



Radicado ANM No: 20181200265741

Bogotá D.C., 25-05-2018 10:52 AM

Señor:

Yeimin Rolando Abello R.

Email: yerar73@gmail.com

Celular: 3002100288

Dirección: Carrera 50A No. 174B-03 Interior 3, apartamento 204

País: COLOMBIA

Municipio: BOGOTÁ, D.C.

Asunto: Caducidad - Inhabilidad

Cordial saludo,

En atención a su solicitud de concepto mediante radicado No. 20185500422242, a través del cual, formula una serie de inquietudes, relacionadas con la inhabilidad para contratar cuando un contrato ha sido caducado, nos permitimos dar respuesta, previas las siguientes consideraciones:

I. Declaratoria de caducidad

El artículo 112 de la Ley 685 de 2001 consagra que el contrato podrá terminarse por la declaración de su caducidad, exclusivamente por las siguientes causas:

"a) La disolución de la persona jurídica, menos en los casos en que se produzca por fusión, por absorción;

b) La incapacidad financiera que le impida cumplir con las obligaciones contractuales y que se presume si al concesionario se le ha abierto trámite de liquidación obligatoria de acuerdo con la ley;

c) La no realización de los trabajos y obras dentro de los términos establecidos en este Código o su suspensión no autorizada por más de seis (6) meses continuos;

d) El no pago oportuno y completo de las contraprestaciones económicas;



Radicado ANM No: 20181200265741

- e) El omitir el aviso previo a la autoridad para hacer la cesión del contrato;
- f) El no pago de las multas impuestas o la no reposición de la garantía que las respalda;
- g) El incumplimiento grave y reiterado de las regulaciones de orden técnico sobre la exploración y explotación mineras, de higiene, seguridad y laborales, o la revocación de las autorizaciones ambientales necesarias para sus trabajos y obras;
- h) La violación de las normas sobre zonas excluidas y restringidas para la minería;
- i) El incumplimiento grave y reiterado de cualquiera otra de las obligaciones derivadas del contrato de concesión;
- j) Cuando se declare como procedencia de los minerales explotados un lugar diferente al de su extracción, provocando que las contraprestaciones económicas se destinen a un municipio diferente al de su origen. Lo anterior, sin perjuicio, de las acciones legales que procedan en contra del concesionario y de los funcionarios públicos que con su conducta promuevan estos actos.

En el caso contemplado en el presente artículo, el concesionario queda obligado a cumplir o garantizar todas las obligaciones de orden ambiental que le sean exigibles y las de conservación y manejo adecuado de los frentes de trabajo y de las servidumbres que se hubieren establecido.

- k) Cuando empresas o personas naturales en ejercicio de actividades mineras, contraten a personas menores de 18 años para desempeñarse en labores de minería tanto de cielo abierto como subterráneas”.

Al respecto, la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, definió la caducidad en los siguientes términos¹:

“La caducidad administrativa del contrato, figura de carácter sancionatorio cuyo efecto primero consiste en poner fin, de manera anticipada, a la correspondiente relación contractual en virtud de la declaración unilateral que en tal sentido realiza la entidad estatal contratante cuando se configuran las hipótesis fácticas consagradas para ello en las normas legales respectivas. (...) Cuando hay lugar a la declaratoria de caducidad administrativa, como lo dispone perentoriamente la ley (artículo 18, Ley 80) ‘... no habrá lugar a indemnización para el contratista, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en esta ley’, por lo cual una vez se encuentra en firme la declaratoria de caducidad administrativa, para el contratista que hubiere dado lugar a su declaratoria se genera una inhabilidad que, por una parte, le impedirá, por espacio de cinco (5) años, participar en licitaciones o concursos ante cualquier entidad estatal así

¹ Consejo de Estado. Subsección tercera. En sentencia del 28 de junio de 2012. Expediente No. 23.361

11



Radicado ANM No: 20181200265741

como celebrar contratos con cualquiera de dichas entidades estatales (artículo 8-1-c, Ley 80) y, por otra parte, lo obligará a ceder los contratos estatales que ya hubiere celebrado o a renunciar a su participación en los mismos si dicha cesión no fuere posible (artículo 9, Ley 80)"

Siguiendo la jurisprudencia en mención, la declaratoria de caducidad tiene como efectos para el contratista, los siguientes: **i) no puede participar en nuevos procesos de selección de contratistas – inhabilidad-, ii) debe renunciar a los contratos que tenga en ejecución – inhabilidad sobreviniente-, iii) no tiene derecho a indemnización en el contrato caducado.**

II. Inhabilidades e incompatibilidades

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

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

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

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

En este sentido, la Ley 1150 de 2007 por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la



Radicado ANM No: 20181200265741

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

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

En este orden de ideas, la Ley 80 de 1993, es clara en señalar en su artículo 76 que *"Los contratos de exploración y explotación de recursos naturales renovables y no renovables, así como los concernientes a la comercialización y demás actividades comerciales e industriales propias de las entidades estatales a las que le correspondan las competencias para estos asuntos, continuarán rigiéndose por la legislación especial que les sea aplicable. Como el Código de Minas no trae referente especial, lo propio será, tal como lo habilita la misma norma minera, remitirse al Estatuto de Contratación Estatal"*.

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

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

"(...) por inhabilidad se entiende la imposibilidad de llegar a ser o de tener una determinada condición jurídica y esta en materia contractual puede ser general o especial. Se dice que es general, cuando no se puede contratar con ninguna de las personas de derecho público o privado, y es especial cuando aquella se reduce a personas de derecho público o privadas específicas, como cuando se está inhabilitado para participar en determinada licitación. La incompatibilidad, en cambio, se refiere a la prohibición de que concurren dos distintas condiciones, esto es, impide tener una condición porque ya se posee otra y existirá mientras se tenga alguna de las condiciones"².

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 20 de septiembre de 2001. Expediente. 10.989.



Radicado ANM No: 20181200265741

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

Inhabilidad sobreviniente:

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

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

"(...) se trata de evitar en tales casos que el contratista, pese a su situación, prosiga vinculado contractualmente con el Estado, o que el aspirante a serlo continúe tomando parte en los procesos de adjudicación y selección, y ello independientemente de si la persona incurrió en la causal correspondiente por su propia voluntad o por un motivo ajeno o externo a su deseo, puesto que la ley parte del supuesto, enteramente ajustado a la Carta, de que en las aludidas condiciones, de todas maneras, no es posible ya la contratación, por lo cual debe interrumpirse si se ha iniciado, o impedir que se perfeccione con el afectado en el evento de que todavía no exista vínculo contractual."3

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

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

Nulidad absoluta por inhabilidad o incompatibilidad del contratista

Por razones de moralidad pública, se puede prohibir a ciertas personas contratar con el Estado, ya que puede suceder que una persona incurra en una causal de inhabilidad o incompatibilidad haya logrado celebrar el

³ Corte Constitucional. Sentencia C-221 del 16 de mayo de 1996. M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.



Radicado ANM No: 20181200265741

contrato sin que la entidad contratante se hubiere percatado. Ante esta situación, una vez se detecte dicha restricción para contratar, cualquiera de las personas autorizadas para demandar cuando existe una nulidad absoluta, puede solicitar la nulidad del contrato.

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

Inhabilidad por declararse la caducidad del contrato

El numeral 1 literal c del artículo 8º de la Ley 80 de 1993, establece que quienes hayan dado lugar a la declaratoria de caducidad son inhábiles para participar en licitaciones y para celebrar contratos con las entidades estatales (inhabilidad por 5 años contados a partir de la ejecutoria del acto). Respecto a la declaratoria de caducidad, es menester aclarar que cuando hay lugar a la misma, "(...) no habrá lugar a indemnización para el contratista, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en esta ley", tal como lo dispone el artículo 18 de la Ley 80 de 1993.

Con relación a la declaratoria de caducidad es importante señalar que cuando a una sociedad se le declara la caducidad de un contrato estatal, recae sobre la misma la inhabilidad establecida en el literal c) del numeral 1º del artículo 8º de la Ley 80 de 1993, cualquier que sea la sociedad. Ahora bien, en cuanto a los socios que la conforman, acarrea inhabilidad sólo para los socios de sociedades de personas más no para los de las sociedades de capitales, como son las sociedades anónimas. Por ejemplo, tal como lo ha manifestado el Consejo de Estado *"los accionistas de una sociedad anónima a la cual se le declare la caducidad no quedan inhabilitados por disponerlo así la ley, que es la que determina taxativamente las causales de inhabilidad"*⁴.

III. Respuesta a los cuestionamientos planteados

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

"Si a un titular minero, que cuenta con más de un contrato de concesión minera vigentes y en uno de ellos se declara por parte de la ANM la caducidad en uno de ellos, esto lo inhabilita en qué casos":

1. ¿Para firmar contratos con el Estado?

De conformidad con lo antes expuesto, la declaración de caducidad implica que el contratista quedará inhabilitado para contratar con el estado. Ahora bien, en caso de que la inhabilidad o incompatibilidad sobrevenga en un proponente dentro de un proceso de selección, se entenderá que renuncia a la participación en el proceso y a los derechos surgidos del mismo. Así las cosas, en el evento que se encuentren en trámite solicitudes de contrato de concesión minera, la Autoridad Minera deberá rechazar

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: César Hoyos Salazar. Radicación No. 1346.



Radicado ANM No: 20181200265741

dichas solicitudes.

2. ¿Para ceder contratos de concesión?

Las consecuencias en concreto de declarar la caducidad, es que la misma es una causal de inhabilidad para participar en licitaciones o concursos, y en caso de existir ya el contrato, no hay duda que si esta sobreviene en uno de los titulares mineros, este deberá ceder previa autorización de la Autoridad Minera, o renunciar a todos los títulos vigentes, tal como lo dispone el artículo 9º de la Ley 80 de 1993.

3. ¿Para renunciar a contratos con el Estado?

En efecto, de acuerdo con lo mencionado en el punto anterior, lo único que puede realizar la persona en quien recaiga una inhabilidad sobreviniente es la cesión o renuncia al contrato, según el caso.

En los anteriores términos, damos respuesta a su solicitud, aclarando que la presente se emite de conformidad con lo previsto en el artículo 28 de la Ley 1755 de 2015, en la cual se establece que los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas, no serán de obligatorio cumplimiento.

Atentamente,



Laura Cristina Quintero Chinchilla
Jefe de la Oficina Asesora Jurídica

Anexos: 0.

Copia: No aplica.

Elaboró: Diana Andrade – Asesora OAJ.

Revisó: No aplica.

Fecha de elaboración: 25-05-2018 09:47 AM

Número de radicado que responde: 20185500430402

Tipo de respuesta: Total.

Archivado en: Memorandos OAJ.

X