

FECHA: Bogotá D.C., 27 de septiembre de 2017

TÍTULO: Posibilidad de solicitar al juez de restitución, con base en lo dispuesto en el Decreto-Ley 4635 de 2011, la nulidad y/o inexistencia de actos y contratos, en el caso del territorio del consejo comunitario de La Larga y Tumaradó (en adelante COCOLATU), ubicado en los municipios de Ríosucio (Chocó), Turbo y Mutatá (Antioquia).

CONSULTA DE LA DIRECCIÓN DE ASUNTOS ÉTNICOS

Desde la Dirección de Asuntos Étnicos, y en el marco de sus actividades en relación con la ruta étnica de restitución, se solicitó a la Dirección Jurídica que se pronunciara sobre lo siguiente:

“Se eleva consulta a la Dirección Jurídica de la UAEGRTD, con el objeto de absolver el problema jurídico relacionado con el tipo de pretensiones que deben formularse en una demanda de restitución de derechos territoriales étnicos a favor de comunidades negras cuyos territorios se encuentran inscritos en el Componente Étnico del Registro; pretensiones, relacionadas con los actos y negocios jurídicos que reconocen derechos en materia minera, proferidos con posterioridad a la entrada en vigencia del Decreto Ley 4635 de 2011 y a la titulación colectiva.

En particular, se trata de dirimir la controversia suscitada alrededor de la viabilidad de la suspensión, la nulidad o inexistencia de los actos y contratos administrativos que reconozcan derechos de exploración o explotación de recursos minerales dentro del territorio colectivo del Consejo Comunitario de La Larga Tumaradó, ubicado en el Urabá Antioqueño”

PROBLEMA JURÍDICO

- ¿Es viable solicitar al juez de restitución, según lo dispuesto en el Decreto-Ley 4635 de 2011, la aplicación de las presunciones encaminadas a decretar la nulidad y/o inexistencia del contrato de concesión minera No. *GLL-15R*, en el caso del consejo comunitario COCOLATU?

RESPUESTA DE LA DIRECCIÓN JURÍDICA

Previo a resolver la consulta planteada, se debe precisar que conforme a lo dispuesto por el Decreto 4801 de 2011, la Dirección Jurídica tiene a cargo funciones tales como: (i) dirigir los asuntos jurídicos que sean de competencia de la Unidad, (ii) asesorar a las dependencias frente a los mismos con el fin de unificar criterios de cara a la interpretación y aplicación de la ley (iii) impartir lineamientos e instrucciones respecto a la recolección de pruebas, entre otras.

Para tal efecto, se estudiarán las circunstancias de hecho, el contexto de violencia y las situaciones particulares del caso, para que en aplicación a lo dispuesto en la norma que regula la restitución colectiva de las comunidades afrocolombianas, se determiné la viabilidad de alegar la aplicación de las presunciones de que trata el artículo 127 y 128 del Decreto Ley 4635 de 2011.

Para el efecto, el escrito se divide en cinco partes:

- a) La primera resume sucintamente la situación histórica y actual del caso, de acuerdo con la información que se encuentra en el documento de caracterización y en el escrito de demanda;
- b) La segunda revisa el tratamiento de las presunciones en el régimen jurídico colombiano;
- c) La tercera plantea los requisitos para que se pueda alegar la presunción de derecho del artículo 127 del Decreto Ley 4635 de 2011, frente al caso concreto;

- d) La cuarta realiza un análisis de los hechos del caso frente al contrato de concesión minera y
- e) La última expone las conclusiones y recomendaciones.

1. El caso del Consejo Comunitario CÓCOLATU

De acuerdo con la información que se encuentra en el documento de caracterización de afectaciones territoriales, a continuación se extractan los aspectos más relevantes del caso:

El consejo comunitario de la Larga y Tumaradó representa a 43 comunidades y 33 Consejos Locales de Comunidades Negras ubicados en los municipios de Ríosucio (Chocó), Turbo y Mutatá (Antioquia). Comunidades que han tenido asentamiento histórico en la región desde el poblamiento de esclavos manumitidos en la zona. Los procesos migratorios crecieron a lo largo de los años y a finales de los 70's se consolidaron las comunidades que actualmente habitan el territorio. Pero, en los primeros años de los 90's el incremento del conflicto armado originó desplazamiento forzado de al menos el 83% de la población del consejo.

Al interior del Consejo Comunitario han convivido histórica y pacíficamente las comunidades campesinas y afrodescendientes, lo que implicó que muchos de los predios fueron titulados a colonos y a algunos miembros del grupo étnico, incluso, antes de la titulación del territorio al Consejo Comunitario en el año 2000. A su vez, el poblamiento de campesinos "Chilapos" data de los años 70's, y muchos de ellos han ejercido ocupación impelidos y expulsados por la violencia.

Paralelamente al desplazamiento se registraron compras forzadas, acumulación de tierras y ocupaciones masivas. Lo que derivó en el desarrollo de proyectos de monocultivos agroindustriales, ganadería extensiva y explotación de madera.

Esto, además del impacto ambiental sobre el territorio, causó nuevos flujos migratorios de terceros no étnicos y étnicos quienes servían de trabajadores a las diversas empresas que se asentaron; lo que a la postre significó una pérdida ostensible de derechos territoriales de las comunidades.

A finales de los años 90 empezó la lucha por la titulación del territorio, que a la par con el desarrollo del conflicto armado afectó a miembros del Consejo Comunitario quienes, por desplazamiento forzado, no hacían presencia en el lugar al momento de la adjudicación. Pese a lo anterior, se logró la titulación de un área de 107.065 hectáreas. Empero, dicho título desconoció la existencia de las ocupaciones, posesiones y propiedades al interior del mismo, pues no estableció claramente las personas que ejercían ocupación u dominio sobre predios privados o si estas eran o no miembros del Consejo Comunitario

Pese a ello, en el artículo 8 del título colectivo se dispuso que se respetaría la propiedad privada, es decir, los títulos de dominio anteriores a su constitución. Y además, que la ocupación de terceros no étnicos que tuviesen mejores seguiría hasta tanto la comunidad hiciese la compra de las mismas (art. 6). Ambas consideraciones problemáticas en la medida en que el acto administrativo no identificó las casi 200 (o más) ocupaciones con algún tipo de titulación¹.

Lo anterior, generó un universo de diferentes situaciones, tales como: a) la existencia de propietarios que cuentan con título de adjudicación registrados - en el folio de matrícula- antes de la titulación colectiva; b) poseedores sobre títulos de propiedad otorgados previo a la titulación del consejo comunitario; c) beneficiarios de adjudicaciones anteriores al título colectivo, que registraron el predio con posterioridad d) beneficiarios de adjudicaciones anteriores al título colectivo, que no pudieron o no han registrado la resolución y; e) terceros

¹ Informe de Caracterización de Afectaciones CONSEJO COMUNITARIO DE LOS RÍOS LA LARGA Y TUMARADÓ - CÓCOLATU, UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN DE RESTITUCIÓN DE TIERRAS DESPOJADAS - UAEGRTD, Septiembre de 2017, Pág. 54

que de facto acumularon tierras y desarrollaron proyectos productivos en medio del conflicto armado.

La Unidad, en desarrollo de su trabajo en la zona, identificó, tanto en el proceso étnico como en los procesos individuales de Ley 1448 de 2011, que el trámite de adjudicación tuvo graves falencias que incrementaron los conflictos territoriales entre el consejo comunitario y terceros no étnicos -campesinos- quienes, a su vez, han sido reconocidos como víctimas del conflicto. Estos errores u omisiones son derivados de la caracterización predial realizada por la Autoridad Administrativa de Tierras que, como se señaló, no identificó los propietarios, ocupantes ni poseedores que habían convivido históricamente, así como tampoco de aquellos que han ejercido acaparamiento ilegal de tierras.

Todo ello, enmarcado en una situación de conflicto armado, que pese a la desmovilización de algunos grupos irregulares, no ha cesado; ya que nuevas bandas emergentes siguen operando en el territorio colectivo, lo que ha dificultado inexorablemente el normal desarrollo del proceso de restitución.

Este panorama implicó que, por solicitud de la Unidad de Tierras, se deprecara ante el Juez de Restitución, en aplicación del artículo 116 del Decreto Ley 4635 de 2001, medidas cautelares para evitar daños inminentes o para cesar el que se estuviera causando sobre los derechos de la comunidad y su territorio. En efecto, el juzgado se pronunció, a través de auto 181 del 12 de diciembre de 2014, ordenando a la Unidad, *inter alia*, la caracterización de las afectaciones territoriales y e iniciar el proceso de demanda.

Así las cosas, la Unidad de Restitución inició el procedimiento de inscripción en el registro de tierras despojadas, en el cual se adoptó el informe de afectaciones territoriales (socializado y avalado por la misma comunidad) e inscribió el territorio colectivo en el Registro de Tierras Despojadas en septiembre de 2017.

Hoy, estamos *ad portas* de iniciar la presentación de la demanda pero con la salvedad de que no existe un acuerdo respecto a una pretensión consistente en alegar la aplicación de las presunciones de derecho y legales de la cual se derive la inexistencia o nulidad de un título minero.

2. Las presunciones de derecho y legales en el régimen jurídico colombiano.

Las presunciones son el resultado de un razonamiento por inducción. En estricta naturaleza jurídica, las presunciones no son medio de prueba sino, más bien, un razonamiento orientado a eximir de la prueba. Empero, indiscutiblemente construyen una verdad procesal.

Las presunciones en el derecho son de dos tipos: las presunciones legales y las de derecho. Las primeras (*iuris tantum*) - que admiten prueba en contrario - y las segundas (*iuris et de iure*) - que no admiten prueba en contrario.

Al respecto la Corte Constitucional ha establecido:

“Ahora bien, existen presunciones “*iuris et de iure*” que no admiten prueba en contrario. Ellas no constituyen en esencia un medio de prueba, sino que excluyen la prueba de un hecho considerándolo verdadero. El hecho presumido se tendrá por cierto, cuando se acredite el que le sirve de antecedente. Las presunciones “*iuris tantum*” son aquellas que permiten producción de prueba en contrario, imponiéndole esa carga a quien pretenda desvirtuarlas”².

Por otro lado, acudiendo a la legislación procesal anterior y actual, tanto el artículo 176 del Código de Procedimiento Civil (C.P.C.), como el artículo 166 del Código General del Proceso

² Sentencia C 551 de 2016.

(C.G.P.) establecieron de manera categórica que “las presunciones establecidas por la ley serán procedentes, siempre que los hechos en que se funden estén debidamente probados”

Por su parte, el art 176 del C.P.C en su segundo inciso establecía que “El hecho se tendrá por cierto, pero admitirá prueba en contrario cuando la ley lo autorice”. Mientras que el 166 del CGP, en una regulación parecida, establece que “el hecho legalmente presumido se tendrá por cierto, pero admitirá prueba en contrario cuando la ley lo autorice”

En ese orden de ideas, uno de los presupuestos básicos y obligatorios para que opere una presunción legal o de derecho, en el régimen jurídico colombiano, es que quien alegue una presunción, tiene **inexorablemente que probar los supuestos de hecho o el “hecho indicador” para que sobrevenga la consecuencia jurídica de presumir el hecho.**

En tanto, es un ejercicio de inducción que toma por “verdadero un hecho bajo determinados supuestos.” Para el tratadista Aguiló Regla, el postulado lógico, en el caso de las presunciones legales, sería: dado que P es verdadero, se presume que D es cierto, a menos que existan pruebas que D no es cierto³. En el caso de las presunciones de derecho, estas suponen aceptar un postulado, siempre que otro se encuentre debidamente probado, sin que medie si quiera la posibilidad de rechazar o discutir la proposición inducida.

Pues bien, tanto la Ley 1448 de 2011 como los Decretos Ley Étnicos 4633, 4634 y 4635 de 2011, trajeron consigo sendas regulaciones de presunciones legales y derecho; precisamente para eximir de prueba algunos hechos en beneficio de las víctimas, pues ello resulta justo y proporcionado debido a la debilidad de las personas afectadas por la violencia indiscriminada del conflicto armado que las deja en una posición débil fáctica y procesalmente para acreditar algunos hechos.

Sin embargo, cuando la Unidad de Restitución de Tierras alegue unas de las presunciones contenidas en la Ley 1488 de 2011 o en los Decretos Ley 4633, 4634 y 4635 deberá ineluctablemente, a la luz del artículo 166 del CGP, probar los hechos indicadores de tales presunciones para efectos de que ellas operen. Alegar una presunción sin tener probado el hecho indicador constituye una defraudación a la lealtad procesal.

Frente a ello podría objetarse que la Unidad de Restitución de Tierras presenta la solicitud judicial con inversión de la carga de la prueba y que basta tan solo con su afirmación para su configuración. Empero, tal postura no es admisible, ya que al alegar una presunción inexorablemente debe probarse el supuesto de hecho que la antecede (art 166 del CGP), ya que es una garantía mínima de la contraparte a efectos de garantizar sus derechos fundamentales al debido proceso y defensa.

Así por ejemplo, la Sala especializada de Restitución del Tribunal de Antioquia al fallar el caso de Alto Andágueda, no activó la presunción en derecho al no encontrar acreditados los supuestos de hecho de la referida figura. Al respecto señaló:

“7.1. Solicita la parte actora se active la presunción de derecho “sobre las áreas que fueron concedidas dentro del territorio colectivo que le fue reconocido y titulado al pueblo Embera Katio del Resguardo Indígena del Alto Andágueda, en atención a que se configuran los elementos constitutivos de la presunción contenida en el literal a) del artículo 163 del Decreto ley 4633 de 2011”; **sin embargo no encuentra esta Sala que se den los elementos del presupuesto de hecho previstos para su activación por cuanto no se trata de negocios jurídicos de transferencia o constitución de derechos reales o limitaciones o afectaciones a la propiedad de la población indígena (resguardo); tampoco de títulos individuales de grupos étnicos y menos aún de actos administrativos que**

³ Aguiló Regla Josep, nota sobre “Presunciones” de Daniel Mendonca, DOXA 22 (1999), pags 649-660, recuperado en: www.cervantesvirtual.com/.../nota-sobre-presunciones-de-daniel-mendonca/56d6e5cb-c...

reconozcan u otorguen derecho real u otro a favor de terceros sobre el resguardo.

En realidad, se trata de contratos administrativos que son los que celebra la administración nacional para la ejecución de obras públicas, prestación de servicios y explotación de bienes del Estado (ordinal 14, Art. 120 C. N. y 254 C. C. A.) dentro de los cuales hallamos los contratos mineros que son los instrumentos mediante los cuales se crean derechos y obligaciones en la exploración, montaje de minas, explotación y beneficio de minerales y en los que se clasifican los contratos de concesión que son los celebrados por la Agencia Nacional Minera (antes el Ministerio de Minas y Energía) y confieren al concesionario el derecho exclusivo de extraer los minerales y a realizar obras y labores de montaje, y desarrollo de la explotación y transporte de mineral. Es el Estado quien es titular de los recursos del subsuelo y por lo tanto le es lícito lo atinente a su disposición en aras del desarrollo e interés general sin mancillar el derecho y el territorio de las comunidades indígenas en donde se ubiquen los mismos.⁹⁴

En suma, a la luz del artículo 166 del C.G.P, la jurisprudencia constitucional, de las garantías iusfundamentales del debido proceso y defensa y de la jurisprudencia especializada en restitución, se concluye que no solo basta con afirmar la configuración de una presunción sino que se deben probar sus supuestos fácticos con el fin de derivar sus consecuencias jurídicas.

Dicho lo anterior, entramos a estudiar la presunción de derecho contenida en el artículo 127 del Decreto Ley 4635 de 2011 y la presunción legal contenida en el artículo 128 *ibídem*, a efectos de determinar si los hechos indicadores se encuentran probados en el presente caso.

2.1. De las presunciones de derecho y legales contenidas en los artículos 127 y 128 del Decreto Ley 4635 de 2011.

El artículo 127 del Decreto Ley expresa que:

ARTÍCULO 127. PRESUNCIONES DE DERECHO. En relación con los territorios colectivos inscritos en el Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas Forzosamente, se tendrán en cuenta las siguientes presunciones de derecho, cuando los actos jurídicos enunciados en los numerales siguientes hubieren ocurrido a partir del primero (1o) de enero de 1991 y con posterioridad a la titulación colectiva de los territorios:

1. La inexistencia de cualquier acto o negocio jurídico en virtud del cual se realizaron transferencias de dominio, constitución de derechos reales o afectación que recaigan total o parcialmente sobre tierras colectivas de comunidades negras.

2. La inexistencia de actos administrativos o la invalidez de sentencias judiciales cuando reconozcan u otorguen derecho real u otro derecho a favor de terceros sobre tierras colectivas de comunidades negras.

En relación con los títulos individuales de personas integrantes de las comunidades negras:

Se presume de derecho que los actos de transferencia de dominio en virtud de los cuales pierdan su derecho de propiedad o posesión, son inexistentes por ausencia de consentimiento cuando tales actos se celebraren con personas que hayan sido condenadas por pertenencia, colaboración o financiación de grupos armados que actúan por fuera de la ley, cualquiera que sea su denominación, o por narcotráfico o delitos conexos, bien sea que estos últimos hayan actuado por sí mismos en el negocio o a través de terceros.

⁹⁴ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras, M.P. Vicente Landínez Lara, Sentencia No. 007 del 23 de septiembre de 2014. Caso Resguardo indígena Embera Katio del Alto Andágueda. Párrafo No. 7.1

Por su parte, en lo pertinente para el caso en concreto, el artículo 128 del Decreto Ley 4635 de 2011, establece:

ARTÍCULO 128. PRESUNCIONES LEGALES. En relación con los territorios inscritos en el Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas Forzosamente, se tendrán en cuenta las siguientes presunciones legales cuando los hechos y actos jurídicos enunciados en el presente artículo hubieran ocurrido a partir del primero (1o) de enero de 1991:

1. Presunción de nulidad para ciertos actos administrativos en caso de Comunidades sin título. Para efectos probatorios dentro del proceso de restitución se presume legalmente que están viciados de nulidad absoluta los actos administrativos que hubieren titulado u otorgado otra clase de derechos a terceros en tierras baldías ocupadas o utilizadas culturalmente por Comunidades Negras. La declaratoria de nulidad de tales actos podrá ser decretada por la autoridad judicial que esté conociendo de la solicitud de restitución, y producirá el decaimiento de todos los actos administrativos posteriores y la nulidad absoluta de todos los actos y negocios jurídicos privados que recaigan sobre la totalidad del territorio o parte del mismo.

2. Presunciones de inexistencia de ciertos contratos. Se presume legalmente que los actos de transferencia de derechos en títulos individuales y colectivos en virtud de los cuales perdieron el goce efectivo del derecho son inexistentes por ausencia de consentimiento o de causa lícita en los siguientes casos:

a) En cuya colindancia hayan ocurrido actos de violencia generalizados, fenómenos de desplazamiento forzado colectivo, o violaciones graves a los Derechos Humanos en la época en que ocurrieron las amenazas o hechos de violencia que se alega causaron el despojo o abandono, o en aquellos inmuebles y territorios en los cuales se haya solicitado las medidas de protección de tierras y territorios individuales, colectivos y étnicos, excepto en aquellos casos autorizados por la autoridad competente, o aquellos mediante el cual haya sido desplazada la víctima de despojo, su cónyuge, compañero o compañera permanente, los familiares o mayores de edad con quienes convivía o sus causahabientes;

b) Sobre territorios o predios colindantes de aquellos en los que, con posterioridad o en forma simultánea a las amenazas, se cometieron los hechos de violencia o despojo o se hubiera producido un fenómeno de concentración de la propiedad de la tierra en una o más personas indeterminadas, directa o indirectamente;

c) Sobre territorios o predios vecinos de aquellos donde se hubieran producido alteraciones significativas de los usos de la tierra como la sustitución de agricultura de consumo y sostenimiento por monocultivos, ganadería extensiva o minería industrial, con posterioridad a la época en que ocurrieron las amenazas, los hechos de violencia o el despojo;

d) Con personas que hayan sido extraditadas por narcotráfico o delitos conexos, bien sea que estos últimos hayan actuado por sí mismos en el negocio, o a través de terceros;

e) En los casos en los que el valor formalmente consagrado en el contrato, o el valor efectivamente pagado, sean inferiores al cincuenta por ciento del valor real de los derechos cuya titularidad se traslada en el momento de la transacción.

Cuando no se logre desvirtuar la ausencia de consentimiento en los contratos y negocios mencionados en alguno de los literales del presente artículo, el acto o negocio de que se trate será reputado inexistente y todos los actos o negocios posteriores que se celebren sobre la totalidad o parte del bien estarán viciados de nulidad absoluta.

Desde el inicio, es importante señalar que la aplicación e interpretación de estas presunciones tiene que ser armónica y sistemática en relación a los presupuestos procesales del Decreto Ley 4635 de 2011. Es decir, para que estas operen, se debe partir del hecho que la inscripción en el registro de tierras despojadas y abandonadas sucedió porque las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palanqueras como sujetos colectivos y sus miembros individualmente considerados sufrieron un daño por hechos ocurridos a partir del 1º de enero de 1985, como consecuencia de violaciones a las normas internacionales de derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario que guarden relación con factores subyacentes y vinculados al conflicto armado interno.

Así las cosas, las afectaciones territoriales de que fueron víctimas tanto el sujeto colectivo como los miembros de este, deben estar inescindiblemente ligadas al conflicto armado interno. Pues de lo contrario, no estarían inscritos en el RTADF.

Luego, es importante señalar que la interpretación y aplicación de los hechos indicadores de estas presunciones no pueden leerse de manera aislada, sino que deben integrarse a la lógica del Decreto Ley 4635 de 2011, que no es otra que amparar los derechos territoriales y reparar las afectaciones y hechos victimizantes que guarden relación con factores vinculados y subyacentes al conflicto armado interno.

Dicho lo anterior, se deduce que se aplican las referidas presunciones de que tratan los artículos 127 y 128 del Decreto Ley 4635 cuando se encuentren probados, para el caso en concreto, los siguientes hechos indicadores:

Respecto al artículo 127:

- a. Que se trate de territorios colectivos inscritos en el registro de tierras abandonadas y despojadas forzosamente.
- b. Que los hechos y actos jurídicos (acto administrativo, negocio jurídico y sentencias judiciales) enunciados en la norma hayan acaecido con posterioridad al primero de enero de 1991;
- c. Que los actos jurídicos (actos administrativos y negocios jurídicos) enunciados en la norma, hayan ocurrido con posterioridad a la titulación colectiva del territorio;
- d. Que el acto jurídico o negocio jurídico transfiera el dominio, constituya derechos reales o genere afectaciones territoriales que recaigan total o parcialmente sobre tierras colectivas de comunidades negra;
- e. Que el acto administrativo o sentencia judicial otorgue derecho real u otro derecho a favor de tercero sobre tierras colectivas de comunidades negra;

Respecto al artículo 128:

1. Que se trate de territorios inscritos en el registro de tierras abandonadas y despojadas forzosamente.
2. Que los actos jurídicos (acto administrativo, negocio jurídico y sentencias judiciales) enunciados en la norma hayan acaecido con posterioridad al primero de enero de 1991;
3. Se presumirá la nulidad en caso de Comunidades sin título de los actos administrativos que hubieren titulado u otorgado otra clase de derechos a terceros en tierras baldías ocupadas o utilizadas culturalmente por Comunidades Negras.
5. Se presumirá la inexistencia cuando el contrato haya concretado actos de transferencia de derechos en títulos individuales y colectivos en virtud de los cuales perdieron el goce efectivo del derecho cuando se acrediten los supuestos de los literales a, b, c, d y e.

Se aclara que solo se habla de algunos hechos indicadores de las presunciones de los artículos 127 y 128 del Decreto Ley 4635 de 2011, por ser los pertinentes y aplicables para este caso en concreto.

3. La posible configuración de las presunciones de los artículos 127 y 128 del Decreto Ley 4635 de 2011 frente al título minero No. GLL-15R.

Con el fin de realizar el estudio que se solicita a esta Dirección, es relevante definir la naturaleza del contrato de concesión minera No. *GLL-15R*, (artículo 45 del Código de Minas), como aquel negocio jurídico “*que se celebra entre el Estado y un particular para efectuar, por cuenta y riesgo de este, los estudios, trabajos y obras de exploración de minerales de propiedad estatal que puedan encontrarse dentro de una zona determinada y para explotarlos en los términos y condiciones establecidos. Este contrato es distinto al de obra pública y al de concesión de servicio público*”, por tanto, lo que se deberá entrar a estudiar es si este negocio jurídico se encuentra dentro de los supuestos fácticos indicativos de la presunción del artículo 127 del Decreto Ley 4635 de 2011:

Seguidamente, se analizará si este negocio jurídico (contrato de concesión minera No. *GLL-15R*), realizado en el contexto del caso concreto, cumple con los presupuestos fácticos para aplicar la presunción del artículo 128, en lo pertinente.

3.1. La posible configuración de la presunción de derecho del artículo 127 del Decreto Ley 4635 de 2011.

Frente a la presunción de derecho regulada en el artículo 127 del Decreto Ley 4635 de 2011, es relevante señalar que la sanción que se da a los actos administrativos, negocios jurídicos y sentencias que estén dentro de esos supuestos fácticos es la inexistencia.

Ahora pasaremos a analizar cada supuesto fáctico de la aludida presunción:

3.1.1 Que se trate de territorios colectivos inscritos en el registro de tierras abandonadas y despojadas forzosamente

A través de acto administrativo No. 0525 de 1 de septiembre de 2017, la Dirección Territorial de Apartadó inscribió en el componente étnico del RTADF al territorio colectivo del Consejo Comunitario de la Larga Tumaradó, ubicado en los municipios de Riosucio (Chocó) Mutatá y Turbo (Antioquia).

En ese sentido, al tratarse de un territorio inscrito en el RTADF, se cumple con el requisito señalado en el literal a del acápite anterior.

3.1.2. Que los actos jurídicos (acto administrativo, negocio jurídico y sentencias judiciales) enunciados en la norma hayan acaecido con posterioridad al primero de enero de 1991

En relación con el contrato de concesión No *GLL-15R*, se encuentra probado que este fue suscrito en el año 2012 a favor de la compañía Anglo Gold Ashanti Colombia S.A. sobre un área de 784.6 has para la exploración y explotación de mineral de zinc\ oro\ platino\ mineral de molibdeno\ cobre\ plata, este título fue inscrito en el Registro Minero Nacional el 8 de abril de 2013, el cual se superpone en su totalidad con el territorio colectivo de la Larga.

En consecuencia, se encuentra acreditado este requisito como quiera que el contrato fue inscrito en el Registro Minero Nacional en el año 2013, es decir, con posterioridad al primero de enero de 1991.

3.1.3. Que los actos jurídicos (acto administrativo, negocio jurídico y sentencias judiciales) enunciados en la norma hayan ocurrido con posterioridad a la titulación colectiva del territorio;

Teniendo en cuenta que el título minero fue inscrito en el año 2013 en el Registro Minero Nacional y que la titulación del territorio colectivo fue reconocida a través de la Resolución No. 2805 del 22 de noviembre de 2000. Se deduce, entonces, que se cumplió con este requisito.

3.1.4. Que el acto jurídico o negocio jurídico transfiera el dominio, constituya derechos reales o genere afectaciones territoriales que recaigan total o parcialmente sobre tierras colectivas de comunidades negra.

En primer lugar, es relevante señalar que el contrato de concesión minera No. GLL-15R es un negocio jurídico *sui generis* que en el presente caso no transfirió dominio, no constituyó derechos reales ni generó afectaciones territoriales, como se explica a continuación:

3.1. 4. 1. El contrato de concesión minera no supone transferencia de dominio ni constituye derechos reales.

Al respecto, la Constitución Política en sus artículos 332, 334 y 360 entre otros, determina la propiedad del Estado sobre el subsuelo y sobre los recursos naturales no renovables, señalando la facultad que tiene este de intervenir y establecer condiciones especiales para la explotación de dichos recursos.

Así lo han establecido múltiples sentencias la Corte Constitucional, entre ellas la C-123 de 2014, en donde la corporación dispuso que:

(...) el principio unitario de organización territorial del Estado colombiano justifica la existencia de políticas de orden nacional que busquen unificar los parámetros a partir de los cuales se realiza la actividad minera en el territorio nacional...

(...)

En este sentido, resulta acorde con la organización unitaria del Estado que exista unificación en los criterios, procesos y parámetros que permiten obtener la autorización por parte de la administración para desarrollar actividades de exploración y explotación minera –cualquiera sea el nombre que se dé al procedimiento para expedir dicha autorización por parte del Estado-. Adicionalmente, es acorde con el principio de organización unitaria del Estado que los lugares en que dichas actividades pueden realizarse y, en consecuencia, los criterios para la exclusión de un determinado territorio de la actividad minera sean determinados por una misma entidad, siguiendo idénticos criterios para todo el territorio del Estado.”

En desarrollo de la declaratoria de utilidad pública, el artículo 3º de la Ley 685 de 2001 establece la aplicación especial y preferente que tiene esta normatividad en todo lo relacionado con los recursos mineros, incluyendo las relaciones entre el Estado y los particulares, como también de los particulares entre sí por causa de los trabajos mineros en las etapas de prospección, exploración, construcción y montaje, explotación, beneficio, transformación, transporte y promoción de los minerales del subsuelo.

Con la entrada en vigencia de la Ley 685 de 2001 – Código de Minas- únicamente se podrá constituir y declarar el derecho a explorar y explotar minas de propiedad del Estado, mediante contrato de concesión minera, el cual debe encontrarse debidamente inscrito en el Registro Minero Nacional.

A su vez, el artículo 45 de la referida ley definió el contrato de concesión minera como aquel que se celebra entre el Estado y un particular para efectuar por cuenta y riesgo de este último, los estudios, trabajos y obras de exploración de minerales de

propiedad estatal que puedan encontrarse dentro de una zona determinada y para explotarlos en los términos y condiciones señalados en la ley.

Se trata entonces de un contrato celebrado por el Estado, actualmente a través de la Agencia Nacional de Minería, en su condición de autoridad minera nacional concedente, y un particular que puede ser cualquier persona natural o jurídica que cuente con capacidad legal para contratar con este, es decir, que no se encuentre incurso en ninguna causal de inhabilidad.

Es importante resaltar que a través del título minero no se otorga el derecho de propiedad de los minerales *in situ*, ni se transfiere el dominio del territorio donde se ubican estos yacimientos, sino, únicamente el derecho a establecer, en forma exclusiva y temporal dentro del área otorgada, la existencia de minerales en cantidad y calidad aprovechables y en consecuencia a apropiárselos mediante su extracción, pudiendo además, gravar los predios de terceros con las servidumbres necesarias para el ejercicio de esa actividad.

Lo anterior, tiene como fundamento el artículo 5 del Código de Minas que dispone que el Estado es el propietario exclusivo de los minerales que se encuentren en el suelo o el subsuelo sin consideración a que la propiedad, posesión o tenencia de los correspondientes terrenos, sean de otras entidades públicas, de particulares, comunidades o grupos, en concordancia con lo establecido en el artículo 332 de la Constitución Política.

En ese sentido, el contrato de concesión es un negocio jurídico diferente de los considerados contratos administrativos, que además no tiene como finalidad la transferencia de un dominio, ni la constitución de derechos reales, pues los territorios colectivos titulados o no, en donde se ubiquen yacimientos de hidrocarburos o minas, son susceptibles de ser otorgados en concesión a particulares, siempre que se atienda la normativa al respecto.

3.1.4.2. ¿Generó la firma del contrato de concesión No GLL-15R afectaciones territoriales que recaigan total o parcialmente sobre el territorio colectivo de la comunidad?

En este punto es relevante destacar que el término afectación contenido en el artículo 127 del Decreto Ley 4635 de 2011 tiene que armonizarse con lo dispuesto en el artículo 110 y 9 del mismo Decreto Ley. En la medida que este presupuesto fáctico regulado en la presunción no puede ser entendido como cualquier afectación sino como una afectación y daño territorial que guarden relación con factores vinculados y subyacentes al conflicto armado interno.

ARTÍCULO 110. AFECTACIONES TERRITORIALES. Para los fines del presente decreto son afectaciones territoriales las acciones vinculadas directa o indirectamente al conflicto armado interno, en la medida que estas causen abandono, confinamiento y despojo del territorio y otras formas de limitación al goce efectivo de los derechos, de conformidad con los usos, costumbres y manejos del territorio por parte de la respectiva comunidad.

Se entiende por abandono la afectación territorial que, con ocasión al conflicto a que se refiere el artículo 3o de este decreto, genera pérdida del acceso o disfrute de los lugares y espacios de uso y aprovechamiento colectivo e individual por parte de los integrantes de la comunidad. El confinamiento es una forma de abandono, ya que limita a la comunidad y al individuo el uso y el goce de la totalidad del territorio.

Se entiende por despojo la afectación territorial que, con ocasión al conflicto interno a que se refiere el artículo 3o de este decreto, produce apropiación total o parcial ilegal del territorio, de los recursos naturales, culturales, o de ambos para sí o para un tercero, empleando para ello medios ilegales. También se consideran despojo aquellos negocios jurídicos, o actos administrativos que, celebrados o dictados con ocasión del conflicto armado interno a que hace referencia el artículo 3o de este decreto, generen afectaciones territoriales y daños de conformidad con las normas y definiciones del mismo.

Luego, lo que se deberá estudiar es si el contrato de concesión minera constituye una afectación territorial (arts. 110 del Decreto Ley 4635 de 2011) o un daño ambiental (Art. 9 del Decreto Ley 4635 de 2011) en el marco del conflicto armado interno, que recaiga sobre tierras colectivas del Consejo Comunitario de La Larga y Tumaradó, y que por ello, constituyan hechos indicativos de la presunción de derecho (art. 127 del Decreto Ley 4635 de 2011).

En el informe caracterización y en las pruebas obrantes en el procedimiento administrativo no se encuentra probado que la sola suscripción del contrato de concesión No. No. GLL-15R sea una acción vinculada directa o indirectamente al conflicto armado interno y que este negocio jurídico haya causado abandono, despojo, confinamiento del territorio o limitaciones al goce efectivo de los derechos de la comunidad conforme a sus usos y costumbres. Máxime cuando el título minero se encuentra suspendido por solicitud de la concesionaria.

Así las cosas, no toda afectación a los derechos de la comunidad constituye una afectación territorial, en los términos del Decreto Ley 4635 de 2011, pues aquella debe darse en el marco del conflicto armado interno y además causar despojo, abandono, confinamiento y limitación al uso y goce de derechos territoriales. En esa perspectiva, nos es dable preguntarnos:

a) ¿Es posible que un contrato suspendido en sus efectos llegue a causar despojo, abandono o confinamiento de una comunidad, o limitación al goce efectivo de los derechos, de conformidad con los usos, costumbres y manejos del territorio por parte de la respectiva comunidad?

b) ¿Si el contrato de concesión se otorgó sobre un predio de 784.6 Has, superpuesto con el título colectivo que abarca 107.065 Has, es factible predicar que este constituye una limitación al goce efectivo de los derechos, de conformidad con los usos, costumbres y manejos del territorio; cuando este recae, aproximadamente, sobre no menos del 0,008% del territorio colectivo, teniendo en cuenta que el título está suspendido?

Ahora bien, aunque se señala, en el informe de caracterizaciones, sin definir una fecha exacta, que el área concedida se superpone con un territorio en el cual se han presentado hechos de violencia en la zona y posibles acumulaciones ilegales de parte de algunos opositores al proceso de restitución, no existe evidencia suficiente para inferir que la actuación de la concesionaria en el trámite de la solicitud de concesión, haya estado enmarcado en el aprovechamiento de estos, o haya causado limitación al goce efectivo de derechos, teniendo en cuenta que la ubicación de los recursos del subsuelo, aunque pueda originar conflictos territoriales derivados de los diferentes intereses que confluyen en las zonas de explotación, es independiente de la existencia de estos.

Es decir, como lo señala la Corte en sentencia **C-983/10**, con ponencia de Luis Ernesto Vargas Silva, parafraseando el artículo 5 del Código Minero, que: “los minerales de cualquier clase y ubicación, yacentes en el suelo o el subsuelo, en cualquier estado físico natural, son de la exclusiva propiedad del Estado, sin consideración a que la propiedad, posesión o tenencia de los correspondientes terrenos sean de otras entidades públicas, de particulares o de comunidades o grupos.”

Al respecto, dijo la Corte en aquella oportunidad:

“La Corte ha reiterado lo establecido en los artículos 332, 334, 360 y 80 de la Constitución Política, en cuanto a que el Estado es el propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos de conformidad con las leyes preexistentes, sobre la facultad de intervención del Estado en la explotación de los recursos naturales y uso del suelo, así como sobre la planificación, manejo y aprovechamiento de los recursos naturales. Igualmente, esta Corporación ha analizado el régimen legal de propiedad de los recursos mineros, establecido en los artículos 5º, 7º y 10 de la Ley 685 de 2001, determinando la constitucionalidad del precepto que estatuye que los minerales de cualquier clase y ubicación, yacentes en el suelo o el subsuelo, en cualquier estado físico natural, son de la exclusiva propiedad del Estado, sin consideración a que la propiedad, posesión o tenencia de los correspondientes terrenos sean

de otras entidades públicas, de particulares o de comunidades o grupos. En relación con estas disposiciones superiores ha manifestado también la jurisprudencia de la Corte, que el Estado en su calidad de propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, tiene de un lado, la obligación de conservación de estos bienes y, de otro lado, los derechos económicos que se deriven de su explotación, y por tanto la competencia y la facultad para conceder derechos especiales de uso sobre dichos recursos, a través de concesiones, las cuales constituyen derechos subjetivos en cuanto entrañan un poder jurídico especial para el uso del respectivo bien público." C-983/10 (Subrayado fuera de texto)

De esta manera, aunque los recursos minerales del suelo y del subsuelo se encuentren en terrenos de propiedad de comunidades étnicas, esto no sería óbice para que puedan ser explorados y explotados a través de un contrato de concesión con el cumplimiento de los requisitos legales establecidos para el efecto, pues como lo confirmó la Corte, estos son recursos de propiedad exclusiva del Estado sin consideración de la propiedad, posesión o tenencia de los correspondientes terrenos.

Sobre el impacto de la minería en territorios comunales, ha dicho la Corte Constitucional, en particular en los autos de seguimiento a la sentencia T-025 de 2004, que los proyectos extractivos mineros constituyen un factor vinculado al conflicto armado. Sin embargo, ha establecido una importante distinción, frente al ejercicio de minería legal e ilegal. Al respecto se cita que:

"El desarrollo de actividades económicas lícitas o ilícitas en territorios indígenas. Especialmente preocupante en este sentido es la presencia creciente y registrada de cultivos ilícitos —principalmente coca— y el desarrollo dentro de sus territorios, por actores externos, de distintas actividades vinculadas al tráfico de drogas; pero también se ha reportado, como se verá en el anexo, el desarrollo de actividades lícitas de explotación de recursos naturales, en forma irregular, por actores económicos del sector privado o por los grupos armados ilegales —tales como explotación maderera indiscriminada, siembra y explotación de monocultivos agroindustriales, explotación minera irregular, y otras actividades afines—. A menudo estas actividades afectan los lugares sagrados de los grupos étnicos, con el consiguiente impacto destructivo sobre sus estructuras culturales; de por sí, se ha reportado que generan altos índices de deforestación y daño ambiental dentro de sus resguardos" Auto 004 de 2009

También, ha dicho que en muchos casos el ejercicio de la minería viene acompañado de factores relacionados con el conflicto armado, que:

"Según un importante sector de la doctrina "hablar de minería como motor de desarrollo resulta complicado en un escenario como el colombiano, marcado por la presencia de diferentes grupos armados al margen de la ley. Aunque tradicionalmente los grupos insurgentes y paramilitares han obtenido sus ingresos a través del negocio del narcotráfico, y de actividades como el secuestro y la extorsión en general, el gran auge de la explotación de los recursos naturales ha despertado un gran interés de esos grupos por controlar las rentas de la actividad minera "[122].

Este razonamiento también ha sido compartido por la Corte Constitucional, la cual ha manifestado que existen prácticas estatales, judiciales, sociales, económicas o legislativas que si bien son lícitas, impactan negativamente sobre los derechos de la población vecina a los lugares donde se adelantan proyectos mineros [123]." Sentencia T-445 de 2016

Entre los citados efectos adversos del otorgamiento de títulos mineros, en la anterior sentencia de tutela, la Corte destaca:

1. El aumento de demanda de servicios en municipios mineros con una consecuente migración, y fenómenos asociados como prostitución y riesgo de contagio de enfermedades de transmisión sexual.
2. La competencia entre la economía tradicional y los proyectos de extracción que afectan los usos y costumbres de las comunidades.
3. Los daños ambientales derivados de los proyectos de extracción minera.

Sin embargo, la misma Corte indicó que para un sector de la doctrina la actividad minera deja importantes beneficios económicos y sociales al país.

Por lo que entonces, es importante que dichos impactos negativos sean claramente identificados, y aunque es cierto que la Corte ha señalado, en sentencias C-731 de 2014, C-418 de 2002, C-389 de 2016, entre otras cosas, que:

“De ese conjunto de decisiones surge entonces la conclusión de que las normas relacionadas con la minería son susceptibles de afectar directamente a las comunidades étnicas.”

Dicha afirmación se dio en el marco del ejercicio de control concentrado y abstracto de la Constitución, y no en el ejercicio de control difuso, para un caso concreto. Por lo que, nuevamente, se reitera la necesidad que se presente los argumentos del porqué la suscripción del contrato constituyó una afectación territorial, pues dicha actividad no está vedada en territorios ancestrales o titulados.

En ese sentido, frente al posible *daño y afectación*, es evidente que esta o este deben ser concretos o que potencialmente puedan causar daños a la comunidad, por lo que se debe evitar que su definición tengan un carácter abstracto o teórico, ya que el artículo 3 y 9 del Decreto-Ley, reiteran que en las afectaciones territoriales debe mediar un daño ambiental, limitación al uso o goce de un derecho, confinamiento, despojo y abandono, entre otros eventos, hechos que no se han configurado, o al menos no existen medios que permitan dar por como probada esta situación, en la medida en que no se han adelantado actos de explotación en el territorio, y el título actualmente se encuentra suspendido, con lo que es improbable que el supuesto daño ambiental se realice.

En suma, se llega a la conclusión de que el contrato de concesión minera, no constituye una afectación territorial vinculada al conflicto armado interno, lo que lo excluye de la posibilidad de configurar el hecho indicador de la presunción del artículo 127 numeral 1 del Decreto Ley 4635 de 2011.

3.1.4.2.1. La posible configuración de la presunción en derecho por eventuales afectaciones territoriales que limiten el uso y goce del derecho: Daño ambiental y ausencia de consulta previa.

En el presente caso, se podría argumentar que se activó la presunción en derecho, ya que el contrato de concesión minera eventualmente causó un daño ambiental (art 9 DL 4635 de 2011) o que la ausencia de consulta previa generó posibles afectaciones territoriales que recaigan total o parcialmente sobre el territorio colectivo de la comunidad al limitar el uso y goce de los derechos territoriales.

Por tal razón, entraremos a estudiar a) si se configuró un daño ambiental y b) si la ausencia de consulta previa generó una afectación territorial.

a- Daño ambiental y territorial

Al respecto, el artículo 9 del Decreto Ley define que: *“Se produce un daño ambiental y territorial cuando por razón de los hechos victimizantes a que se refiere el artículo 3° de este decreto, se afectan los ecosistemas naturales, la sostenibilidad y sustentabilidad del territorio de las comunidades. La restauración del entorno natural y la adopción de medidas para su protección serán condiciones básicas para garantizar la salvaguarda de la relación indisoluble entre territorio, naturaleza e identidad cultural.”*

El artículo está compuesto de dos partes: 1) Conceptualización de la categoría de “daño ambiental y territorial” y 2) La directriz de la restauración del entorno natural como garantía básica. Para nuestro análisis, solamente nos concentraremos en la primera parte, es decir, en lo relativo a la definición. El daño ambiental y territorial conceptualizado dentro del Decreto-Ley tiene tres componentes:

1. La ocurrencia de hechos victimizantes.
2. Afectación a los ecosistemas naturales (EN) o afectación a la sostenibilidad y sustentabilidad del territorio de las comunidades (SSTC).
3. Un daño, es decir, la pérdida o menoscabo sufrido por una persona natural, jurídica o colectiva en su patrimonio o la vulneración de sus derechos fundamentales.

Así las cosas, en el marco del Decreto Ley 4635 de 2011, tenemos tres características que nos permiten identificar hechos que podemos calificar como **daños ambientales y territoriales a comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras en el contexto del conflicto armado (DATCCCA)**:

Por ello, solamente podemos afirmar que estamos frente a daños ambientales y territoriales a comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras cuando converjan tres características a la vez:

1) la ocurrencia de hechos victimizantes en el contexto del conflicto armado, cuyo alcance jurídico está regulado por la Ley.

2) Se produce una afectación a los ecosistemas naturales o a la sostenibilidad y sustentabilidad de los territorios de las comunidades, es decir una alteración material, la lectura del Decreto Ley no da cabida a interpretar eventuales o posibles afectaciones, sino *a consecuencias materiales asociadas con los hechos victimizantes que alteraron (hecho consumado) el ambiente o la sostenibilidad de los territorios colectivos*, por último, y muy relacionado con este segundo punto,

3) el menoscabo al patrimonio colectivo y ambiental del territorio de la comunidad debe ser cierto, real y commensurable, lo anterior significa que debe haber algún sistema de registro cualitativo o cuantitativo por medio del cual sea posible dar cuenta del detrimento de la riqueza ecológica o la disminución de los servicios ambientales con los cuales la comunidad garantizaba su sostenibilidad. De todo lo anterior, cobra importancia que el artículo hable de la restauración como directriz de reparación, dado que solamente es posible reparar lo que ha sido afectado, dañado o perturbado.

Todo lo anterior, cobra importancia, ya que la lógica del artículo 9 se inserta en la restauración como directriz de reparación, dado que solamente es posible reparar lo que ha sido afectado, dañado o perturbado.

Ahora, para que una operación minera sea considerada como causa eficiente de un DATCCCA en los términos del artículo noveno del Decreto 4635, debe cumplir con los tres requisitos:

1. Que la extracción esté claramente asociada a la ocurrencia de hechos victimizantes en el contexto del conflicto armado.
2. Que una vez puesta en marcha la operación extractiva, esta haya causado impactos ambientales, alterando los ecosistemas y los servicios que estos proporcionan a las comunidades.
3. La consumación de todo este proceso, debe permitirnos identificar un "antes" y un "después" de la operación extractiva, contraste por el cual sea visible que hubo una vulneración a los derechos fundamentales de las comunidades.

Particularmente, en el caso de las operaciones mineras que cumplen con los requisitos legales, existe la probabilidad que concurren estos tres elementos, lo cual nos lleva a formular la hipótesis de que un título minero sea una causa de daño ambiental y territorial.

En este sentido, el criterio clave que nos permite reconocer si aplicamos o no esta unidad normativa (El Decreto Ley 4635 de 2011) es la realización de actividades de extracción soportadas en un título de concesión minera debidamente otorgado, pues, *en ausencia de actividades extractivas no se produce una afectación o menoscabo a los ecosistemas o los servicios que prestan a las comunidades, y por lo tanto, no hay necesidad de adoptar políticas restaurativas*, tal como está señalado en la segunda parte del artículo noveno.

Se concluye, entonces, que la existencia de un título de concesión minera, que no ha sido implementado, excluiría en principio hechos constituyentes de daños ambientales y afectaciones territoriales. Cualquier otro motivo que no ha permitido al titular de la concesión minera llevar a cabo las operaciones extractivas, como la suspensión del título por la autoridad competente o por un juez, son suficiente razón para entender que no hacen parte del conjunto de hechos que causan los daños ambientales y afectaciones territoriales del Decreto 4635 de 2011.

En suma, no se puede configurar el daño ambiental de que trata el artículo 9 del Decreto Ley 4635 de 2011, ya que al estar suspendido el título minero nunca se pudo adelantar actividades de explotación o extracción de lo que se deduce la ausencia de este tipo de perjuicio.

b. Sobre la ausencia de consulta previa y la posible configuración de una afectación territorial por limitar el uso y goce de los derechos territoriales.

Ahora bien, en el presente caso podría alegarse que la ausencia de consulta de previa a la suscripción del contrato de concesión constituyó una afectación territorial en los términos del artículo 110 del Decreto Ley 4635 de 2011, y que en efecto, podría derivarse la aplicación de la presunción del artículo 127 del citado Decreto Ley, porque el contrato de concesión minera posiblemente limitó el uso y goce de los derechos territoriales

Sin embargo, frente a esa hipótesis es menester analizar si en el momento en que se realizó el contrato de concesión se predicaba la obligatoriedad para el concesionario de realizar la consulta previa y si está tiene una relación con el concepto de afectaciones territoriales en el marco del conflicto armado.

Al respecto, la sentencia de la Corte (T-1045^a de 2010) sentó un precedente importante, pues determinó la relación inescindible entre territorio y pervivencia de la comunidad, y entre el derecho a la consulta previa en la explotación de recursos naturales, y las afectaciones comprobadas en el proceso de caracterización.

Sin embargo, la discusión sobre el particular no es si la ausencia de la consulta previa constituya una afectación directa en sí, pues es evidente que la realización de labores de explotación de recursos naturales en zonas de territorios colectivos, sin la realización de dicha consulta, lo es. La discusión radica es en qué momento se predica la obligatoriedad para el concesionario de realizar la consulta previa y si está tiene una relación con el concepto de afectaciones territoriales en el marco del conflicto armado.

Sobre el particular, según documento expedido por la Agencia Nacional de Minería del 6 de noviembre de 2013, en donde se resuelve una consulta en relación al tema del agotamiento de la consulta previa, la Agencia sostuvo que al no consolidarse el derecho en cabeza del solicitante del título minero previo a la celebración del contrato de concesión, este no tendría la responsabilidad de iniciar el trámite de consulta previa: *"en la etapa precontractual (...) el proponente minero todavía no tiene ningún derecho para realizar actividad alguna (...) por lo que no es posible requerir la consulta previa en dicha etapa, sino únicamente cuando se tiene certeza de la posibilidad de desarrollar actividades mineras."*

Sin embargo, el mencionado concepto también fue claro en señalar que la Corte estableció el deber de consulta previa en diferentes momentos y dependiendo del caso concreto, por lo que no se puede indicar un tiempo determinado, sino que dependerá de la forma en que se realizan las actividades de exploración y explotación y de la relación de la comunidad con el entorno.

Ahora bien, en sentencias T-766 de 2015, T-849 de 2014 y T-576 de 2014, la Corte ha reiterado que la realización de la consulta no debe estar atada a una etapa específica, sino a circunstancias donde se evidencia una afectación directa a los derechos de los pueblos indígenas, afros, palenqueros, raizales o rom, entendiéndose por esta, en los casos de medidas legislativas, una circunstancia de *"imposición de cargas o atribución de beneficios a una comunidad, de*

tal manera que modifique su situación o posición jurídica.” (T-766 de 2015). Con lo que entonces, la afirmación de la Agencia Nacional Minera en el sentido de indicar que en la etapa precontractual no sería necesaria la consulta previa, debe ser analizada bajo estos pronunciamientos.

Concepto que ligado al de afectaciones del Decreto-Ley 4635 de 2011, supone que esas cargas o atribuciones que modificaron la situación o posición jurídica de la comunidad en relación con su territorio se debieron a acciones vinculadas al conflicto armado causadas directa o indirectamente por este, en la medida que causaron abandono, confinamiento, despojo territorial y otras formas de limitación al goce efectivo de los derechos, usos y costumbres y usos del suelo por parte de la respectiva comunidad.

Al respecto, en sentencia de 8 de octubre de 2015, la Corte Interamericana precisó en relación con el momento en que debe hacerse la consulta previa que:

“217. En particular, respecto del momento en que debe efectuarse la consulta, el artículo 15.2 del Convenio 169 de la OIT señala que “[e]n caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras”.

218. En vista de lo anterior, la Corte considera que la consulta debe ser aplicada con anterioridad a cualquier proyecto de exploración que pueda afectar el territorio tradicional de las comunidades indígenas o tribales.”

222. En virtud de lo anterior, la Corte constata que si bien la legislación de Honduras reconoce a los pueblos indígenas y afro hondureños el derecho a la consulta y lo refiere a los estándares internacionales, las disposiciones reglamentarias en materia de minería supeditan su realización a la fase inmediatamente anterior a la autorización de la explotación minera. En este sentido, dicha regulación carecería de la precisión necesaria de los estándares analizados sobre el derecho a la consulta, particularmente con lo señalado en Caso Pueblo Saramaka Vs. Suriname y Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, según los cuales la consulta debe realizarse en las primeras etapas del proyecto; es decir, de forma previa a la autorización programas de prospección o exploración con las salvedades antes expuestas (supra párr. 218). No obstante, la Corte ha señalado que la consulta además de constituir una obligación convencional es también un principio general del derecho internacional, que los Estados deben de cumplir, independientemente de que esté regulada expresamente en su legislación, por lo que la exigencia consiste en que el Estado cuente con mecanismos adecuados y efectivos para garantizar el proceso de consulta en estos casos, sin perjuicio de que pueda ser precisada en ley.”

En ese sentido, la Corte Interamericana resalta que incluso en eventos de prospección es necesaria la consulta previa, **siempre que se cumpla la condición de afectación directa derivada de tal actividad.**

Interpretación acorde con lo señalado por la Corte Constitucional en sentencia C-891 de 2002, que analizó la constitucionalidad del artículo 39 de la ley 685 de 2001, que señala que: *La prospección de minas es libre, excepto en los territorios definidos para minorías étnicas tal y como lo contempla el Capítulo XIV de este Código, (...) Cuando haya de efectuarse en terrenos de propiedad particular, se requerirá dar aviso previo al dueño, poseedor, tenedor o administrador, directamente o a través del alcalde.*

Ahora bien, el capítulo XIV del Código de Minas, hace referencia a las zonas mineras Indígenas y Afros, que son instrumentos de Ley para el ejercicio de minería por parte de los pueblos ancestrales, y es allí donde el requisito exigido en el artículo 39 se activa.

Sin embargo, esto no significa que siempre que se vaya a realizar prospección, que como el artículo indica, no hace parte de una etapa pre contractual en estricto sentido, se deba hacer consulta, pues esta está sujeta a la existencia de una afectación directa.

El argumento según el cual el párrafo 2 del artículo 15 del Decreto 1745 de 1995 obliga a la realización de la consulta previa "Para todos los casos señalados en los literales b), c) y d) del numeral 1º del artículo 15 (...)" anterior a la celebración de cualquier contrato u otorgamiento de título que tenga por objeto el aprovechamiento de los recursos naturales; no se compadece con los múltiples pronunciamientos de la Corte Constitucional que ha indicado que, para la fecha de celebración del contrato hoy analizado, no era obligatoria la realización de la consulta en la etapa precontractual sino cuando se verificase la posible afectación directa, que podría recaer en dicha etapa o en otra posterior. Así como el concepto referido en párrafo anterior No. 20141200047773. De otro lado, la Ley 685 de 2001 establece que en materia de minería, que es un caso particular del universo de los recursos naturales, se aplica la normativa establecida por esta.

Es más, en los precedentes judiciales al respecto, (Alto Andágueda, Renacer Negro, Eyakéra) el Tribunal y los juzgados respectivos, ordenaron en cada caso la suspensión de los títulos o procesos de titulación, por temas relacionados con consulta previa, hasta tanto se adelante este trámite. Evento que en el presente caso, resulta inane, en la medida que el título está suspendido.

De otro lado, la ausencia de consulta previa como afectación territorial, debe estar enmarcada en el conflicto armado; como se sostuvo en sentencia del Alto Andágueda, y además, en estos casos, lo relevante para el juzgado fue dar aplicación al artículo 166 del Decreto Ley 4633 de 2011, artículo que encuentra su paralelo en el Decreto Ley 4635 de 2015 en el artículo 130; por lo que, lo procedente fue ordenar la suspensión de los títulos mineros hasta tanto no se realizara la consulta previa.

Recientemente, con la expedición de la sentencia C-389 de 2016 la Corte Constitucional definió la necesidad de una interpretación armónica de la obligatoriedad de la consulta previa, incluso en la etapa precontractual de la actividad minera. La Corte misma reconoció diversas interpretaciones jurídicas alrededor de este y otros temas.

"Tal como se indicó en la primera parte de esta providencia, la Sala estima que esta respuesta ya se encuentra en el ordenamiento jurídico colombiano, a raíz de la jurisprudencia ampliamente reiterada. Pero tanto la demanda, como el conjunto de intervenciones incorporadas al trámite, dan cuenta de la existencia de una opinión generalizada distinta. La Sala aclara que, en este caso, no se trata de la existencia de derecho viviente, es decir, de un conjunto de decisiones adoptadas por los jueces en el marco de sus competencias, que terminan por hacer dominante una interpretación determinada. Lo que se evidencia, en cambio, es ausencia de claridad entre los operadores jurídicos en torno a los principios constitucionales mencionados.

-. Por lo tanto, la Sala declarará exequibles los artículos 122, 124 y 133 del Código de Minas, bajo el entendido de que es constitucionalmente admisible sólo si se tiene en cuenta que las comunidades étnicas deben ser consultadas con relación a los proyectos de minería susceptible de afectarlas directamente (C-371 de 2014, T-129 de 2011, T-769 de 2009, entre muchas otras). Y si, de acuerdo con lo expuesto, en los párrafos precedentes, las decisiones que afecten directa e intensamente sus derechos sólo se implementan en caso de obtener el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades."

Sin embargo, es importante señalar que las subreglas de esta sentencia solo serán aplicables hacia el futuro y no de manera retroactiva. Lo que excluiría al presente caso.

Para concluir, como se verificó en este caso, en el momento que se firmó el contrato de concesión minera, por un lado, no era obligatorio la realización de la consulta previa a la firma del negocio jurídico; pues así se desprende de lo definido por las diversas sentencias de la Corte Constitucional y el Concepto de la Agencia Nacional Minera. Y, de otro lado, no existen evidencias probatorias que permitan afirmar una correspondencia fáctica entre la suscripción

del título minero y hechos que guarden relación con factores subyacentes y vinculados al conflicto armado interno.

Así las cosas, de la ausencia de consulta previa, en el presente caso, no se puede configurar una afectación territorial en los términos del artículo 110 del Decreto Ley 4635 de 2011, pues no supone una limitación al uso y goce de derechos territoriales.

3.5. Que el acto administrativo o sentencia judicial otorgue derecho real u otro derecho a favor de tercero sobre tierras colectivas de comunidades negra;

Ahora bien para analizar si es factible solicitar la “inexistencia” o nulidad de los actos administrativos expedidos en el proceso de concesión, es importante aclarar que, en este punto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, y del Consejo de Estado han reconocido el carácter especial del contratos de concesión minera, y por ello, solicitar la nulidad del acto administrativo que ordenó la suscripción del contrato, no es válido, en primer lugar, porque dicha figura no existe en la legislación minera, ya que no se trata de actos jurídicos complejos o de contratos de concesión en términos de la ley 80 de 1993, como tampoco es dable, profesar la existencia de un acto administrativo en el proceso contractual que ordene la suscripción de dicho contrato. Tanto así, que en el proyecto de demanda no se hace referencia alguna al número de la supuesta resolución y/o acto administrativo que se está atacando. Lo que determina la Ley 685 de 2011 en su artículo 279 es que una vez resueltas las oposiciones e intervenciones de terceros, se celebrará el contrato de concesión minera, en decir que, la firma del contrato de concesión no está precedida por un acto administrativo, toda vez que se trata de una orden perentoria de la Ley.

Por esto y en relación con el título minero consistente en contrato de concesión, esta Dirección considera que la naturaleza jurídica del contrato de concesión es *sui generis*, en tanto, y a diferencia del antiguo Código de Minas el Decreto-Ley 2655 de 1988, que definía claramente que una modalidad de concesión constituía un acto administrativo denominado “licencias de explotación y exploración”; el nuevo Código, estableció un importante cambio, en la que claramente se determinó que el contrato de concesión es la única forma de acceder a la explotación de recursos mineros y es un negocio de naturaleza civil y comercial no asimilable a otros contratos estatales.

Se tiene que bajo la anterior normativa las licencias constituían un acto autónomo de la administración que habilitaba a un particular para que iniciara el proceso de exploración o explotación según el caso, tal como se establecía en el artículo 16 del Decreto Ley 2655 de 1988:

“ARTICULO 16. TITULO MINERO. Título minero es el acto administrativo escrito mediante el cual, con el lleno de los requisitos señalados en este Código, se otorga el derecho a explorar y explotar el suelo y el subsuelo mineros de propiedad nacional. Lo son igualmente, las licencias de exploración, permisos, concesiones y aportes, perfeccionados de acuerdo con disposiciones anteriores.”

Sin embargo, se destaca nuevamente, el Código de Minas – Ley 685 de 2001 – determinó que la única manera de acceder a la exploración y explotación de los recursos del subsuelo a partir de la vigencia de dicha ley, es a través del contrato de concesión:

“Artículo 14. Título minero. A partir de la vigencia de este Código, únicamente se podrá constituir, declarar y probar el derecho a explorar y explotar minas de propiedad estatal, mediante el contrato de concesión minera, debidamente otorgado e inscrito en el Registro Minero Nacional.

Por lo que, como conclusión, el contrato de concesión minera no debe confundirse con un acto administrativo, ya que el artículo 45 de la pluricitada ley, definió la naturaleza jurídica del contrato de concesión como distinta de la de los contratos de obra y de concesión de servicio público, además del hecho de que su regulación esté sujeta a lo dispuesto en la Ley 685 de 2001; y remitió, en su artículo 289, la solicitud de nulidad del contrato de concesión a los requisitos del artículo 87 del Decreto 1 de 1984, Código Contencioso Administrativo -- hoy derogado. Esto es, la acción de controversias contractuales, regulada actualmente en el artículo 141 de la

Ley 1437 de 2011 -Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

En razón a ello, no le son aplicables las presunciones de nulidad de los actos administrativos a los contratos de concesión en el proceso de restitución, es decir, lo señalado en el numeral 2 del artículo 127 Decreto Ley, bajo el amparo de la ley 685 de 2001; dado que, como se ha repetido, los contratos de concesión no son actos administrativos, y tampoco existe un acto administrativo previo a la suscripción del contrato que ordene la firma del mismo. (Artículos 258 a 279 de la Ley 685 de 2001).

3.2. La posible configuración de las presunciones legales del artículo 128 del Decreto ley 4635 de 2011

Frente a la presunción legal regulada en el artículo 12 del Decreto Ley 4635 de 2011, es relevante señalar que la sanción que se da a los actos administrativos es la nulidad y de los negocios jurídicos (contratos) es la inexistencia.

Sobre este punto, el presente concepto analizará los numerales 1 y 2 del citado artículo, pues son los que tienen una relación directa con el caso concreto.

3.2.1. Presunción de nulidad para ciertos actos administrativos en caso de Comunidades sin título.

El numeral 1 del artículo 128 del Decreto Ley 4635 de 2011, indica que:

1. Presunción de nulidad para ciertos actos administrativos en caso de Comunidades sin título. Para efectos probatorios dentro del proceso de restitución se presume legalmente que están viciados de nulidad absoluta los actos administrativos que hubieren titulado u otorgado otra clase de derechos a terceros en tierras baldías ocupadas o utilizadas culturalmente por Comunidades Negras. La declaratoria de nulidad de tales actos podrá ser decretada por la autoridad judicial que esté conociendo de la solicitud de restitución, y producirá el decaimiento de todos los actos administrativos posteriores y la nulidad absoluta de todos los actos y negocios jurídicos privados que recaigan sobre la totalidad del territorio o parte del mismo.

Como bien lo indica el artículo en comento, esta presunción tiene como objeto la protección de territorios colectivos ancestrales que aún no han sido titulados, caso que no es aplicable en este asunto, en la medida que el territorio del consejo comunitario COCOLATU fue titulado previo al establecimiento del título minero. Así lo expresa el tenor literal del artículo que señala que los actos administrativos se presumen nulos cuando “hubieren titulado u otorgado otra clase de derechos a terceros en tierras baldías ocupadas o utilizadas culturalmente por Comunidades Negras”

Y, como se ha clarificado, los contratos de concesión no son actos administrativos, por ello, no es factible presumir legalmente la nulidad de estos instrumentos. En ese sentido, no se cumplen los hechos indicadores para alegar la presunción legal respecto de la nulidad del contrato de concesión estudiado, en la medida que el título no está contenido en acto administrativo y este no se dio sobre territorios ancestral de la comunidad sino sobre tierras comunales legalmente constituidas.

3.2.2. Presunciones de inexistencia de ciertos contratos

Ahora bien, frente a la presunción legal del artículo 128 numeral 2, que establece la inexistencia de ciertos contratos, se cita:

2. Presunciones de inexistencia de ciertos contratos. Se presume legalmente que los actos de transferencia de derechos en títulos individuales y colectivos en virtud de los cuales perdieron el goce efectivo del derecho son inexistentes por ausencia de consentimiento o de causa lícita en los siguientes casos:

a). En cuya colindancia hayan ocurrido actos de violencia generalizados, fenómenos de desplazamiento forzado colectivo, o violaciones graves a los Derechos Humanos en la época en que ocurrieron las amenazas o hechos de violencia que se alega causaron el despojo o abandono, o en aquellos inmuebles y territorios en los cuales se haya solicitado las medidas de protección de tierras y territorios individuales, colectivas y étnicas, excepto en aquellos casos autorizados por la autoridad competente, o aquellos mediante el cual haya sido desplazada la víctima de despojo, su cónyuge, compañero o compañera permanente, los familiares o mayores de edad con quienes convivía o sus causahabientes;

También, y como se ha indicado, el contrato de concesión no transfiere derechos reales de particulares ni de la comunidad étnica, siendo este requisito *sine qua non* para presumir legalmente la inexistencia. De otro lado, la lectura del artículo, supone que este contrato está viciado por ausencia de consentimiento, situación que no puede ocurrir en los contratos de concesión, en donde las partes son el Estado y un particular. No se puede predicar ausencia de consentimiento de la comunidad ni de miembro de ella, cuando ella no es parte del contrato.

Tampoco se puede presumir la causa ilícita de un contrato de concesión, en la medida que el origen y propósito contrato, no están mediados por el consentimiento de la comunidad, al no ser parte de este. La comunidad si tiene un derecho fundamental a ser consultada sobre estos contratos por tener su objeto sobre territorios ancestrales o titulados y que la explotación se haga respetando sus usos y costumbres.

En conclusión, la presente presunción legal no se aplica en el presente caso porque, por un lado, el contrato de concesión minera no transfiere derechos reales y, por otro, la comunidad no es parte dentro del referido negocio jurídico.

4. Análisis de otros hechos y pruebas relevantes que llegarían a configurar los hechos indicadores de la presunción del artículo 127 del Decreto Ley 4635 de 2011

En el informe de caracterización se hacen diversas afirmaciones que eventualmente podrían constituir afectaciones territoriales las cuales están ligadas a las posibles actuaciones de la concesionaria en relación a los derechos de la comunidad. Estos son:

4.1 En el informe de caracterización se indica que el título de concesión minera se superpone con predios que están en manos de grandes acumuladores de tierras que, en algunos casos, actúan como opositores y que, como se ha dicho, pudieron haber aprovechado las circunstancias de desplazamiento, despojo y confinamiento de la comunidad para poder realizar grandes proyectos productivos; lo que a la postre afectó la soberanía alimentaria del consejo, produjo daños en el territorio colectivo y modificó sustancialmente la vocación del suelo.

4.2 Se relata, en el informe, que en el año 2009 varios miembros del consejo se encontraron con funcionarios de la compañía concesionaria, quienes adelantaban estudios exploratorios en el Cerro Cuchillo, siendo autorizados por los terceros ocupantes del territorio, mas no por el consejo o miembro alguno de éste y sin que se realizase algún proceso consultivo

4.3 Las posibles afectaciones territoriales por la suscripción del contrato, según el informe de caracterización, aparentemente están ligadas a una concentración de los recursos mineros por parte de dos empresas, quienes conforman un oligopolio, que en muchos casos han financiado aparatos militares estatales para la protección de sus inversiones, lo que impulsa la violación de DD.HH. También, se llama la atención del papel del Estado en la política de reparación integral, pues con sus decisiones en materia minera desatiende los principios de pervivencia física de los pueblos.

4.4 Se afirma, que la situación del conflicto armado en la zona era ampliamente conocida al tiempo que se celebraron los contratos de concesión y, por ello, la autoridad minera debió tener en cuenta este hecho al momento tomar decisiones que pudieran tener un impacto en la

comunidad, máxime que para la fecha en que se suscribieron los contratos ya estaba vigente la diversa normativa sobre reparación integral a las comunidades étnicas.

4.5 Además de lo anterior, se expresa que la constitución de dichos procesos de exploración y explotación haría más difícil las condiciones de retorno para la comunidad, teniendo en cuenta que la zona sigue bajo control de grupos ilegales y que está traslapada con el contrato de concesión, que es de vital importancia ecológica y económica para la comunidad.

4.6 Que la comunidad teme que la exploración y explotación genere nuevos despojos y dinámicas renovadas de violencia, además que la minería a gran escala, legal o ilegal, podría impactar a los cuerpos de agua y quebradas que constituyen, a falta de un acueducto, la principal fuente de agua de la región.

Respecto del numeral 4.1: Se destaca, que no existe prueba de un aprovechamiento de la concesionaria ni del Estado Colombiano de la situación de violencia *a la hora del otorgamiento del título*, en tanto, en el proyecto de demanda no se muestra que esta hubiese actuado de mala fe o que el negocio jurídico de concesión haya estado relacionado con el conflicto armado; como si se logró demostrar la actuación de algunos particulares que ejercieron acumulación indebida de las tierras del consejo comunitario, actos estos que a diferencia de la firma de un contrato de concesión, sí son considerados inexistentes por realizarse sobre territorios imprescriptibles, inembargables e inalienables y constituir transferencias de derechos dominio sobre territorio de la comunidad.

Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre con el contrato de concesión, el informe de caracterización sí es preciso en señalar cómo la acumulación posiblemente indebida de tierras comunales a favor de terceros no étnicos afectó la soberanía alimentaria de los habitantes y agravó el confinamiento de la comunidad.

De otro lado, y aunque es probable que producto de la concesión minera, los posibles acumuladores de tierras comunales puedan salir beneficiados, el Decreto Ley tiene herramientas suficientes, en su artículo 128, para declarar inexistentes o nulos los actos de estos particulares que constituyeron una afectación territorial, en la medida que se trata de actos de transferencias de dominio sobre derechos territoriales de las comunidades. Razón por la cual en las demandas se solicita la presunción inexistencia de dichos contratos.

Respecto al 4.2: no se encuentra probado que haya habido exploraciones o explotaciones que devengan del contrato de concesión minera. Más aun, como en reiteradas oportunidades se ha señalado, el título se encuentra suspendido.

En relación al numeral 4.3: La tesis respecto de la cual existe un oligopolio minero, que abarca una importante área del territorio colectivo, e incluso del departamento, no puede extrapolarse al fenómeno de concentración de tierras, en la medida que la actividad minera, a través de los contratos de concesión, no acaparan dominio, ya que por su naturaleza no se transfiere la propiedad, tal como aquí ha sido analizado.

Tampoco, el hecho que las compañías mineras hayan establecido, a través de convenios de cooperación con unidades militares, para otras concesiones diferentes a la aquí estudiada, puede verse como una afectación, en la medida que dicha situación no se materializó en el presente caso.

No es claro, nuevamente, que se relacione las posibles actuaciones irregulares de la Decimoséptima Brigada del Ejército en la zona, con presuntas actividades de la compañía concesionaria, en la medida en que, se repite, no hay evidencia en concreto que haya habido

algún tipo de relación de la compañía contratante con actores armados irregulares o regulares de manera ilegal. Es más, fue la misma compañía quien alegando la imposibilidad de realizar actividades mineras en la zona, quien solicitó la suspensión; pues fue el mismo Ejército Nacional quien alertó de la situación.

Respecto de los puntos 4.4, 4.5 y 4.6, esta Dirección estima que son supuestos hipotéticos que no se encuentran acreditados, ya que parten de la base de posibles riesgos o eventos futuros que no han generado afectaciones territoriales. Frente a ello, se recomendará que frente a cualquier acto de exploración y explotación, frente al título suspendido, obligatoriamente se deberá activar el mecanismo de consulta previa para proteger los derechos fundamentales de la comunidad.

Conclusiones.

1. El proyecto de demanda no contiene elementos suficientes para determinar que el contrato de concesión minera No. *GLL-15R* significó una carga que modificó la situación de la comunidad, y que tal negocio jurídico haya determinado una afectación territorial que limitó el goce efectivo de derecho y los usos y costumbres en relación con el territorio. O que el conflicto armado hubiese sido determinante en la limitación al derecho de consulta previa antes de la suscripción al contrato.

Por lo que, el análisis de la legalidad del contrato, en este caso, debe ser cuidadoso, pues solicitar la declaratoria de nulidad o inexistencia del título minero a través de las referidas presunciones constituye un riesgo de daño antijurídico importante para la Unidad y el Estado Colombiano en caso de enfrentarse a mecanismos de solución de controversias contractuales en el marco de tratados de libre inversión o de protección de inversión minera o de demandas de reparación directa. Máxime, cuando en el momento que se suscribió el contrato de concesión minera se acreditaron todos los requisitos legales y jurisprudenciales exigibles en esa coyuntura. En últimas, son los recursos del erario quienes quedarían comprometidos.

2. Respecto de las facultades que tiene el Juez, es importante señalar que la activación de una presunción (legal o de derecho) no depende de que se soliciten en una pretensión, ya que en el evento de que se configuren los hechos indicativos, con los medios probatorios aportados al proceso, es el juez de restitución quien deberá determinar su procedencia.

3. Dado que la autoridad en materia minera tiene una incidencia e interés directo en la resolución del conflicto aquí planteado, es necesario que se cite a esta, para que realice las intervenciones procesales necesarias con el objeto de determinar, si existió alguna actuación irregular en el proceso de concesión, que haya sido derivada del contexto del conflicto armado en la zona y que esta irregularidad sea una afectación territorial.

4. A su vez, debido a que la Defensoría del Pueblo por expresa disposición constitucional (artículo 282) y de ley (Ley 9 de 1992 y Decreto Ley 25 de 2014) tiene como función "*Imponer acciones públicas en defensa de la Constitución Política, de la ley, del interés general y de los particulares, ante cualquier jurisdicción, servidor público o autoridad.*" Es menester indicar que se convoque a dicho organismo para que en relación con sus competencias se pronuncie respecto del caso concreto.

Recomendaciones.

De esta manera la propuesta de la Dirección Jurídica con relación al problema jurídico planteado:

Primero: Frente al contrato de concesión No. GLL-15R, se recomienda no solicitar al juez que dé aplicación de las presunciones de los numerales primero y segundo del artículo 127 del Decreto – Ley 4635 de 2011 y de los numerales primero y segundo literal a del artículo 128 del citado Decreto Ley, según lo reseñado en el presente documento.

Segundo: Es el Juez de Restitución de Tierras quien tiene la facultad de pronunciarse sobre la procedencia o activación de las presunciones legales y de derecho, teniendo en cuenta el material probatorio aportado, sin que sea necesario alegarlas en la demanda.

Tercero: Dado que la Agencia Nacional Minera, tiene interés directo en la resolución del caso concreto, se solicite del juez vincular a esta entidad estatal.

Cuarto: Convocar a la Defensoría del Pueblo para que en el ámbito de sus competencias realice las actuaciones a que haya lugar en el caso del territorio colectivo. .

Quinto: Se ADVIERTA a la concesionaria que, en caso de que se vayan a iniciar actividades de minería dentro del territorio del Consejo Comunitario de La Larga Tumaradó, dé cumplimiento a la normatividad legal y los lineamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional sobre la protección del derecho fundamental a la consulta previa.

En los términos del artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, “salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución”



Rubén Darío Revelo Jiménez
Director Jurídico

U.A.E. de Gestión de Restitución de Tierras

Proyectó: MRicaurteM

