

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN B

Magistrado ponente: Alberto Montaña Plata

Bogotá D.C., 26 de enero de 2023

Radicación: 11001-1032-6000-2013-00089-00 (47688)
Demandante: Natalia Paola Caroprese Castro
Demandada: Nación - Ministerio de Minas y Energía
Referencia: Acción de nulidad simple

Temas: nulidad simple – nulidad de decreto reglamentario

Síntesis del caso: la demandante solicitó la declaratoria de nulidad de algunos artículos de los Decretos reglamentario 935 y 1300 de 2013.

Decide la Sala, en única instancia, la demanda de nulidad interpuesta en contra de algunos apartados de los artículos 2 y 3, 5 y 6 del Decreto Reglamentario 935 del 9 de mayo de 2013 y de los artículos 1 y 2 del Decreto Reglamentario 1300 de 2013¹.

Contenido: 1. Antecedentes – 2. Consideraciones – 3. Decisión.

1. ANTECEDENTES

Contenido: 1.1. La demanda, las normas violadas y el concepto de la violación – 1.2. Trámite del proceso

1.1. La demanda, las normas violadas y el concepto de la violación

1. Natalia Patricia Caroprese Castro presentó **demanda de nulidad**², en contra de algunos artículos de los decretos 935 y 1300 de 2013, expedidos por el Presidente de la República, haciendo gobierno con el Ministerio de Minas y Energía, con el objeto de que se hicieran las siguientes declaraciones (se transcribe):

"Que se declare la nulidad de los siguientes artículos o disposiciones normativas, contenidos en el Decreto Reglamentario 935 de 2013, expedido el 9 de mayo de 2013 y publicado en el Diario Oficial No. 48.785, del 9 de mayo de 2013:

2.1 El aparte resaltado y subrayado del artículo 2º, a saber:

Artículo 2º. *Una vez presentada la propuesta de contrato de concesión, la omisión en la presentación de alguno de los requisitos establecidos en el artículo 271 y su*

¹ El Consejo de Estado es **competente** para conocer, en única instancia, de los asuntos en los que se debata la nulidad de actos administrativos expedidos por las autoridades del orden nacional, conforme a lo dispuesto por el artículo 137 y el numeral 1 del artículo 149 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA).

² Folios 3-39 c. 1.

reglamento, incluyendo los documentos de soporte de la propuesta de contrato de concesión requeridos para la evaluación en el término fijado para remitirlos, dar lugar al rechazo de plano de la propuesta.

2.2 El aparte resaltado y subrayado del artículo 3º, a saber:

Artículo 3º. *Si habiéndose reunido todos los requisitos establecidos en el artículo 271 y su reglamento, se presentaren deficiencias en el diligenciamiento*

de alguno o algunos de ellos, la autoridad minera procederá a objetar la propuesta y a requerir que sea subsanada, conforme a lo dispuesto por el artículo 273 de la Ley 685 de 2001.

2.3. El artículo 5, a saber:

Artículo 5. Para efectos de soportar el estimativo de la inversión económica como requisito de la propuesta en los términos del literal f) del artículo 271 de la Ley 685 de 2001, la autoridad minera o concedente deberá exigir del proponente los estados financieros de propósito general ya sean básicos o consolidados, en este último caso si fuere aplicable, conforme a lo dispuesto en el Decreto Reglamentario 2649 de 1993 o las normas que lo modifiquen, sustituyan o adicionen, con el fin de evaluar dichos estados financieros.

Parágrafo. La autoridad minera o concedente rechazará las propuestas en los términos del artículo 274 de la Ley 685 de 2001, si después de hacer la evaluación y los análisis financieros, con base en los estados financieros suministrados bien sean de propósito general básicos o consolidados, según el caso, determina la falta de capacidad económica para adelantar las inversiones en las actividades mineras.

2.4. El artículo 6, a saber:

Artículo 6°. Derogado por art. 3, Decreto Nacional 1300 de 2013. Este decreto también aplicará para la evaluación de las propuestas de contratos de concesión presentadas en vigencia de la Ley 1382 de 2010 y que a la fecha de promulgación del presente decreto se encuentren pendientes de evaluación, o surtiendo los recursos de la vía gubernativa, para lo cual la autoridad minera otorgará un término no mayor de 30 días para adecuar su solicitud a estos requerimientos.

Igualmente, solicito que se declare la nulidad de los siguientes artículos o disposiciones normativas, contenidos en el Decreto Reglamentario 1300 de 2013, expedido el 21 de junio de 2013:

2.5 El artículo 1, que modifica el artículo 5° del Decreto 935 de 2013, a saber:

Artículo 1°. Modificar el artículo 5° del Decreto número 0935 del 9 de mayo de 2013, el cual quedará así:

Artículo 5°. Para efectos de soportar la realización de los trabajos de exploración conforme con el literal f del artículo 271 de la Ley 685 de 2001, la autoridad minera o concedente deberá exigir del proponente, persona natural independiente comerciante o no comerciante, persona natural dependiente o persona jurídica, según sea el caso, los siguientes documentos:

1. En caso de tratarse de persona natural independiente no comerciante:

1.1. Certificado de ingresos expedido por un contador público titulado, en cuyo caso se deberá acompañar copia legible de la tarjeta profesional y certificado de antecedentes disciplinarios del contador.

1.2. Extractos bancarios de los tres últimos meses anteriores a la presentación de esta documentación.

1.3. Registro Único Tributario (DIAN) – RUT actualizado.

2. En caso de tratarse de persona natural independiente comerciante:

2.1. Estados financieros de propósito general básicos, debidamente certificados.

2.2. Extractos bancarios de los tres últimos meses anteriores a la presentación de esta documentación.

2.3. Registro Único Tributario (DIAN) – RUT actualizado.

2.4. Matrícula Mercantil.

3. En caso de tratarse de persona natural dependiente:

3.1. Certificado de ingresos y retenciones expedido por la autoridad competente.

3.2. Extractos bancarios de los tres últimos meses anteriores a la presentación de esta documentación.

3.3. Registro Único Tributario (DIAN) – RUT actualizado, si declara renta.

4. En caso de tratarse de persona jurídica:

4.1. Los estados financieros de propósito general ya sean básicos o consolidados, en este último caso si fuere aplicable, conforme a lo dispuesto en el Decreto reglamentario 2649 de 1993 o las normas que lo modifiquen, sustituyan o adicionen, certificados y dictaminados.

Las sociedades subordinadas o controladas deberán presentar estados financieros consolidados de la matriz o controlante e igualmente de la sociedad solicitante de la propuesta de contrato de concesión minera.

4.2. Certificado de Existencia y Representación Legal de la sociedad con una vigencia no mayor a tres (3) meses, que contemple en su objeto social, expresa y

específicamente, la exploración y explotación mineras, conforme lo establece el artículo 17 de la Ley 685 de 2001.

Parágrafo 1º. *El solicitante también podrá soportar la realización de los trabajos de exploración a que hace referencia el presente artículo mediante la presentación de una carta de compromiso de inversión de un tercero. Para tal efecto deberá aportar:*

- (i) Certificación de financiamiento firmada por el Representante legal;*
- (ii) Certificado de existencia y representación legal de la sociedad en la que contemple en su objeto la inversión o financiación de proyectos o la exploración o explotación mineras;*
- (iii) Estados financieros de propósito general ya sean básicos o consolidados, certificados y dictaminados.*

Igualmente, se podrá presentar un aval financiero otorgado por un establecimiento de crédito debidamente vigilado por la Superintendencia Financiera, el cual deberá contenerse en una Carta de crédito o su equivalente expedida por el correspondiente establecimiento de crédito.

Parágrafo 2º. *La autoridad minera o concedente rechazará las propuestas en los términos del artículo 274 de la Ley 685 de 2001, si después de hacer la evaluación y los análisis financieros con base en la documentación presentada, determina que no cuenta con la suficiencia financiera para realizar las actividades de exploración.*

2.5. El artículo 2, a saber:

Artículo 2º. *Este Decreto aplicará para la evaluación de las propuestas de contratos de concesión minera radicadas a partir de la fecha de promulgación del presente decreto así como para aquellas que se encuentren pendientes de evaluación o surtiendo los recursos de la vía gubernativa, para lo cual la autoridad minera otorgará un término para que los proponentes mineros adecúen su solicitud a estos requerimientos”.*

2. Argumentó que las normas derogadas pueden ser objeto de nulidad, por la potencialidad de producir efectos³.

3. La demanda señaló como **violadas las siguientes normas:** artículos 3, 4, 271, 273 y 274 de la Ley 685 de 2001, en concordancia con los artículos 6, 84, 113 y 121, artículo 150.2 y 189.11 de la Constitución.

4. Como concepto de la violación, en la **demanda**, la parte actora explicó que:

³ Refirió como sustento de tal afirmación la Sentencia proferida por la Sala Plena el 14 de enero de 1991, exp. S- 157.

5. Los requisitos de las propuestas de contrato de concesión minera se encuentran en el artículo 271 del Código de Minas (Ley 685 de 2001), las objeciones a la propuesta en el artículo 273 y los eventos en los que procede el rechazo en el artículo 274. Estas normas fueron modificadas por la Ley 1382 de 2010, pero fue declarada inexecutable, por falta de consulta previa, con efectos diferidos al 11 de mayo de 2013 (dos años). Por lo tanto, a la fecha de la presentación de la demanda, las normas del Código de Minas que habían sido modificadas volvieron a su versión inicial. Indicó que el literal f) del artículo 271 del Código de Minas fue incorporado en la ponencia para primer debate del proyecto de ley 127 de 2000 -Cámara (Gaceta del Congreso 238 del 22 de mayo de 2001 donde se expuso que “para el período de exploración resulta necesario adicionar este artículo incorporando un nuevo literal f)” y el ponente del Proyecto de Ley 127 de 2000-Cámara, 269 Senado, representante Álvaro Araújo Castro, indicó que “La columna vertebral de este Código Minero es abrir el acceso de todo aquel que lo

solicite, **sin tener en cuenta su capacidad económica ni su capacidad técnica, a las áreas mineras disponibles en nuestro país**” (negritas no originales)⁴.

6. Por lo tanto, para la demandante, dicho literal, únicamente, exige un estimativo de la inversión económica, mas no incluye la potestad de exigir soportes del estimativo, al tratarse de requisitos adicionales incluidos en el reglamento, tales como los estados financieros de propósito general, básicos o consolidados, y mucho menos se le otorgó legalmente la facultad a la autoridad minera de establecer la falta de capacidad para realizar la inversión estimada y para rechazar la propuesta por esta razón, al ser requisitos y facultades contrarias al querer del legislador. Así, consideró que se incurrió en extralimitación en el poder reglamentario.

7. Argumentó que la potestad reglamentaria tiene como único fin aclarar los mecanismos para la debida ejecución de las leyes y hacerla más explícita, para darle vida práctica, pero es una facultad limitada, porque no puede modificar o adicionar la ley. Aseguró que las normas cuestionadas están viciadas por **infracción de las normas en que deberían fundarse, falta de competencia y desviación de las atribuciones propias de quien las profirió.**

8. Respecto del aparte demandado del artículo 2 del decreto reglamentario expuso que la extralimitación consistió en que adicionó las causales de rechazo de plano de las propuestas de contrato de concesión, que son taxativas según el artículo 274 del Código de Minas, al incluir requisitos adicionales, diferentes a los previstos en el artículo 271 y prever el rechazo por incumplir requisitos previstos en el reglamento. Se crearon así obligaciones adicionales a las legales. Ello contradijo, igualmente, el artículo 84 de la Constitución, según el cual cuando un derecho o una actividad

⁴ Acta de Plenaria de la Cámara 155 del 13 de junio de 2001, Cámara, Gaceta del Congreso, n. 342 del 16 de julio de 2001.

hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio, norma constitucional que fue reiterada en el artículo 4 del Código de Minas según el cual los requisitos que expresamente señala dicho código en el artículo 271 “*serán los únicos exigibles a los interesados*”.

9. En relación con el aparte demandado del artículo 3 del decreto reglamentario 935 de 2013 consideró que, de la misma manera, agregó requisitos reglamentarios no previstos en la ley y, adicionalmente, contrarió el artículo 273 del Código de Minas donde se establecieron, de manera taxativa, las causales de objeción y la consecuente corrección o adición de las propuestas. Esto vulneraría, igualmente, el artículo 3 del Código de Minas, según el cual la regulación minera es completa. Agregó que, de la misma manera que respecto del artículo 2, en este aparte también se desconoció el artículo 84 de la Constitución, norma que fue reiterada y desarrollada por el artículo 4 del Código de Minas, también vulnerado.

10. La causa de nulidad de los artículos 6 del Decreto Reglamentario 935 de 2013 y 2 del Decreto Reglamentario 1300 de 2013 consistiría en que extendieron retroactivamente las obligaciones reglamentarias, requisitos y causales de objeción y, con ello, se sorprendió a los proponentes que presentaron sus propuestas de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente.

11. Los artículos 5 del Decreto Reglamentario 953 de 2013 y 1 del Decreto Reglamentario 1300 de 2013 estarían viciados de nulidad porque, el primero de ellos, previó el deber de exigir los estados financieros para ser evaluados, fruto de lo cual, se dispuso el rechazo de la propuesta si se concluye la falta de capacidad económica para adelantar las inversiones en las actividades mineras, mientras que el segundo artículo amplió los documentos a exigir, con el mismo objeto y la misma consecuencia, a pesar de que el artículo 271 del Código de Minas exige únicamente un estimativo de la inversión, sin exigir determinada capacidad económica, ni que la falta de la misma sea causal de rechazo de la propuesta, contrariando que las causales de rechazo se encuentran determinadas, de manera taxativa, en el artículo 274 del Código de Minas. Por el contrario, aseguró la demandante que no existían garantías de audiencia y defensa para la determinación de tal capacidad financiera y se había otorgado, reglamentariamente, una competencia discrecional, carente de fundamento legal. Sostuvo que tal exigencia no solo contraría la literalidad del Código de Minas, sino, además, su intención, porque, como lo indicó, se pretendía que las concesiones se otorgaran "*sin tener en cuenta su capacidad económica ni su capacidad técnica*"⁵. Advirtió que no era posible realizar una interpretación analógica respecto de la Ley 80 de 1993 en lo relativo a la capacidad económica y suficiencia financiera, teniendo en cuenta que el artículo 53 del Código de

⁵ Acta de plenaria de Cámara 155 de I 13 de junio de 2001, *Gaceta del Congreso*, n. 342, 16 de julio de 2001.

Minas excluyó expresamente la aplicación de las disposiciones sobre contratos estatales y procedimientos precontractuales, lo que fue confirmado por el artículo 76 de la Ley 80 de 1993.

12. Adicionalmente, formuló cargos de violación de los artículos 113, 121 y 150.2 de la Constitución Política respecto de todas las normas demandadas. Consideró que estas normas reformaron los artículos 271, 273 y 274 del Código de Minas, al establecer requisitos adicionales y causales de objeción y rechazo de ofertas no previstas por el legislador, en ejercicio de la competencia atribuida por la Constitución para expedir y reformar códigos. A su juicio, también se desconoció el artículo 113 de la Constitución que prevé la separación entre las ramas del poder público, así como el artículo 121 superior que exige que las autoridades únicamente ejerzan las funciones asignadas por la Constitución o la Ley, porque el Presidente habría excedido sus competencias reglamentarias.

13. Con la demanda, se solicitó la suspensión provisional de las normas cuestionadas.

1.2. Trámite del proceso

14. El **Ministerio de Minas y Energía** contestó la demanda⁶ y se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Aseguró que las normas demandadas no establecieron un requisito adicional, sino que se trata de los soportes de estimativo de la inversión económica, que permitirán a la autoridad minera realizar los análisis financieros para determinar la capacidad económica del proponente, ya que, *“de nada serviría hacer un estimativo de inversión si realmente el contrato de concesión no se puede ejecutar por la falta de liquidez del concesionario para realizar las actividades descritas”*. Es por eso que el artículo 112 del Código de Minas previó, entre otras, que la incapacidad financiera que impida cumplir las obligaciones contractuales es causal de caducidad, lo mismo que la no realización de los trabajos y obras, el no pago de las contraprestaciones económicas, de las multas, eventos que se basan en la capacidad financiera, de manera tal que los documentos exigidos buscan garantizar la seriedad y estabilidad económica y jurídica de los contratos, por lo que también se hacen extensivas a la presentación de las propuestas. Por estas razones, consideró que no se excedió la facultad reglamentaria. Indicó que la potestad reglamentaria no implica replicar las normas legales, sino que es posible introducir disposiciones nuevas que consulten los fines de la legislación. Agregó que las normas cuestionadas coinciden con los fines del Código de Minas, previsto en su artículo 1, porque buscan que con la verificación de la capacidad financiera se garantice el aprovechamiento racional de los recursos naturales no renovables, dentro del desarrollo sostenible, por lo que si no se exigiera la verificación de la capacidad financiera no se podría

planificar la explotación, protegiendo el medio ambiente, la biodiversidad y el patrimonio público.

15. El Departamento Administrativo de la Presidencia de la República - **DAPRE**⁷ argumentó que las normas cuestionadas no excedieron el poder reglamentario, sino que *“se modula la textura abierta de las normas contenidas en el Código de Minas”*. Indicó que la intención del ponente de un proyecto de ley no constituye la voluntad del legislador y que si el artículo

271 del Código de Minas exige presentar un estimativo de la inversión económica, la autoridad minera tiene la facultad de realizar los análisis financieros necesarios para determinar la capacidad económica del proponente, para realizar la inversión económica propuesta. Expuso que el poder reglamentario no es un simple repetidor de las leyes, sino un ejercicio para tornar aplicables las normas generales e impersonales del Congreso y, por lo tanto, el Gobierno, como responsable de la ejecución de la política minera, tenía competencia para *“imponer causales objetivas adicionales, siempre y cuando no riñan con el sentido de la ley, sean de imposible satisfacción o sean creadas con fines ajenos a la satisfacción del interés público comprometido”*. Aseguró que no es cierto que el Código prohíba verificar la capacidad financiera del proponente. Justificó las normas en la necesidad de una explotación minera responsable con la sociedad y el medio ambiente, con fundamento en el artículo 1 del Código de Minas. Finalmente, señaló que, de acuerdo con el artículo 159 del CPACA, es el Ministerio que hizo gobierno en este caso quien debería

representar a la Nación y no el DAPRE.

16. Mediante el Auto de 16 de junio de 2015 se **dispuso la suspensión provisional**⁷ de la expresión “y su reglamento”, contenida en los artículos 2 y 3 del Decreto 925 de 2013. Dicho auto tuvo en cuenta que, en Auto previo del 26 de febrero de 2014, el artículo 5 del Decreto 935 de 2013, modificado por el artículo 1 del Decreto 1300 de 2013 ya había sido suspendido provisionalmente considerando que, aunque el Código de Minas únicamente exige presentar un “*estimativo de la inversión económica*”, el parágrafo del artículo 5 del Decreto “*establece implícitamente la obligación de acreditar una 'suficiencia financiera'*”⁹ y, por ello, prevé el rechazo de las propuestas por falta verificada de dicha capacidad.

17. Adicionalmente, se resaltó que el Código de Minas “*enlista taxativamente*” las causales de rechazo de las propuestas y el artículo 5 del Decreto agregó una causal adicional de rechazo. De esta manera, como el artículo 5 “*introdujo un requisito adicional (...) así como también incluyó una nueva causal de rechazo de la misma, resulta manifiesta la contradicción de contenidos normativos*”¹⁰. Respecto de los artículos 2 y 3

⁷ Folios 167-172 c. 1.

⁸ Folios 37-54 del cuaderno de suspensión provisional.

⁹ Consejo de Estado, Secc. 3, Sub. C, Auto del 26 de febrero de 2014, exp. 47693.

del Decreto 935 de 2013, que autorizan para objetar y rechazar las propuestas, el Auto de 2015 consideró que vulneran los artículos 271, 273 y 274 del Código de Minas ya que, al incluir la expresión “y su reglamento”, pretendió hacer obligatorios requisitos para la oferta creados mediante el decreto reglamentario y previó su incumplimiento como causales de objeción y rechazo, a pesar de que “*el legislador no defirió al gobierno la creación de requisitos nuevos y adicionales*”. Por ello, se ordenó la suspensión provisional de la expresión “y su reglamento” de ambas disposiciones. Finalmente, allí se negó la suspensión provisional del artículo 6 del Decreto 935 de 2013 y del artículo 2 del Decreto 1300 de 2013, porque al haberse suspendido los efectos del artículo 5 y la expresión demandada de los artículos 2 y 3, todos del Decreto 935 de 2013, resultaría inócua la suspensión, ya que los requisitos reglamentarios no podrían aplicarse a las actuaciones en curso. La suspensión provisional fue suplicada ante el resto de la Subsección por parte del Ministerio de Minas¹¹ y la decisión fue confirmada mediante el Auto del 26 de noviembre de 2015¹².

18. Durante la **audiencia inicial** realizada el 20 de agosto de 2019¹³ se declaró probada la excepción de falta de legitimación pasiva del DAPRE, al no haber intervenido en la producción de los decretos demandados. En segundo lugar se declaró la cosa juzgada respecto del artículo 5 del Decreto 935 de 2013, reformado por el artículo 1 del Decreto 1300 de 2013, porque había sido objeto de declaratoria de nulidad en otro proceso¹⁴. Finalmente, se decretó como prueba que se oficiara a la Hemeroteca del Congreso, para que remitiera una copia auténtica de los antecedentes legislativos del Código de Minas, documentos que fueron

allegados¹⁵ y, por consiguiente, mediante Auto del 12 de febrero de 2021 se incorporaron al expediente y se prescindió de la realización de la audiencia de pruebas¹⁶.

19. La **parte demandante** presentó sus **alegatos de conclusión**¹⁷. insistió en que el estimativo de la inversión económica no incluye la potestad de exigir requisitos adicionales, introducidos mediante un reglamento, ni la posibilidad de objetar o rechazar las propuestas con fundamento en estos requisitos y reiteró los argumentos expuestos en la demanda. Afirmó que si el artículo 5 del Decreto 935 de 2013 fue anulado en otro proceso, con las mismas razones debería anularse el artículo 1 del Decreto Reglamentario 1300 de 2013. El **Ministerio de Minas y Energía**¹⁸ sostuvo que al haber sido declarada la nulidad del artículo 5 del Decreto 935 de 2013, el Decreto 1300 de 2013 perdió fuerza ejecutoria, al haber desaparecido su fundamento, por lo que, solicitó que, en la presente sentencia, se declarara la cosa juzgada. El **Ministerio Público** se abstuvo de rendir concepto.

¹¹ Folios 55-58 cuaderno de suspensión provisional.

¹² Folios 69-76 cuaderno de suspensión provisional.

¹³ Acta en folios 230-234 c. 1 y CD-Rom en folio 242 c.1.

¹⁴ Consejo de Estado, Secc. 3, Sub. C, Sentencia del 19 de septiembre de 2016, exp. 47693.

¹⁵ Folios 262-322 c. 1.

¹⁶ Folio 326 c. 1.

¹⁷ Samai, índice 99.

¹⁸ Samai, índice 100 y 101.

2. CONSIDERACIONES

Contenido: 2.1. Delimitación del asunto y decisión a adoptar. 2.2. Análisis sustantivo

2.1 Delimitación del asunto y decisión a adoptar

20. En atención a que el artículo 5 del Decreto 935 de 2013, en la redacción dada por el artículo 1 del Decreto 1300 de 2013, fue declarado nulo en un proceso previo, esta decisión se estará a lo resuelto en la Sentencia del 19 de noviembre de 2016¹⁹. Esta Subsección juzgará la versión inicial del artículo 5 del Decreto 935 de 2013, que no fue juzgada en la Sentencia de 2016, habida cuenta de que, aunque la norma rigió tan solo un mes y doce días, la nulidad es un mecanismo corrector de vicios en la validez, independientemente de la consideración de la vigencia y eficacia de la norma cuestionada.

21. Así las cosas, le corresponde a la Sala determinar si **(1)** las expresiones demandadas de los artículos 2º y 3º del Decreto 935 de 2013, **(2)** la totalidad de la versión inicial del artículo 5 del Decreto 935 de 2013, contenida en el Decreto 935 del 9 de mayo de 2013, y **(3)** la totalidad de los artículos 6º del Decreto 935 de 2013 y 2º del Decreto 1300 de 2013 se encuentran viciadas de nulidad, al contrariar normas superiores, haber sido expedidas con desconocimiento de la competencia reglamentaria y con desviación de las atribuciones propias de quien las profirió. Luego de realizar el análisis sustantivo de los cargos de la demanda, la Subsección declarará la nulidad parcial de los artículos 2 y 3 del Decreto 935 de 2013, anulará el artículo 5 del Decreto 935 de 2013, en su redacción original (anterior al Decreto 1300 de 2013) y se

abstendrá de proferir un pronunciamiento respecto de los artículos 6 del Decreto 935 de 2013 y 2 del Decreto 1300 de 2013.

2.1. Análisis sustantivo

22. El Decreto 935 de 2013 reglamentó el Código de Minas – Ley 685 de 2001, en particular, sus artículos 271 (requisitos de las propuestas de contrato de concesión), 273 (objeciones a las propuestas) y 274 (causales de rechazo de las propuestas). Los **artículos 2 y 3** del reglamento dispusieron que las propuestas de contrato de concesión minera debían reunir, además de los requisitos legales, aquellos previstos en el reglamento. Por consiguiente, se previó que el incumplimiento de tales exigencias daba lugar a la formulación de objeciones, así como de requerimientos de corrección (**artículo 3** del Decreto 935 de 2013) y, llegado el caso, al rechazo de las propuestas (**artículo 2** del Decreto 935 de 2013). Por su parte, el **artículo 5** del Decreto 935 de 2013 dispuso que para verificar el cumplimiento del requisito previsto en el literal f) del artículo 271 del Código de Minas –

¹⁹ Consejo de Estado, Sec. 3, Sub. C, Sentencia del 19 de septiembre de 2016, exp. 11001-03-26-000-2013-00091-00(47693).

estimativo de la inversión económica- se exigiría aportar los estados financieros de propósito general. También se previó, en el **parágrafo**, que se rechazarán las propuestas si, luego del análisis financiero, se concluye la incapacidad financiera para realizar las inversiones que requieren las actividades mineras propuestas. Finalmente, el **artículo 6** del Decreto 935 de 2013 dispuso que el decreto reglamentario se aplicaría a las propuestas de contrato de concesión que se encontraran pendientes de evaluación o surtiendo recursos de la vía gubernativa, pero previó que la autoridad minera daría un término de hasta 30 días para adecuar las solicitudes a los requerimientos del reglamento. Esta norma fue derogada por el Decreto 1300 de 2013 y su contenido allí reproducido, salvo el término máximo para adecuar las solicitudes, y dejarlo al arbitrio de la autoridad minera.

23. La expresión “y su reglamento” incluida en los artículos 2 y 3 del Decreto reglamentario está viciada de nulidad, tanto por razones de constitucionalidad como de legalidad. Los **motivos de inconstitucionalidad** consisten en que, aun carentes de fuerza y rango de ley, las normas en cuestión previeron, de manera expresa, que las propuestas de contrato de concesión minera debían reunir, además de los requisitos legales, aquellos previstos en *el reglamento* y que, por lo tanto, el incumplimiento de tales exigencias daba lugar a la formulación de objeciones, así como de requerimientos de corrección (artículo 3 del Decreto 935 de 2013) y, llegado el caso, al rechazo de las propuestas (artículo 2 del Decreto 935 de 2013). Esto desconoció: (1) el carácter infra legal del poder reglamentario, como mecanismo ordinario y propio del Presidente de la República, destinado a garantizar el cumplimiento de las leyes (artículo 189.11 de la Constitución), a través de un ejercicio normativo de naturaleza administrativa que, mediante la precisión, concreción o desarrollo de elementos particulares, pero siempre dentro de los términos de la ley reglamentada, permita su ejecución o

cumplimiento adecuado. Lo anterior, debido a que, como se verá, con la excusa de la reglamentación, se modificó la norma legal reglamentada, al adicionar requisitos y causales no previstas en ella. En otras palabras, se faltó al requisito de competencia que, según la jurisprudencia, determina la validez de los decretos reglamentarios²⁰. Igualmente, (2) Invadió la competencia constitucional exclusiva del legislador para la configuración de los procedimientos administrativos²¹ (art. 150.2 de la Constitución) y para introducir limitaciones a la actividad económica²² (artículos 150.21, 333 y 334 de la Constitución). La reserva legislativa para la configuración de los procedimientos administrativos se

²⁰ "(...) la potestad reglamentaria se encuentra limitada por dos criterios, a saber: la competencia y la necesidad. El primero se refiere a la extensión de la regulación que el Legislador defiere al Ejecutivo "de manera que le está prohibido, socapa de reglamentar la ley, adicionar nuevas disposiciones, por lo que debe entonces, para asegurar la legalidad de su actuación, limitarse al ámbito material desarrollado por el legislativo": Consejo de Estado, Sección 3, Sentencia de 14 de abril de 2010, exp. 36054.

²¹ "(...) la delegación en el Ejecutivo para regular un procedimiento administrativo como ciertamente lo es el que contempla el parágrafo 2º demandado, solo puede ocurrir cuando el Ejecutivo lo faculta extraordinariamente para el efecto con arreglo a lo previsto en el artículo 150 (numeral 10) superior": Corte Constitucional, Sentencia C-037/21. Cf. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 21 de marzo de 2012, Exp. 39477.

²² Corte Constitucional, Sentencia C-188/22.

funda en el principio constitucional democrático que media las relaciones entre la administración y los administrados sin que, en nombre del principio de separación entre ramas del poder público, esta sea competente para determinar las formas de sus propias actuaciones, como garantía del debido proceso²³. En efecto, tal como lo decidió esta corporación en la Sentencia del 19 de septiembre de 2016²⁴, en la que declaró la nulidad de algunas de las normas cuestionadas en este proceso y que constituye precedente para esta sentencia, el Código de Minas reguló, de manera completa, el trámite de las propuestas de los contratos de concesión minera, en tal medida, la inclusión de requisitos y causales adicionales a las legales constituyó un exceso en el ejercicio de la facultad reglamentaria, que debía ser corregido mediante la nulidad²⁵. (3) Vulneró el artículo 84 de la Constitución, según el cual, "Cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio" ya que los requisitos de la oferta de contrato de concesión minera, así como el procedimiento para su objeción y rechazo fueron previstos de manera completa por el Código de Minas, razón por la cual, la introducción reglamentaria de nuevos requisitos y, por esta vía, de nuevas causales de objeción y de rechazo de la propuesta, contrarió el mandato constitucional en mención, que se funda en el principio de libertad, con límites legales y de seguridad jurídica.

24. De manera congruente con lo expuesto, las **razones de nulidad derivadas de la violación de la norma legal** – el Código de Minas Ley 685 de 2001– demuestran que fue el legislador el que estableció los requisitos de las propuestas de contrato (artículo 273), así como las razones legales para la objeción a ellas (artículo 273) y de rechazo (artículo 274) y, por lo tanto, de manera expresa previó que las "reglas y principios consagrados" en dicho Código desarrollan las normas constitucionales "en forma completa, sistemática, armónica y con el sentido de especialidad y de aplicación

²³ “Esta Corporación ha señalado reiteradamente que las reglas procesales, como desarrollo del derecho al debido proceso, deben provenir de regulaciones legales razonables y proporcionales al fin para el cual fueron concebidas, de manera que permitan la realización del derecho sustancial. En este sentido ha advertido que el artículo 29 de la Carta Política prevé el derecho al debido proceso, como una serie de garantías que tienen por fin sujetar las actuaciones de las autoridades judiciales y administrativas a reglas específicas de orden sustantivo y procedimental, con el fin de proteger los derechos e intereses de las personas en ellas involucrados. El establecimiento de esas reglas mínimas procesales tiene fundamentalmente un origen legal. En efecto, el legislador, autorizado por el artículo 150, numerales 1o. y 2o., de la Constitución Política, cuenta con una amplia potestad de configuración para instituir las formas, con base en las cuales se ventilarán las diferentes controversias jurídicas que surjan entre las personas”: Corte Constitucional, Sentencia C-510/04. “La reserva de ley es una manifestación del principio de democracia y de división de los poderes, el cual exige que ciertas materias deban ser directamente reguladas por el legislador mediante la expedición de leyes y no a través de regulaciones de menor jerarquía como lo son los decretos de carácter reglamentario. Este principio impone la obligación de que los núcleos esenciales de la materia objeto de reserva estén contenidos (regulados) en una ley”: Corte Constitucional, Sentencia C-412/15.

²⁴ Consejo de Estado, Sec. 3, Sub. C, Sentencia del 19 de septiembre de 2016, exp. 11001-03-26-000-2013-00091-00(47693).

²⁵ “Se erige el Código de Minas – Ley 685 de 2001 – como única fuente jurídica de la cual la Autoridad puede exigir requisitos, formalidades, documentos y pruebas para la presentación, trámite y resolución de “negocios mineros” en su trámite administrativo hasta obtener su perfeccionamiento, ii) mismo criterio se instituye en lo que hace relación a los términos y condiciones para explorar y explotar los recursos minerales y, guardando coherencia con estos postulados, iii) se reitera la proscripción constitucional de “exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para la procedencia de las propuestas o para la expedición, perfeccionamiento y ejercicio del título minero”, claro está sin perjuicio de lo que compete a la autoridad ambiental”: *idem*.

preferente” (artículo 3). Igualmente, y de manera aún más clara, dicho Código dispuso que “Los requisitos, formalidades, documentos y pruebas que señala expresamente este Código para la presentación, el trámite y resolución de los negocios mineros en su trámite administrativo hasta obtener su perfeccionamiento, serán los únicos exigibles a los interesados. (...) De conformidad con el artículo 84 de la Constitución Política, ninguna autoridad podrá establecer ni exigir, permisos, licencias o requisitos adicionales para la procedencia de las propuestas o para la expedición, perfeccionamiento y ejercicio del título minero, sin perjuicio de la competencia de la autoridad ambiental” (artículo 4). Es decir que, aunque bastarían las razones de inconstitucionalidad para declarar la nulidad de la expresión “el reglamento”, prevista en las normas cuestionadas, lo cierto es que la norma reglamentada fue explícita en su intención de ser compatible con la Constitución Política y, por lo tanto, dispuso directamente los elementos de la propuesta de contrato y resaltó el carácter taxativo y cerrado de los requisitos para la presentación, trámite y resolución de los negocios mineros, por lo que la expresión juzgada vulneró, igualmente, los artículos 3, 4, 271, 273 y 274 del Código de Minas.

25. Lo anterior implica descartar los argumentos expuestos por el Ministerio de Minas y por el DAPRE para justificar la utilidad de las normas reglamentarias cuestionadas, porque la nulidad que se declarará se funda en la falta de competencia y en la violación de las normas en las que se debería fundar el reglamento, específicamente, el Código de Minas, mas no en su mérito o necesidad. Por el contrario, no prosperará la causal de nulidad relativa a la desviación de las atribuciones propias de quien profirió el acto administrativo, ya que, aunque el vicio de desviación del poder es, en últimas, una forma de incompetencia, pero por razones teleológicas²⁶, esta causal de nulidad no fue demostrada en el presente proceso.

26. La Sala declarará igualmente la nulidad del **artículo 5** del Decreto 935 de 2013, ya que la norma reglamentaria modificó irregularmente y desnaturalizó el requisito legal de las propuestas de contratos de concesión previsto en el literal f) del artículo 271 del Código de Minas –,

que consiste la presentación de un estimativo de la inversión económica para, en su lugar, exigir la demostración de la suficiencia financiera necesaria para realizar las inversiones que requiere la concesión. Para esto, exigió que se aportaran los estados financieros de propósito general del proponente y, de manera expresa, dispuso, en el párrafo, que ello le permitiría a la autoridad minera la verificación de la capacidad financiera y, llegado el caso, el rechazo de la propuesta por esta causa. Es decir que la norma en cuestión desconoció el Código reglamentado, que únicamente exige la presentación de un cálculo o una proyección de las inversiones pero que, independientemente de la conveniencia o no de ello, no exigió la

²⁶ El origen de las causales de nulidad de los actos administrativos se encuentra en la identificación jurisprudencial, en derecho francés, de las diferentes formas de la incompetencia (exceso del poder), incluido el desvío del poder.

demostración de la capacidad financiera, ni previó la insuficiencia de ella dentro de las causales legales de rechazo de la oferta. De esta manera, el artículo 5 del Decreto 935 de 2013 está igualmente viciado de falta de competencia y de violación de las normas superiores y, por todo lo anterior, se declarará su nulidad.

27. Al declararse la nulidad de las normas anteriormente juzgadas, queda enervada la causa de nulidad alegada respecto de los artículos 6 del Decreto Reglamentario 935 de 2013 y 2 del Decreto Reglamentario 1300 de 2013 que consistiría en que, al haber extendido "retroactivamente" los requisitos reglamentarios, así como las causales de objeción y de rechazo de las propuestas de contrato introducidas por el reglamento, con ello, se vulneraría el principio de seguridad jurídica, porque se habría sorprendido a quienes presentaron sus propuestas conforme al ordenamiento jurídico que se encontraba vigente. En efecto, al declararse nulo el artículo 5º del Decreto reglamentario 935 de 2013, en su versión dada por el artículo 1 del Decreto 1300 de 2013, el requisito reglamentario de la suficiencia financiera dejó de ser exigible respecto de las propuestas de contrato de concesión minera y los actos administrativos que fueron adoptados con fundamento en tal norma perdieron fuerza ejecutoria por imperio de la ley. Lo mismo ocurrirá respecto de los actos administrativos adoptados con fundamento en la versión original del artículo 5º del Decreto reglamentario 935 de 2013, cuya nulidad se declarará en esta sentencia. Por su parte, la expresión "el reglamento" prevista en los artículos 2º y 3º del Decreto reglamentario 935 de 2013, que será declarada nula en esta sentencia, carecía de efectos, considerando que dicha norma se encontraba suspendida provisionalmente, razón por la cual, por las razones expuestas en la demanda, no se advierte cómo, luego de la sustracción de los requisitos y causales reglamentarias la norma de vigencia inmediata podría estar viciada de nulidad. En realidad, constata la Sala que los cargos respecto de estas normas presuponían la exigencia de requisitos extralegales, por lo que, con la declaratoria de nulidad de estos, la acusación carece de objeto y, por lo tanto, esta subsección no se pronunciará al respecto.

28. Al ser la acción de simple nulidad un mecanismo de interés público y, a la vez, su ejercicio un derecho político previsto en el artículo 40.6

de la Constitución, no se condena en costas, en ningún caso, en este tipo de procesos.

3. DECISIÓN

29. En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ESTARSE A LO RESUELTO en la Sentencia del 19 de noviembre de 2016, proferida por la Subsección C de la Sección Tercera, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en donde se declaró la nulidad del artículo 5 del Decreto 935 de 2013, en la redacción dada por el artículo 1 del Decreto 1300 de 2013.

SEGUNDO: DECLARAR LA NULIDAD (1) de la expresión "y su reglamento" prevista en los artículos 2 y 3 del Decreto 935 del 9 de mayo de 2013 y (2) del artículo 5 del Decreto 935 de 2013, en la redacción anterior al Decreto 1300 de 2013, por falta de competencia e infracción de las normas en las que deberían fundarse.

TERCERO: INHIBIRSE DE PROFERIR UN PRONUNCIAMIENTO respecto de los cargos de nulidad formulados frente a los artículos 6 del Decreto 935 de 2013 y 2 del Decreto 1300 de 2013.

CUARTO: NO CONDENAR en costas.

QUINTO: En firme esta providencia, **ARCHIVAR** el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Electrónicamente

MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

Firmado Electrónicamente

**FREDY IBARRA
MARTÍNEZ**

Firmado Electrónicamente
ALBERTO MONTAÑA PLATA
Presidente de la Subsección