuarán fijados por un período de tres (3) días”.

“**Artículo 315.** Deberán notificarse personalmente los siguientes asuntos:

a)

...

e) Cualquier acción relativa a la modificación, prórroga, extensión, transformación, renuncia, expiración, vencimiento, **cancelación de una concesión minera**; y

...

Parágrafo: En caso de notificación de quien no se conozca su paradero, se seguirá el procedimiento del Código Judicial para la notificación del ausente”. (la negrita es nuestra)

Desprendido del informe identificado DGRM-MC-461-2004, observamos que “se notificó por edicto a la empresa a la cual se le cancelaría la concesión, y luego de tres días, se declaró formalmente dicha cancelación”. No obstante, entendemos que la Administración Activa opina que se ha debido esperar, luego de la desfijación del edicto, cinco día más, para suponer que se ha dado el tramite de comunicación y luego proceder a la declaratoria de cancelación de la concesión.

Desde nuestra perspectiva jurídica, la norma especialmente aplicable en materia de notificaciones por edicto, es el artículo 90 de la Ley 38 de 2000, ya que a partir de ella, el vacío de ley de carácter procesal en la vía gubernativa, se debe llenar por su aplicación supletoria. Esto a tenor de lo señalado en el artículo 37 de la misma veamos:

“**Artículo 37.** Esta Ley se aplica a todos los procesos administrativos que se surtan en cualquier dependencia estatal, sea de la administración central, descentralizada o local, incluyendo las empresas estatales, salvo que exista una norma o ley especial que regule un procedimiento para casos o materias específicas. En este último supuesto, si tales leyes especiales contienen lagunas sobre aspectos básicos o trámites importantes contemplados en la presente Ley, tales vacíos deberán superarse mediante la aplicación de las normas de esta Ley”.

Así las cosas, en lugar del Código Judicial¹⁰ se debe aplicar lo dispuesto en el artículo 90 de la mencionada Ley 38 que establece el procedimiento administrativo general.

Y precisamente en esta ley se establece que “desde la fecha y hora de su desfijación, se entenderá hecha la notificación”.

Con independencia de esta norma, en esta línea de pensamiento, habría que exigir, a la luz de lo establecido en la norma especialmente aplicable¹¹, es decir los artículos 313, 314 y 315 del Código de Recursos Mineros, los cuales son del tenor siguiente:

- i. Si no se ha localizado a la empresa a la cual se le cancelará la concesión, para notificarla personalmente, se le puede notificar por edicto, según lo establecido en el artículo 90 de la Ley 38 de 2000.
- ii. Antes de la publicación del edicto se le ha debido enviar al interesado (notificado) una nota, que diga que esa publicación se hará vía edictal y luego deberá ser publicada en la Gaceta Oficial. (ver artículo 314).
- iii. El edicto ha debido ser mantenido en el tablero de la Dirección General de Recursos Minerales por un periodo de tres días. (ver artículo 314).
- iv. Una vez cumplido la fase de la desfijación del edicto se debe asumir que ya se ha dado la notificación (artículo 90 de la Ley 38 de 2000).
- v. Luego se debe publicar en la Gaceta Oficial la resolución de cancelación de la concesión. (ver artículos 314 y 315)

Para concluir debemos señalar, que luego de la publicación edictal, se debió publicar la resolución que cancelaba la concesión, esto para la constancia de la cancelación del contrato anterior. De no procederse de esa manera, se habría incurrido en un vicio fundamental del procedimiento a la luz de lo dispuesto en los artículos 52 y 55 de la Ley 38 de 2000, veamos:

“Artículo 52. Se incurre en vicio de nulidad absoluta en los actos administrativos dictados, en los siguientes casos:

1. Cuando así esté expresamente determinado por una norma constitucional o legal;
2. Si se dictan por autoridades incompetentes;

¹⁰ Que dicho sea de paso regula de idéntica manera que la Ley 38 de 2000, la materia de las notificaciones por edicto.

¹¹ Esto por mandato expreso del propio artículo 37 de la Ley 38 de 2000.

3. Cuando su contenido sea imposible o sea constitutivo de delito;
4. **Si se dictan con prescindencia u omisión absoluta de trámites fundamentales que impliquen violación del debido proceso legal;**
5. Cuando se graven, condenen o sancionen por un tributo fiscal, un cargo o causa distintos de aquellos que fueron formulados al interesado". (la negrita es de la Procuraduría de la Administración).

Artículo 55. La nulidad se decretará para evitar indefensión, afectación de derechos de terceros o para restablecer el curso normal del proceso".

Ahora bien, si a los antiguos concesionarios afectados por esta irregularidad estudiada, no han presentado sus respectivas acciones de nulidad, la Administración, "antes de dictar una resolución o de fallar", según lo dispuesto en el artículo 54 de la Ley 38 de 2000¹², debe o ha debido mandar "que ella (la causal de nulidad) se ponga en conocimiento de las partes, para que dentro de los tres días siguientes a su notificación puedan pedir la anulación de lo actuado".

Es decir que la declaratoria de este tipo especial de nulidad no es oficiosa. El particular debe saber que puede alegarla, y en consecuencia, luego la Administración puede declararla o subsanarla.

Las norma aplicables en cuanto a declaratoria de reserva.

Artículo 30: Se convertirán en Áreas de Reservas todas las zonas o partes de las mismas, que sean desistidas o devueltas a la Nación en virtud de haber expirado o terminado las concesiones mineras, ya sea por vencimiento, renuncia o cancelación".

Artículo 32: Las áreas de reserva establecidas de conformidad con el Artículo 29 podrán ser incorporadas al régimen de concesiones mineras mediante ley de la República. Las áreas de reserva establecidas por el Órgano Ejecutivo las que se conviertan en áreas de reserva por devolución de áreas a la Nación, podrán incorporarse al régimen de concesiones mineras para llevar a cabo operaciones de exploración y

¹² **Artículo 54.** El funcionario que conozca de un proceso y que, antes de dictar una resolución o de fallar, observare que se ha incurrido en alguna causal de nulidad que sea convalidable, mandará que ella se ponga en conocimiento de las partes, para que dentro de los tres días siguientes a su notificación puedan pedir la anulación de lo actuado.

Cuando la causal de nulidad sea observada en un organismo colegiado y el proceso estuviere para fallar, le corresponde al sustanciador ponerla en conocimiento de las partes".

extracción por medio de Resolución del Órgano Ejecutivo. En los casos en que el Órgano Ejecutivo considere conveniente que se incorporen a un régimen especial de concesiones mineras determinadas áreas de reserva establecidas mediante Resoluciones Ejecutivas o por devolución de áreas a la Nación, así lo solicitará al Órgano Legislativo o al organismo que ejerza funciones legislativas.

El régimen jurídico especial será establecido mediante ley que se dicte en cada caso, estableciendo el procedimiento para adjudicarla y las condiciones que se aplicarán a las concesiones que se otorguen de acuerdo con las mismas. Se aplicarán en forma supletoria las disposiciones del Código de Recursos Minerales que no se opongan a la ley que establezca el régimen especial de que se trate”.

“Artículo 290. Las resoluciones relacionadas con insubsistencia, expiración, nulidad o cancelación deberán notificarse y publicarse por una vez en la Gaceta Oficial”.

Si bien en los expedientes administrativos remitidos por la entidad consultante, no se desprende que haya habido, luego de la declaratoria de cancelación de las primeras concesiones, una Resolución que declare la reserva de esas áreas, conforme el artículo 30 del Código Minero se presume que, al cancelarse las concesiones, esas tierras quedan o han debido quedar como áreas de reserva.

Para desafectar tal reserva ha debido emitirse una **resolución ejecutiva**, que liberara dichas tierras de la restricción que impone el ser zona de reserva. Ciertamente al decirse que la resolución de desafectación o de incorporación, de las tierras de reserva, al régimen de concesión; se ha debido emitir un acto administrativo formal suscrito tanto por el Presidente de la República con el Ministro del ramo.

Por esta razón debemos coincidir con el informe del 8 de octubre de 2004, de la Dirección General de Recursos Minerales, en el sentido de que la firma del Ministro por sí sola, no es idónea para que surja a la vida jurídica la incorporación al régimen de concesión de un área que la ley presume, debe tener el carácter de zona de reserva.

Conclusión particular.

Por lo indicado creemos que esas dos irregularidades respecto de la fase previa de admisibilidad de la solicitud de contrato de exploración, son de tan graves

consecuencias que podían haber viciado de nulidad los actos previos a la contratación.

No obstante lo anterior, es importante no perder de perspectiva que, al tratarse de potenciales irregularidades que afectan o benefician a una de dos partes, las nulidades, en todo caso, han debido ser reclamadas por las personas interesadas, que en estos casos serían las empresas a las cuales se les canceló sus concesiones. O sea que, no pueden ser declaradas de oficio, a la luz de lo establecido por la Ley 38 de 2000.

- Las irregularidades relacionadas la presentación de algunas correcciones hechas a los informes financieros y técnicos. Por ejemplo:
 1. El cronograma se planificó en trimestres, y no en anualidades.
 2. Se declaró elegible a la empresa sin que antes se hubieran presentado las correcciones a los informes técnicos, exigidos previamente por la administración.

Si bien la Administración, antes de firmar los contratos, debió exigir se cumpliera con la aclaración de puntos oscuros en los informes exigidos por la ley, el hecho de que no lo haya hecho y además haya dado seguimiento a los procesos de concesión; ella misma subsanó dichos vicios y como quiera que en la actualidad no se ha cumplido el proceso de negociación, puede y debe, exigir que la información se entregue de manera completa.

Ahora bien, es igualmente importante recordar que estos son errores de la Administración. O sea que, al menos con la información con que contamos, no podríamos afirmar que son imputables a la empresa. Por tanto, no creemos que se pueda afirmar, desde las constancias documentales existentes que el particular haya engañado a la administración, pues ésta debió exigir que se le entregaran dichos informes.

Si lo anterior es así, no puede señalarse que se incumplió la norma por haber falseado la información, sino que simplemente, los funcionarios no le dieron continuidad a la labor de supervisión y corroboración del cumplimiento de los requisitos para el otorgamiento de la concesión minera.

- Las irregularidades relacionadas con la redacción del contrato.

Como quiera que el contrato de concesión aún no está en firme, según se ha visto previamente ya que le falta la fase de su publicación en la Gaceta Oficial; aquellas imprecisiones conceptuales muy importantes como que: La normativa que hace de

fuente del contrato lo son, tanto la legislación sobre recursos minerales metálicos (el Código de Recursos Minerales) y además, la que tiene que ver con recursos minerales no metálicos, o sea las Leyes 55 de 1973, 109 de 1973 y 32 de 1996; aún puede ser corregida. Esto es así ya que, a nuestro juicio, aún la Administración tiene oportunidad para subsanar esos actos. Esto según lo establecido en los artículos 52, 53, 56 y 57 de la Ley 38 de 2000. Veamos:

“Artículo 53. Fuera de los supuestos contenidos en el artículo anterior, será meramente anulable, conforme a las normas contenidas en este Título, todo acto que incurra en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder”.

“Artículo 54. El funcionario que conozca de un proceso y que, antes de dictar una resolución o de fallar, observare que se ha incurrido en alguna causal de nulidad que sea convalidable, mandará que ella se ponga en conocimiento de las partes, para que dentro de los tres días siguientes a su notificación puedan pedir la anulación de lo actuado.

Cuando la causal de nulidad sea observada en un organismo colegiado y el proceso estuviere para fallar, le corresponde al sustanciador ponerla en conocimiento de las partes”.

“Artículo 56. La invalidez parcial de un acto administrativo no implicará la de las demás partes de éste que sean independientes de aquélla”.

“Artículo 57. La autoridad que declare la nulidad de actuaciones dispondrá siempre la conservación de aquellos actos y trámites, cuyos contenidos no resulten afectados por la nulidad”.

Otros yerros del contrato.

Esas imprecisiones se relacionan con:

6. Constar en letras el valor de la fianza y otro valor en número.
7. No aparece el Representante Legal de la empresa o cualquier otra persona, a cargo de la ejecución de la obra de exploración.
8. No consta que el Representante Legal de la empresa es extranjero.

Estos yerros bien podrían ser superados con la nueva renegociación del contrato, según las ideas planteadas en este análisis.

d. En cuanto al objeto del contrato.

Si bien coincidimos con la entidad consultante, en el sentido de que en los diversos contratos no se precisó qué tipo específico de mineral conforma el objeto del contrato de concesión, todavía se está a tiempo para negociar con la empresa respecto de esta aclaración convencional. Claro está, este paso debería darse como consecuencia de una renegociación con la empresa.

En este sentido, de las diversas solicitudes de la empresa se desprende que ella pidió ser beneficiaria de una concesión de exploración de minerales metálicos (oro y otros). O sea que, dicha negociación (más bien aclaración) no debe acarrear un problema para su saneamiento procesal, ya que la propia empresa definió el objeto del contrato, en el sentido de que fuera para exploración de recursos mineros **metálicos**.

De las probanzas documentales se desprende que, lo que pudo haber ocurrido fue que luego en la redacción de los contratos, no se tuvo el cuidado de conceder **solamente lo que se pidió, sino que se concedió extra petitas.**

En otro orden de ideas, ¿qué podría pasar si la empresa se niega a que se precise el objeto del contrato?

Como quiera que la determinación del objeto del contrato minero, es decir la especificación de qué tipo de recursos mineros, serán objeto de exploración, tratándose de un requisito de la esencia de todo acuerdo de voluntades, sí se estaría frente a una causal de nulidad absoluta del contrato. Pero recordemos que aún no hay un contrato ya que este no se ha perfeccionado por su falta de publicación. Por ello, procede su negociación y redactarlo según los intereses de las partes.

Tal como lo establece tanto la Ley de Contrataciones Públicas como el Código Civil, el vicio en el objeto del contrato es una causal de la esencia, por lo cual la empresa no podría negarse a revisar la actual redacción de los cuatro contratos que se negocian.

CONCLUSIÓN GENERAL

Luego del estudio de las constancias documentales remitidas por la entidad consultantes debemos señalar lo siguiente:

1. La Procuraduría de la Administración no está facultada por la ley para emitir dictámenes consultivos, relacionados con la revocación de actos que, aún no están en firme. Ciertamente, la legislación directa y particularmente

aplicable a este caso, exige que los contratos de concesión minera sean publicados en la Gaceta Oficial, como una medida para que ellos nazcan a la vida jurídica y por tanto, sean oponibles a terceros.

2. Por otra parte, con independencia de la imposibilidad de aplicar las medidas de revocatoria, ya en el fondo de la consulta, es de suyo afirmar que de los documentos presentados se infiere que, si bien han habido irregularidades procesales, la mayoría han obedecido a la propia actuación administrativa. Por ejemplo el no exigir que se presentaran los informes completos para la otorgamiento de la concesión.
3. La Administración no ha podido probar (al menos desde la nota No. D.M.N.1016D-04 de veintisiete de octubre de dos mil cuatro), por virtud de una argumentación específica, según lo han exigidos las circulares de la Procuraduría de la Administración, que la empresa actuó de mala fe, en el sentido de haber engañado.
4. Si bien la administración no puede declarar la nulidad de actos contractuales, con fundamentos en actos propios (de falta de supervisión y seguimiento); si está obligada a notificarle a las empresas que han podido ser afectadas por esos vicios de nulidad, de su ocurrencia, para que si lo tienen a bien, acudan a ella y lo denuncien.
5. Una cuestión que ha quedado de relieve en la documentación presentada es que, en los últimos tramos del proceso precontractual, la Administración se apresuró a dar por cumplidas fases esenciales, como por ejemplo la suscripción de los contratos, sin que antes se hubieran aclarado las dudas técnicas sobre la viabilidad de los proyectos. Ahora ¿cómo probar que la empresa tuvo algo que ver con ello? Eso no ha sido demostrado y por tanto, no podemos afirmarlo. Por lo cual aún le queda a la administración, ya en la etapa de la negociación, que aún no ha concluido, exigir que se presenten todos los informes necesarios.

Con la pretensión de haber colaborado con su despacho quedo de usted,

Atentamente,

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración.

AMdeF/15/hf.