

ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO / AGOTAMIENTO DEL REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD / CONSTITUCIÓN EN RENUENCIA DE LA AUTORIDAD

[L]a Sala observa que mediante escrito radicado ante el DAPRE (...) la asociación demandante solicitó al Presidente de la República y al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República el cumplimiento del numeral 1 del artículo 5 de la Decisión 774 de 2012 y del artículo 107 de la Ley 1450 de 2011, para lo cual esbozó los hechos y argumentos que hoy esgrime como fundamento de su demanda. Con igual redacción y en el mismo sentido, la accionante dirigió escrito al entonces presidente del Senado de la República. (...) es evidente para la Sección que la accionante cumplió con el requisito de solicitar la materialización de las disposiciones que consideran incumplidas, previo a acudir al juez. (...) Así las cosas, es claro que se cumplió con la finalidad de la constitución en renuencia, es decir, no sorprender a la autoridad administrativa demandada con una acción judicial, sin que esta hubiese tenido la oportunidad de materializar las disposiciones que se consideran incumplidas o en su defecto informarle a la asociación accionante las razones por las cuales no era viable acceder a la solicitud de cumplimiento. (...) las autoridades demandadas dieron respuesta a la petición de la parte actora, de un lado, señalando que no tenían competencia para resolver sobre los asuntos expuestos, y de otro, exponiendo las actividades realizadas en el marco del programa de formalización minera.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 87 / LEY 393 DE 1997 - ARTÍCULO 1 / LEY 393 DE 1997 - ARTÍCULO 5 / LEY 393 DE 1997 - ARTÍCULO 6 / LEY 393 DE 1997 - ARTÍCULO 8 / LEY 393 DE 1997 - ARTÍCULO 9 / DECISION 500 DE 2001 DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA - ARTÍCULO 127 / PROTOCOLO MODIFICATORIO DEL TRATADO DE CREACIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DEL ACUERDO DE CARTAGENA - ARTÍCULO 35

NOTA DE RELATORÍA: La providencia desarrolla el concepto de acción de cumplimiento y los requisitos que deben cumplirse para que prospere. En relación con la figura de la renuencia como requisito de procedibilidad, consultar las sentencias de 20 de octubre de 2011, exp. 2011-01063, C.P. Mauricio Torres Cuervo; de 9 de junio de 2011, exp. 47001-23-31-000-2011-00024-01, C.P. Susana Buitrago; de 15 de diciembre de 2015, exp. 25000-23-41-000-2016-02003-01, CP. Lucy Jeannette Bermudez; de 15 de septiembre de 2016, exp. 15001-23-33-000-2016-00249-01, CP. Lucy Jeannette Bermudez y de 17 de noviembre de 2016, exp. 15001-33-33-000-2016-00690-01, CP. Lucy Jeannette Bermudez, todas las anteriores de la Sección Quinta de esta Corporación.

INTERPRETACIONES PREJUDICIALES HECHAS POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA - Carácter vinculante / ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO FRENTE A NORMAS DERIVADAS DEL DERECHO COMUNITARIO - Procedencia

[L]a interpretación prejudicial es el insumo obligatorio con el que el juez nacional cuenta para analizar la norma del derecho comunitario aplicada al caso sometido a su consideración, pues aquella lo vincula plenamente. (...) es la interpretación autorizada de las disposiciones de la comunidad andina, (...) ata a la autoridad judicial nacional y le impone la obligación de que su texto sea acogido en la respectiva sentencia al momento de resolver el caso concreto, so pena de provocar la “invalidéz de la sentencia nacional”. Esto no implica que la autoridad judicial nacional no pueda analizar el caso concreto, pues el Tribunal de Justicia solo se pronuncia de manera general sobre los efectos y alcance de la norma

comunitaria, pero no sobre los hechos precisos que enmarcan el asunto sometido a la jurisdicción. (...) En razón de la “cesión” de la competencia legislativa que en principio recaía en cabeza del Congreso, que Colombia realizó al ratificar el Acuerdo de Cartagena de 1969, las normas que proferieran los órganos del sistema andino tendrían fuerza de ley en el orden jurídico interno, pues por los principios de aplicabilidad directa y de efecto directo se entiende como si estas hubiesen sido proferidas directamente por el Congreso de la República. Esta tesis no es aislada ya que (...) el Tribunal de Justicia arribó a la misma conclusión, esto es, que las normas del derecho comunitario tienen fuerza material de ley, y por ende, pueden ser pasibles de la acción de cumplimiento.

FUENTE FORMAL: ACUERDO DE CARTAGENA DE 1969 / LEY 1658 DE 2013 - ARTÍCULO 11 / LEY 1753 DE 2015 - ARTÍCULO 19 / DECRETO 1666 DE 2016 / DECRETO 933 DE 2013 - ARTÍCULO 1 / DECRETO 480 DE 2014 - ARTÍCULO 11 / DECRETO 276 DE 2015 - ARTÍCULO 4 / DECRETO 276 DE 2015 - ARTÍCULO 5 / DECRETO 276 DE 2015 - ARTÍCULO 15 / RESOLUCIÓN 90719 DE 2014 / RESOLUCIÓN 91267 DE 2014 / RESOLUCIÓN 40391 DE 2016

NOTA DE RELATORÍA: La Sala realizó un análisis sobre las características del derecho comunitario de la Comunidad Andina de Naciones y los principios que caracterizan el ordenamiento jurídico andino, tales como el efecto directo, preeminencia y aplicación inmediata.

OBLIGACIÓN DEL GOBIERNO NACIONAL DE DIFERENCIAR EL MINERO INFORMAL DEL MINERO ILEGAL / FORMALIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD MINERA ARTESANAL

[L]a Sala colige que tanto la obligación impuesta al Gobierno Nacional de diferenciar al minero informal del minero ilegal, como la asignada al Estado Colombiano de adoptar medidas de formalización de los mineros artesanales y pequeños sí se encuentra satisfecha. En efecto (...) es claro que el Gobierno Nacional sí ha implementado una estrategia para diferenciar al minero informal del minero ilegal, al punto que muchas de las disposiciones analizadas contemplan un tratamiento especial para los mineros informales. De hecho, la política de formalización minera parte de la base de que los mineros informales son distintos de los mineros ilegales, y por eso merecen un trato diferente a efectos de lograr su formalización. (...) Lo propio sucede con la obligación de adoptar medidas tanto administrativas, como legislativas con el objeto de formalizar y regularizar la actividad minera artesanal, pequeña o tradicional (...) Colombia ha proferido una política minera cuyo objetivo es, entre otros, formalizar a quienes practican dicha actividad de manera irregular o sin el cumplimiento de los requisitos previstos en el ordenamiento jurídico.

FUENTE FORMAL: LEY 1450 DE 2011 - ARTÍCULO 107 / DECISIÓN 774 DE 2012 - ARTÍCULO 5 - NUMERAL 1

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ(E)

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de marzo de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 05001-23-33-000-2014-01832-01(ACU)

Actor: ASOCIACIÓN DE MINEROS DEL BAJO CAUCA – ASOMINEROS B.C.

Demandado: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA Y CONGRESO DE LA REPÚBLICA.

Asunto: Acción de Cumplimiento. Fallo de segunda instancia

La Sala decide la impugnación interpuesta por la parte actora contra la providencia del 6 de agosto de 2015, a través de la cual, el Tribunal Administrativo Antioquia: i) declaró no probada la excepción de pleito pendiente y ii) negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. Solicitud

En ejercicio de la acción de cumplimiento, la asociación ASOMINEROS B.C, a través de su representante legal, demandó del Departamento Administrativo de Presidencia de la República- en adelante DAPRE y del Congreso de la República la aplicación del numeral 5º del artículo 1º de la Decisión de la Comunidad Andina de Naciones -en adelante CAN- N° 774 de 2012 *“Política Andina de Lucha contra la Minería Ilegal”* y del artículo 107 de la Ley 1450 de 2011 *“Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014.”*

2. Hechos

2.1. La parte actora manifestó que desde la colonia el ordenamiento jurídico colombiano ha establecido varias formas de *“gobernanza minera”* a través de las cuales se ha pretendido, según el modelo económico adoptado por cada gobierno, regular el acceso a la administración del subsuelo.

Sin embargo, a su juicio, los citados modelos aunque pertinentes tienen la *“debilidad”* de desconocer la realidad minera en lo que atañe a: i) las formas de actividad minera (veta- aluvial); ii) los minerales que se pueden extraer y iii) los actores que históricamente han desarrollado la actividad minera tales como indígenas, población afrodescendiente y mestiza.

2.2 Afirmó que el Decreto 2655 de 1988 -antiguo código de minas- en su artículo 15 definía la pequeña, mediana y gran minería. No obstante, dicha disposición fue derogada por la Ley 685 de 2001 razón por la cual, a su juicio, en la actualidad no existe norma que defina las clases de minería, ni tampoco una disposición que

caracterice la actividad minera por el mineral explotado, la condición del minero y el tipo de maquinaria y/o tecnología que se utiliza en el proceso extractivo.

2.4 Señaló que la omisión existente, desconoce que en la realidad se pueden distinguir, claramente, cuatro grupos de clasificación de la actividad minera, a saber: i) la minería artesanal¹; ii) la pequeña minería²; iii) la minería mediana³ y iv) la grande minería o minería a gran escala⁴, siendo esta la última la que tiene mayores derechos y prerrogativas por parte del Estado.

2.5 Argumentó que en el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, artículo 107 de la Ley 1450 de 2011, se impuso la obligación al Gobierno Nacional de diferenciar la minería ilegal de la informal; mandato que, a su juicio, se reforzó cuando en el año 2012 la Comunidad Andina de Naciones promulgó la Decisión 774 mediante la cual se aprobó la política de lucha contra la minería ilegal y estableció, entre otras, la obligación para los Estados miembros de adoptar medidas tendientes a diferenciar la minería ilegal de la minería pequeña o artesanal.

2.6 Sostuvo, que pese a que el Gobierno Nacional expidió el Decreto 2235 de 2012 en dicho acto solo se adoptaron medidas concernientes a la relación entre la criminalidad y la minería ilegal, pero no diferenció la minería artesanal de la minería ilegal. Por el contrario, a juicio de la actora, a través del citado decreto se *“criminalizó a los mineros informales, ya que en la práctica la Policía ha destruido maquinaria de Mineros en proceso de formalización, legalización u otros.”*

¹ Al respecto la accionante precisó: *“Minería Artesanal en la primera escala: la que se realiza dependiendo del yacimiento a explotar, en el caso del mineral oro, se realiza la extracción de manera aluvial o en socavón. En la minería de aluvión, donde el oro está libre en las corrientes de agua y se sedimenta en las riberas de los ríos y sus llanuras, quienes realizan esta actividad lo hacen a través del Barequeo o Mazamorreo, técnica que sólo requiere mano de obra generalmente familiar o comunitaria que no utiliza ningún tipo de químicos para la extracción. Por su parte, en la minería de socavón, el barequero es aquél que realiza la minería “en las laderas por donde son arrojados los residuos de los molinos; el material [ya] triturado se empuja con agua y se canaliza con un[a] caja de madera cuyo fondo es una lámina metálica con pequeños agujeros, cubierta con un costal donde queda atrapado el oro. Por ser las anteriores actividades el prototipo de la minería de subsistencia, jurídicamente no requieren título minero, sino que basta con una inscripción ante la Alcaldía del lugar.”*

² Sobre este concepto la parte actora señaló: *“sus practicantes subsisten por la tradición generacional de su oficio, con un poco más de tecnificación. Suelen utilizar algunos medios mecanizados como las motobombas, picas y palas (si es en extracción aluvial) o taladros manuales y explosivos (si la extracción se hace en veta). Este tipo de minería actualmente no está sujeta a una norma que la regule o trate o legalice, (...)”*

³ Frente a la minería mediana la accionante aseguro que esta *“compuesta por empresarios nacionales que han alcanzado un buen grado de profesionalización en la actividad minera, que alguna vez fueron pequeños mineros o mineros artesanales, que ostentan la calidad de mineros por tradición en muchos casos sin título y con autorización legal provisional de extracción de minerales conforme al artículo 12 de la ley 1382 de 2010, que vinculan mano de obra técnica y calificada, utilizan maquinaria, y que han escalado económicamente en razón a la buena administración de sus recursos y los altos precios de los minerales (...)”*

⁴ Según la parte actora esta clase de minería se *“caracteriza por una alta inversión generalmente de capital extranjero, desarrollada por dos actores: empresas junior y grandes empresas en muchos casos multinacionales extranjeras quienes explotan, en su gran mayoría a cielo abierto, incorporando personal calificado, tecnología de punta y maquinaria especializada que facilita la explotación simultánea de todo tipo de mineral que se encuentre en la zona, es una minería que genera alto impacto ambiental. Es normalmente una minería que cuenta con los títulos de concesión y licencias ambientales (...)”*

2.7 Adujo que a más de tres años de la promulgación tanto del Plan Nacional de Desarrollo, como de la Decisión 774 de 2012, el Gobierno Nacional no ha adoptado las estrategias tendientes a la “*caracterización*” de las especies de minería informal, lo que en la práctica ha generado que los mineros informales sean equiparados a los mineros ilegales.

A juicio de la accionante, la citada equiparación ha derivado no solo en la vulneración a los “*derechos humanos*” de las personas que practican dicha actividad, sino que, además, ha generado detenciones ilegales y daño al patrimonio (destrucción de maquinaria, de los minerales extraídos, entre otros,) de los pequeños mineros.

2.8 Finalmente, aseveró que solicitó el cumplimiento de las normas incumplidas a las entidades hoy demandadas, petición respecto de la cuales el Gobierno Nacional guardó silencio y el Congreso de la República contestó que ese tópico no era de su competencia.

3. Fundamentos de la acción

Para la parte actora, las normas invocadas en su solicitud se encuentran incumplidas, toda vez que el Gobierno Nacional ha omitido implementar una estrategia que diferencie la minera informal de la minería ilegal o criminal; aspecto que, a su juicio, ha ocasionado que las personas que practican la minería de manera artesanal se encuentren en incertidumbre jurídica.

4. Pretensiones

En el texto de la demanda se formularon varias pretensiones según la autoridad demandada. En efecto, se solicitó que **el Gobierno Nacional** dé cumplimiento a lo consagrado en el numeral 5º del artículo 1º de la Decisión de la Comunidad Andina de Naciones N° 774 de 2012 y lo estipulado en el artículo 107 de la Ley 1450 de 2011.

Según la accionante, una de las formas de cumplir la ley es “*expedir inmediatamente un decreto o acto administrativo que implemente una estrategia para diferenciar la minería informal de la minería ilegal/o criminal donde se articule a las diferentes entidades del Estado que por acción u omisión vienen violando sistemáticamente los derechos humanos de la comunidad minera tradicional e informal del país.*”⁵

De la misma manera, solicitó que se ordenara al DAPRE encargarse del desarrollo del decreto que expedirá el Gobierno Nacional y por consiguiente, se le ordenara diseñar e implementar un sistema de coordinación interinstitucional con el Ministerio de Minas y Energía, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y Ministerio de Defensa.

⁵ Folio 10 del Expediente.

Finalmente, pidió que el Congreso de la República “*implemente un mecanismo de control político para que el Gobierno Nacional reglamente el artículo 107 de la Ley 1450 de 2011, el artículo 5º de la Decisión 774 de 2012 de la CAN y concordantes*”.

5. Trámite de la solicitud

5.1 La solicitud fue radicada el 14 de octubre de 2014 y correspondió por reparto al Juzgado Veinticuatro Administrativo de Medellín; autoridad judicial que por auto de la misma fecha remitió, por competencia, la demanda al Tribunal Administrativo de Antioquia.

5.2 Mediante auto de 29 de octubre de 2014, el Tribunal Administrativo de Antioquia inadmitió la demanda, porque no se anexó el certificado de existencia y representación legal de la asociación accionante.

5.3 Una vez subsanada la demanda, mediante providencia del 10 de noviembre de 2014 se admitió la presente acción y ordenó la notificación de la misma al DAPRE y al Congreso de la República.

5.4 Surtido el trámite legal correspondiente, el Tribunal Administrativo de Antioquia por sentencia de 12 de diciembre de 2014 negó las pretensiones de la demanda, razón por la cual la asociación demandante interpuso recurso de apelación.

5.5 Una vez en el Consejo de Estado⁶, el Despacho Ponente, mediante auto de 17 de marzo de 2015, evidenció que la acción de la referencia no fue notificada al Ministerio Minas y Energía a pesar que mediante oficio N° OFI 14-00095750/JMSC 110200 la Secretaría Jurídica de Presidencia le informó a la asociación accionante, que la entidad competente para pronunciarse sobre las disposiciones que se consideraban incumplidas era el citado ministerio⁷.

Así las cosas, como la vinculación del Ministerio era imperiosa, en la providencia descrita en precedencia se advirtió la presencia de una causal de nulidad saneable, esto es, la prevista en el numeral 8º del artículo 133 del Código General del Proceso, consistente en la falta de notificación al demandado y , por ello, se ordenó notificar al Ministerio de Minas y Energía para que: i) alegara la nulidad; ii) se pronunciara sobre la demanda de cumplimiento sin alegar la nulidad o iii) guardara silencio. Igualmente, se señaló que en los dos últimos eventos, la nulidad se entendería saneada.

5.5 Mediante escrito radicado el 6 de abril de 2015, el Ministerio de Minas y Energía solicitó que se declarara la nulidad de todo lo actuado, ya que se había materializado la causal de “*nulidad del numeral 8º del artículo 133 del Código*

⁶ Según consta en el folio 161 del expediente el expediente fue remitido a esta Corporación el 13 de febrero de 2015 y fue recibido el 26 de febrero de esa anualidad. En el folio 163 del expediente consta que el expediente pasó al despacho el 9 de marzo de 2015.

⁷ Folio 26 del Expediente.

*General del Proceso, por no practicarse la notificación del auto admisorio de la demanda*⁸.

5.6 Por auto de 14 de abril de 2015 el Despacho Ponente ordenó correr traslado a las partes por el término de 3 días del incidente de nulidad propuesto por el Ministerio de Minas y Energía y mediante providencia del 28 de abril de 2015 decretó **la nulidad de todo** lo actuado dentro de la acción de cumplimiento de la referencia, a partir del auto admisorio de 10 de noviembre de 2014. Igualmente, se ordenó remitir el expediente al *a quo* para lo de su competencia.

5.7 Mediante auto del 6 de julio de 2015 el Tribunal Administrativo de Antioquia **admitió nuevamente** la acción de la referencia y ordenó notificarla al DAPRE, al Congreso de la República y al Ministerio de Minas y Energía.

6. Contestaciones

Remitidas las comunicaciones pertinentes, las autoridades demandadas respondieron como sigue:

6.1 DAPRE

Mediante escrito del 21 de noviembre de 2014, y por medio de apoderado, dicha autoridad manifestó que:

- En el caso concreto se configura el fenómeno de falta de legitimación en la causa por pasiva, porque el Gobierno Nacional no puede ser representado por el primer mandatario, ya que aquel no representa a la nación, la cual no tiene personería jurídica, sino que se representa judicialmente según lo dispuesto en el artículo 159 del CPACA.

En este sentido explicó que el director del DAPRE no puede representar a la nación en esta acción judicial, toda vez que su director *“no tendría la competencia para adelantar acciones dirigidas a la protección de los derechos colectivos, (...) pues sus competencias están limitadas a lo dispuesto en el Decreto 1649 de 2014; en otras palabras, no podría cumplir con las órdenes que se dieran en caso de prosperar las pretensiones de la demanda”*⁹.

- No se cumplió con el requisito de constitución en renuencia, no solo porque no se satisfizo el requerimiento consagrado en el artículo 144 del CPACA, en concordancia con el artículo 166.4 de esa misma codificación sino porque, además, la renuencia se materializa con el silencio o la negativa de la administración frente a lo pedido, siendo claro que el DAPRE no puede ser renuente, toda vez que no es competente para cumplir las normas

⁸ Folio 172 del expediente.

⁹ Folio 207 del expediente.

solicitadas. Afirmó que, fue precisamente por lo anterior que procedió a dar traslado de la solicitud a los ministerios encargados del tema.

Con base en los argumentos que preceden solicitó que *“ante la falta de legitimación de mis representados, para atender los requerimientos de la demandante se nieguen las pretensiones de la demanda”*.

6.2 Ministerio de Minas y Energía

A través de apoderada judicial el Ministerio de Minas y Energía solicitó no solo que la demanda fuera *“negada por improcedente”*¹⁰ por la configuración de la causal de improcedencia contemplada en el artículo 9º de la Ley 393 de 1997 sino que, además se negaran las pretensiones de la misma, ya que el Ministerio no ha incumplido el artículo 107 de la Ley 1450 de 2011. Para sustentar sus peticiones presentó los siguientes argumentos:

a) Respecto al cumplimiento de las normas demandadas

Afirmó que según el artículo 107 de la Ley 1450 de 2011 se debe implementar una estrategia para diferenciar la minería informal, de la minería ilegal, entendiendo como estrategia *“aquel conjunto de acciones que procuran hacer efectiva cada etapa de desarrollo para lograr el objetivo que se requiere alcanzar”*¹¹.

Sostuvo que según el artículo 14 de la Ley 685 de 2001, el derecho a explotar minas, únicamente, nace en virtud del contrato de concesión minera, razón por la que según el artículo 150 ibídem *“cualquier explotación minera que se encuentre fuera del marco normativo se considera como minería ilegal”*¹² y puede dar lugar al delito definido en el artículo 338 del Código Penal.

Conforme a lo anterior, explicó que el Gobierno ha adelantado una *“estrategia de formalización minera”*, prueba de ello es, según su criterio, la expedición tanto del Decreto 0933 de 2013¹³, en el cual se adoptó la definición de minería tradicional, y del Decreto 2176 de 2015¹⁴, a través del cual se estableció el Registro Único de Comercializadores de Minerales -RUCOM- y se hizo alusión al trato diferencial que debe tenerse con la minería informal.

Aseguró que el Gobierno Nacional ha desplegado todos sus esfuerzos para regular la formalización minera *“dirigida al trabajo, bajo el amparo de un título*

¹⁰ Folio 242

¹¹ Folio 243

¹² Folio 244

¹³ *“Por el cual se dictan disposiciones en materia de formalización de minería tradicional y se modifican unas definiciones del Glosario Minero”*

¹⁴ *“Por el cual se adoptan medidas relacionadas con el Registro Único de comercializadores - RUCOM”* disponible en el siguiente link: <http://wp.presidencia.gov.co/sitios/normativa/decretos/2015/Decretos2015/DECRETO%20276%20DEL%2017%20DE%20FEBRERO%20DE%202015.pdf>

minero”, razón por la que se ha expedido el Decreto 933 de 2013¹⁵; la Ley 1658 de 2013¹⁶; el Decreto 480 de 2014¹⁷; la Resolución 9267 de 2014¹⁸; la Resolución 0414 de 2014¹⁹; la Resolución 0417 de 2014²⁰; la Resolución N° 90719 de 2014²¹; el Decreto 276 de 2015²²; la Resolución 396 de 2015²³; el Decreto 1073 de 2015²⁴ y la Ley 1753 de 2015²⁵.

Asimismo, explicó cuáles son las etapas de la labor de formalización minera y como la política nacional frente a ese tema desarrolla programas y diversas estrategias tendientes a la regularización de los pequeños mineros. En el mismo sentido, señaló que dichas actividades se realizan en coordinación con las diferentes entidades territoriales del país, a través de la creación de “*Juntas Directivas Regionales para la Formalización de la Pequeña Minería*”, las cuales a 2015 se encontraban priorizadas en 11 departamentos.

Expuso, de forma detallada, las acciones que durante los años 2013 a 2015 el Ministerio de Minas y Energía adelantó en el marco de la política de formalización de la actividad minera; actividades entre las cuales se encuentran: planes de caracterización; suscripción de convenios con las universidades para capacitar a los mineros con título; asistencia técnica a los pequeños mineros, el programa de control a la explotación ilícita, así como los demás programas que se han adelantado en el marco de la política nacional de seguridad minera.

Con base en los argumentos expuestos, consideró que era evidente que el Ministerio sí había dado cumplimiento a lo estipulado a las normas demandadas.

b) Respecto al no agotamiento del requisito de procedibilidad

Adujo que el requisito de que trata el artículo 8° de la Ley 393 de 1997 no se encontraba satisfecho, toda vez que la sociedad accionante no requirió el cumplimiento del deber legal, razón por la que la presente acción “*es improcedente*”.

¹⁵ “Por el cual se dictan disposiciones en materia de formalización de minería tradicional y se modifican unas definiciones del Glosario Minero”.

¹⁶ “Por medio de la cual se establecen disposiciones para la comercialización y el uso de mercurio en las diferentes actividades industriales del país, se fijan requisitos e incentivos para su reducción y eliminación y se dictan otras disposiciones.”

¹⁷ “Por el cual se reglamenta las condiciones y requisitos para la celebración y ejecución de los subcontratos de formalización minera.”

¹⁸ “Por la cual se reglamenta la definición de explotador a pequeña escala o pequeño minero que será objeto de los subcontratos de formalización minera.”

¹⁹ “Que adopta los términos de referencia para la elaboración de los programas de trabajos y obras complementarios de los subcontratos de formalización minera.”

²⁰ “Se adoptan los términos de referencia para la elaboración de los programas de trabajo y obras de las solicitudes de legalización de la minería tradicional.”

²¹ “Por la cual se adopta la Política nacional para la Formalización de la Minería.”

²² “Por el cual se adoptan medidas relacionadas con el Registro Único de comercializadores – RUCOM.”

²³ “Por medio de la cual se establecen los criterios para determinar las excepciones a la inscripción en el RUCOM.”

²⁴ “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Minas y Energía”

²⁵ “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”.

c) La excepción de pleito pendiente

Finalmente, el Ministerio de Minas propuso la excepción de pleito pendiente ya que la asociación demandante presentó acción popular identificada con el radicado 25000-23-24-000-2013-01703-00 contra el Ministerio de Minas y Energía cuyo conocimiento correspondió al Tribunal Administrativo de Cundinamarca *“por el mismo asunto que se debate en esta acción”*.

6.3 Congreso de la República

El máximo órgano legislativo, a través del Jefe de la División Jurídica, señaló que la parte actora no cumplió con el requisito de constitución en renuencia, toda vez que *“no puede ser constituido en renuencia quien no ha dejado de cumplir con las obligaciones legales y normativas, como es el caso de la corporación”*²⁶.

Manifestó que el artículo 107 de la Ley 1450 de 2011 es una norma vigente, pues no fue derogada con la expedición de la Ley 1753 de 2015. No obstante, aquella no contiene una obligación para el Congreso, sino para el Gobierno Nacional.

Indicó que en el legislativo se han estudiado varios proyectos sobre el asunto objeto de estudio, tales como el Proyecto Ley 89 de 2013 Senado *“por el cual se reconocen los trabajos de minería a cielo abierto como actividad de alto riesgo y se dictan otras disposiciones”*; o el Proyecto Ley 60 de 2014 Senado *“por medio del cual se crea la licencia de operación para la minería”*, razón por la que, según su criterio, no se puede predicar incumplimiento por parte de esa entidad.

Finalmente, afirmó que la Decisión 774 de 2012 *“hace parte del bloque de constitucionalidad en sentido blando y en tal sentido no es pasible de ser cumplida mediante el ejercicio de esta acción que está prevista para el cumplimiento de la ley”*²⁷ por tanto, según su criterio, ateniendo al criterio restrictivo de la palabra ley, lo cierto es que la Constitución queda excluida del ámbito de la acción de cumplimiento.

Por lo anterior, solicitó que se declarara *“la falta de legitimación en la causa y [se] rechazar[an] las pretensiones de la acción”*²⁸.

7. Fallo impugnado

Por sentencia de 6 de agosto de 2015 el Tribunal Administrativo de Antioquia, resolvió:

²⁶ Folio 280

²⁷ Reverso del folio 280

²⁸ Ibídem.

“PRIMERO: Declarar no probada la excepción de pleito pendiente propuesta por el Ministerio de Minas y Energía.

Segundo NEGAR las pretensiones del medio de control de cumplimiento con fuerza material de ley o de actos administrativos, en cuyo ejercicio la asociación de Mineros del Bajo Cauca ASOMINEROS B. C. demandó al CONGRESO DE LA REPÚBLICA Y PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA y FUE VINCULADA EL MINISTERIO MINAS Y ENERGÍA por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.”²⁹ (Negrillas y Mayúsculas en Original)

Para fundamentar la decisión anterior, en **primer lugar**, consideró que la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el DAPRE no estaba llamada a prosperar, ya que aunque es cierto que el Presidente no representa a la nación, también lo es el hecho de que el máximo representante del Gobierno Nacional es precisamente dicho funcionario, el cual actúa en los procesos judiciales, precisamente, a través del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.

En **segundo lugar**, se pronunció sobre la excepción de pleito pendiente elevada por el Ministerio de Minas y Energía y concluyó que aquella tampoco estaba probada, toda vez que no había identidad de objeto litigioso entre la demanda de la referencia y la presentada por la sociedad accionante en el marco de la acción popular, ya que las pretensiones de esta última iban dirigidas, entre otros, a que se suspendieran unas propuestas de contratos de concesión minera.

En **tercer lugar**, el *a quo* analizó si la parte actora había agotado el requisito de procedibilidad de constitución en renuencia como paso previo a acudir al juez constitucional y encontró que dicha exigencia sí estaba satisfecha, pues así se evidenciaba de los documentos visibles a folios 22 a 49 el expediente.

En este sentido, explicó que no era de recibo el argumento del DAPRE según el cual no se constituyó en renuencia a las entidades demandadas, pues ese mismo departamento administrativo manifestó que dio traslado a cada una de las entidades demandadas de la solicitud elevada por la accionante. Lo propio sucedió con el argumento del Ministerio de Minas y Energía, pues de la petición que le fue remitida se desprendía con toda claridad que su objetivo era el cumplimiento de la Decisión 774 de 2012 y del artículo 107 de la Ley 1450 de 2011, al punto que esa misma cartera ministerial dio respuesta a la solicitud.

En **cuarto lugar**, puso de presente que el *“segundo requisito de la renuencia es que la norma cuyo cumplimiento se exige es que se trate de un mandato imperativo e inobjetable”* presupuesto que, a juicio del *a quo*, no estaba acreditado en el caso concreto, pues las normas que se consideran incumplidas son *“pautas que orientan de forma general y abstracta el tratamiento de la minería informal e*

²⁹ Reverso del Folio 289

*ilegal pero no imponen deberes inobjetables, imperativos e inequívocos en cabeza del Gobierno Nacional*³⁰.

En este sentido sostuvo que las normas ahí contenidas son un abanico de pautas, pero que no contienen un mandato imperativo y muchos menos inequívoco, toda vez que las disposiciones demandadas constituyen un marco general, una “*estrategia*” que incluye la adopción de múltiples medidas. En este orden de ideas, señaló que las autoridades demandadas sí han dado cumplimiento a las disposiciones invocadas en la demanda, pues se observa “*la expedición de multiplicidad de resoluciones, decretos, y demás*” a efectos de cumplir la ley, a lo que se suma que en la Ley 1753 de 2015 se estableció la clasificación entre minería de subsistencia, pequeña, mediana y grande.

Finalmente, la autoridad de primera instancia precisó que en el caso concreto se “*encuentra con una disposición a modo de marco general para la reglamentación de la minería, unas pautas fijadas a nivel internacional para su regulación y la expresión no diáfana ni suficiente por sí sola, de que se implementará una estrategia, la cual puede consistir en regulación, en visibilización, en educación, entre otras múltiples medidas que pueden conformar un plan estratégico en este sentido*”³¹.

8. Impugnación

La asociación accionante impugnó la decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia y solicitó que “*se revoque la sentencia recurrida y se dicte en derecho la sentencia que deba reemplazarla*”.

Para sustentar su posición argumentó que si bien el Plan Nacional de Desarrollo fijó una pauta para el Gobierno Nacional, también le impuso la carga de cumplir lo ahí establecido, un claro ejemplo de ello es el artículo 107 de la Ley 1450 de 2011 que asigna un compromiso y la obligación de caracterizar y diferenciar la minería ilegal de la tradicional o informal, comoquiera que el incumplimiento de dicha obligación ha generado que los mineros informales sean criminalizados.

Afirmó que de las diferentes mesas de diálogo llevadas a cabo con el Gobierno Nacional, se puede concluir que una manera eficaz de cumplir con la obligación contenida en el artículo 107 de la Ley 1450 de 2011 y en la Decisión 774 de 2012 es a través de la expedición de un decreto reglamentario en el que se establezcan las diferencias y se determinen los procesos para poner fin a la informalidad.

Posteriormente, señaló que, contrario a lo determinado en la sentencia de primera instancia, las disposiciones demandadas sí tienen un mandato imperativo e inobjetable en cabeza del Gobierno Nacional. Igualmente, puso de presente que lo que hasta el momento se ha hecho no ha garantizado el derecho al mínimo vital de los mineros tal y como lo consagra la norma, razón por la cual el gobierno ha incumplido con su obligación.

³⁰ Folio 289

³¹ Reverso del folio 289.

Finalmente, señaló que el fallo del Tribunal Administrativo de Antioquia no era acertado, pues no existía prueba de que el Gobierno Nacional hubiese cumplido con la norma acusada, habida cuenta que las actividades enunciadas por el Ministerio de Minas en su contestación no dan *“solución a la problemática de los mineros tradicionales del país, a raíz del incumplimiento de normas con fuerza material de ley”*³².

9. Trámite en segunda instancia

9.1 Encontrándose el expediente para decidir sobre el recurso de apelación, el Despacho Ponente advirtió que, de conformidad con el artículo 33 *“Protocolo modificadorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena”*³³ era necesario solicitar interpretación prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, toda vez que en la demanda se solicitaba la aplicación del numeral 1º del artículo 5º de la Decisión de la Comunidad Andina de Naciones -en adelante CAN- N° 774 de 2012, norma que goza de fuerza material de ley.

9.2 Por comunicación del 26 de octubre de 2015 se elevó solicitud de interpretación prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, para que aquel se pronunciara sobre la norma comunitaria cuyo cumplimiento se pretende.

En esa misma fecha, pero por auto separado, de conformidad con el artículo 124 de la Decisión 500 de 2001, el Despacho Ponente suspendió los términos del proceso de la referencia hasta tanto el Tribunal de Justicia emitiera interpretación prejudicial sobre el numeral 1º del artículo 5º de la Decisión 774 de 2012. Es de anotar que dicha decisión se encuentra en firme y quedó ejecutoriada.

9.3 Mediante oficio 188-TJCA-2017 del 22 de febrero de 2017, recibido en esta Corporación por correo electrónico el día 24 de febrero de 2017, la Secretaría General del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina notificó al Consejo de Estado la interpretación prejudicial 575-IP-2015 proferida dentro de la acción de cumplimiento de la referencia³⁴, pues dicha autoridad encontró que, en efecto, la Decisión N° 774 de 2012 debía ser objeto de un pronunciamiento de tales características.

³² Folio 294

³³ El citado artículo reza: *“Artículo 33.- Los Jueces nacionales que conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, podrán solicitar, directamente, la interpretación del Tribunal acerca de dichas normas, siempre que la sentencia sea susceptible de recursos en derecho interno. Si llegare la oportunidad de dictar sentencia sin que hubiere recibido la interpretación del Tribunal, el juez deberá decidir el proceso. En todos los procesos en los que la sentencia no fuere susceptible de recursos en derecho interno, el juez suspenderá el procedimiento y solicitará directamente de oficio o a petición de parte la interpretación del Tribunal.”* Incorporado al ordenamiento interno por Ley 457 de 1998.

³⁴ El memorial fue allegado al Despacho el día 28 de febrero de 2017 tal y como consta en el folio 315 del expediente.

9.3 Mediante auto del 1º de marzo de 2017 el Despacho Ponente levantó la suspensión de términos decretada en auto del 25 de octubre de 2015 una vez ejecutoriado la respectiva providencia, el expediente fue enviado al despacho el día 9 de marzo de 2017.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Esta Sección es competente para resolver la impugnación contra la providencia del Tribunal Administrativo de Antioquia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 125, 150 y 243 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -CPACA-³⁵, y el Acuerdo 015 de 22 de febrero de 2011 de la Sala Plena del Consejo de Estado que establece la competencia de la Sección Quinta de esta Corporación para conocer de las *“apelaciones contra las providencias susceptibles de ese recurso que se dicten por los Tribunales Administrativos en primera instancia en las acciones de cumplimiento”*.

2. Generalidades de la acción de cumplimiento³⁶

La acción de cumplimiento está instituida en el artículo 87 de la Constitución Política, como un mecanismo para que toda persona pueda *“acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una Ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido”*. En igual sentido, el artículo 1º de la Ley 393 de 1997 precisa que *“Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial definida en esta Ley para hacer efectivo el cumplimiento de normas aplicables con fuerza material de Ley o actos administrativos”*.

Teniendo en cuenta que Colombia es un Estado Social de Derecho y que dentro de sus fines esenciales está el de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; y que las autoridades de la República están instituidas, entre otras cosas, para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares (artículo 2º de la Constitución Política), la acción en estudio permite la realización de este postulado logrando la eficacia material de la ley y de los actos administrativos expedidos por las diferentes autoridades en cumplimiento de sus funciones públicas.

³⁵ Artículo 150. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia. (...)

³⁶ Al respecto pueden consultarse, entre otras, las siguientes providencias dictadas por esta Sección: sentencia de 15 de diciembre de 2016, Expediente: 25000-23-41-000-2016-00814-01; 26 de mayo de 2016, Expediente: 52001-23-33-000-2016-00136-01, con ponencia de Alberto Yepes Barreiro. Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 2 de febrero de 2017, radicación 11001-33-42-048-2016-00636-01 CP. Lucy Jeannette Bermudez (E)

De este modo, la acción de cumplimiento constituye el instrumento adecuado para demandar de las autoridades o de los particulares que ejercen funciones públicas, la efectividad de las normas con fuerza material de Ley y de los actos administrativos.

Como lo señaló la Corte Constitucional *“el objeto y finalidad de esta acción es otorgarle a toda persona, natural o jurídica, e incluso a los servidores públicos, la posibilidad de acudir ante la autoridad judicial para exigir la realización o el cumplimiento del deber que surge de la ley o del acto administrativo y que es omitido por la autoridad, o el particular cuando asume este carácter. De esta manera, la referida acción se encamina a procurar la vigencia y efectividad material de las leyes y de los actos administrativos, lo cual conlleva la concreción de principios medulares del Estado Social de Derecho, que tienden a asegurar la vigencia de un orden jurídico, social y económico justo”*³⁷.

Sin embargo, para que la acción de cumplimiento prospere, del contenido de la Ley 393 de 1997, se desprende que se deben cumplir los siguientes requisitos mínimos:

i) Que el deber que se pide hacer cumplir se encuentre consignado en normas aplicables con fuerza material de ley o actos administrativos vigentes (Art. 1º)³⁸.

ii) Que el mandato sea imperativo e inobjetable y que esté radicado en cabeza de aquella autoridad pública o del particular en ejercicio de funciones públicas que deba cumplir y frente a los cuales se haya dirigido la acción de cumplimiento (Arts. 5º y 6º).

iii) Que el actor pruebe la renuencia de la entidad accionada frente al cumplimiento del deber, antes de instaurar la demanda, bien sea por acción u omisión del exigido o por la ejecución de actos o hechos que permitan deducir su inminente incumplimiento (Art. 8º). El artículo 8 señala que, excepcionalmente, se puede prescindir de este requisito *“cuando el cumplirlo a cabalidad genere el inminente peligro de sufrir un perjuicio irremediable”* caso en el cual deberá ser sustentado en la demanda.

iv) Que el afectado no tenga o haya podido ejercer otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento del deber jurídico o administrativo, salvo el caso que, de no proceder el juez, se produzca un perjuicio grave e inminente para quien ejerció la acción, circunstancia esta que hace improcedente la acción. También son causales de improcedibilidad pretender la protección de derechos que puedan ser garantizados a través de la acción de tutela o el cumplimiento de normas que establezcan gastos a la administración (Art. 9º).

3. Análisis del caso concreto

³⁷ Corte Constitucional, sentencia C-157 de 1998. Magistrados Ponentes Drs. Antonio Barrera Carbonell y Hernando Herrera Vergara.

³⁸ Esto excluye el cumplimiento de las normas de la Constitución Política, que por lo general consagran principios y directrices.

Corresponde a la Sala determinar si confirma, revoca o modifica la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la acción de cumplimiento presentada por la Asociación de Mineros del Bajo Cauca B.C. Por efectos metodológicos, para el estudio del *sub judice*, la Sala en **primer lugar**, analizará si se acreditó el agotamiento del requisito de procedibilidad; en **segundo lugar**, expondrá algunas consideraciones respecto a los efectos de la interpretación prejudicial acuñada en el marco del proceso de la referencia; en **tercer lugar**, determinará si existe otro mecanismo judicial para desatar las pretensiones de la demanda; en **cuarto lugar**, establecerá si las normas cuyo cumplimiento se depreca implican gasto y **finalmente**, y solo en caso de superarse el estudio de los acápites anteriores, se analizará si la norma contiene un mandato imperativo e inobjetable a cargo de las entidades demandadas, y en caso afirmativo, si este ha sido satisfecho o no por los demandados.

3.1. De la renuencia³⁹

La procedencia de la acción de cumplimiento se supedita a la constitución en renuencia de la autoridad, que consiste en el reclamo previo y por escrito que debe elevarle el interesado exigiendo atender un mandato legal o consagrado en acto administrativo **con citación precisa de éste**⁴⁰ y que ésta se ratifique en el incumplimiento o no conteste en el plazo de diez días siguientes a la presentación de la solicitud.

Para el cumplimiento de este requisito de procedibilidad la Sala, ha señalado que *“...el reclamo en tal sentido no es un simple derecho de petición sino una solicitud expresamente hecha con el propósito de cumplir el requisito de la renuencia para los fines de la acción de cumplimiento*⁴¹ (Subrayas fuera de texto).

Sobre este tema, esta Sección⁴² ha dicho que:

³⁹ Lo mismo se reitera en Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 15 de diciembre de 2015, radicación 25000-23-41-000-2016-02003-01 CP. Lucy Jeannette Bermudez; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 17 de noviembre de 2016, radicación 15001-33-33-000-2016-00690-01 CP. Lucy Jeannette Bermudez; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 15 de septiembre de 2016, radicación 15001-23-33-000-2016-00249-01 CP. Lucy Jeannette Bermudez.

Sobre el particular esta Sección ha dicho: *“La Sala también ha explicado que con el fin de constituir en renuencia a una entidad pública o a un particular que actúe o deba actuar en ejercicio de funciones públicas, es necesario haber reclamado de éste el cumplimiento del deber legal o administrativo, para lo cual se deberá precisar la norma o normas en que se consagró su deber inobjetable y, por ende, exigible, pues lo contrario conduce a la improcedencia de la acción por carecer del requisito de renuencia. Como el accionante reclamó de la Superintendencia de Puertos y Transporte el cumplimiento de los artículos 41 del Decreto 101 de 2001; 14 del Decreto 1016 de 2001 y 3, 4 y 10 del Decreto 2741 de 2001, los cuales constan, en su orden, de 4, 14, 4, 6 y 9 numerales, sin indicar con claridad en cuál de ellos se consagra el deber legal que pedía cumplir, en criterio de la Sala, atendiendo la ley y la jurisprudencia que sobre la materia se ha fijado, estima que no se cumplió con el requisito de procedibilidad de la acción, por lo que así se debió declarar por el Tribunal a quo”*⁴⁰. (Negrita fuera de texto)

⁴¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, providencia del 20 de octubre de 2011, Exp. 2011-01063, C.P. Dr. Mauricio Torres Cuervo.

⁴² Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia del 9 de junio de 2011, expediente 47001-23-31-000-2011-00024-01. C.P.: Doctora Susana Buitrago.

“Para entender a cabalidad este requisito de procedencia de la acción es importante tener en cuenta dos supuestos: La reclamación del cumplimiento y la renuencia.

*El primero, se refiere a la solicitud dirigida a la autoridad o al particular que incumple la norma, la cual constituye la base de la renuencia, que **si bien no está sometida a formalidades especiales, se ha considerado que debe al menos contener: La petición de cumplimiento de una norma con fuerza material de ley o de un acto administrativo; el señalamiento preciso de la disposición que consagra una obligación y la explicación del sustento en el que se funda el incumplimiento.***

Por su parte, la renuencia al cumplimiento puede configurarse en forma tácita o expresa, puesto que se presenta cuando el destinatario del deber omitido expresamente ratifica el incumplimiento o si transcurridos 10 días desde la presentación de la solicitud, la entidad o el particular guardan silencio con relación a la aplicación de la norma. Esto muestra que el requisito de procedencia de la acción prueba la resistencia del destinatario de la norma a cumplir con ella.

Así las cosas, para probar la constitución de la renuencia expresa es necesario analizar tanto la reclamación del cumplimiento como la respuesta del destinatario del deber omitido, puesto que la primera delimita el marco del incumplimiento reclamado. Y, para demostrar la renuencia tácita es necesario estudiar el contenido de la petición de cumplimiento que previamente debió formular el demandante, pues, como se dijo, aquella define el objeto jurídico sobre el cual versará el procedimiento judicial para exigir el cumplimiento de normas con fuerza material de ley o actos administrativos⁴³” (Negrillas fuera de texto).

En efecto, el inciso segundo del artículo 8º de la Ley 393 de 1998 establece lo siguiente:

“Con el propósito de constituir la renuencia, la procedencia de la acción requerirá que el accionante previamente haya reclamado el cumplimiento del deber legal o administrativo y la autoridad se haya ratificado en su incumplimiento o no contestado dentro de los diez (10) días siguientes a la presentación de la solicitud”.

Por otra parte, para dar por satisfecho este requisito no es necesario que el solicitante, en su petición, haga mención explícita y expresa que su objetivo es constituir en renuencia a la autoridad, pues el artículo 8º de la Ley 393 de 1997 no lo prevé así; por ello, basta con advertir del contenido de la petición que lo pretendido es el cumplimiento de un deber legal o administrativo y, que de este pueda inferirse el propósito de agotar el requisito en mención. Por lo tanto, la Sección debe estudiar si la sociedad accionante acreditó que constituyó en

⁴³ Sobre el tema, Consejo de Estado, Sección Quinta, providencia del 24 de junio de 2004, exp. ACU-2003-00724, MP.: Darío Quiñones Pinilla.

renuencia a las autoridades demandadas antes de presentar la acción.

En el caso objeto de estudio, la Sala observa que mediante escrito radicado ante el DAPRE con el número 14-00032987 la asociación demandante solicitó al Presidente de la República y al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República el cumplimiento del numeral 1º del artículo 5º de la Decisión 774 de 2012 y del artículo 107 de la Ley 1450 de 2011, para lo cual esbozó los hechos y argumentos que hoy esgrime como fundamento de su demanda. Con igual redacción y en el mismo sentido, la accionante dirigió escrito al entonces presidente del Senado de la República.

Frente a este requerimiento, la Presidencia de la República mediante Oficio 14-00093851/ JMSC 110000 del 24 de septiembre de 2014 le señaló a la parte actora que:

“(...) me permito informarle que se dio traslado para conocimiento y fines pertinentes al doctor Tomas González Estrada, Ministro de Minas y Energía, al doctor Gabriel Vallejo López, Ministro de Ambiente y Desarrollo Sostenible y al doctor Juan Carlos Pinzón Bueno, Ministro de Defensa – Nacional (...)”⁴⁴

De igual forma, obra en el expediente a folios 23, 24 y 25 la remisión que de la petición incoada por la accionante se hizo a los distintos ministerios descritos en la comunicación de la Presidencia de la República.

Igualmente, el 30 de septiembre de 2014 la Secretaria Jurídica de Presidencia mediante oficio OFI 14-00095750/ JMSC 110200 le informó a ASOMINEROS B.C lo siguiente:

“(...) doy respuesta a la comunicación de la referencia mediante la cual solicita el cumplimiento del deber establecido en el Plan Nacional de Desarrollo (...)”

En atención a la misma, me permito indicarle que su escrito fue remitido al Ministerio de Minas y Energía por ser la entidad competente para pronunciarse al respecto, lo anterior de conformidad con el artículo 21 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”. (fl. 26)

Por su parte, a folios 266 y siguientes del expediente se observa la respuesta dada por el Ministerio de Minas y Energía a la sociedad accionante, en la cual se exponen las diferentes actividades desarrolladas por dicha cartera ministerial en el marco del programa de formalización minera.

Teniendo en cuenta lo expuesto, es evidente para la Sección que la accionante cumplió con el requisito de solicitar la materialización de las disposiciones que consideran incumplidas, previo a acudir al juez.

⁴⁴ Folio 22 del Expediente.

En este punto es necesario resaltar, como lo ha hecho la Sala en otras oportunidades que *“el argumento de la Presidencia de la República, según el cual el requisito de procedibilidad se encuentra incumplido, porque no se constituyó en renuencia conforme a lo establecido en el artículo 144 y 161.4 del CPACA no tiene vocación de prosperidad, habida cuenta que dichas disposiciones normativas aluden a las acciones de grupo y las acciones populares, siendo claro que el medio de control invocado por los accionantes es el previsto en el artículo 87 de la Constitución Política, desarrollado en la Ley 393 de 1997 y en el artículo 146 del CPACA referente al cumplimiento de normas con fuerza material de ley o de actos administrativos.”*⁴⁵

Lo propio sucede con el argumento expuesto por el Ministerio de Minas y Energía en su contestación, según el cual el requisito no se agotó frente a esta entidad. Esto es así, porque pese a que la petición estuvo dirigida con el DAPRE y la Presidencia de la República, en el expediente se encuentra plenamente acreditado que dicha solicitud fue enviada a dicha cartera ministerial, al punto que este ministerio contestó los requerimientos de la sociedad accionante informándole sobre los programas de formalización minera que se encontraban en ejecución.

Así las cosas, es claro que se cumplió con la finalidad de la constitución en renuencia, es decir, no *“sorprender”* a la autoridad administrativa demandada con una acción judicial, sin que esta hubiese tenido la oportunidad de materializar las disposiciones que se consideran incumplidas o en su defecto informarle a la asociación accionante las razones por las cuales no era viable acceder a la solicitud de cumplimiento.

En efecto, considera la Sala que sería una carga desmedida, que iría en contravía de la naturaleza pública de la acción de cumplimiento, exigir que el solicitante determine plenamente cuál es la autoridad encargada de llevar a cabo el deber incumplido, máxime cuando como en el caso concreto, las disposiciones cuya aplicación se solicita estipulan genéricamente que el obligado es el *“Gobierno Nacional”* o *“el Estado”*.

Por ello, para la Sala, tal y como concluyera el *a quo*, el requisito se encuentra debidamente agotado, pues todas las entidades demandadas conocieron, previo a la presentación de la acción constitucional, la solicitud de la sociedad accionante tendiente a materializar el artículo 107 de la Ley 1450 de 2011 y el numeral 1º del artículo 5º de la Decisión 774 de 2012.

Por último, resulta relevante precisar que la renuencia debe entenderse como la negativa del ente accionado frente a la solicitud de cumplimiento de la disposición, bien porque no dé respuesta oportunamente, o porque aunque sea emitida en tiempo, resulte contraria al querer del ciudadano; aspecto que también se encuentra acreditado en el caso sometido a consideración de la Sección, toda vez que, como se explicó, las autoridades demandadas dieron respuesta a la petición

⁴⁵ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 9 de febrero de 2017, radicación 11001-33-42-048-2016-00636-01 CP. Lucy Jeannette Bermudez (E).

de la parte actora, de un lado, señalando que no tenían competencia para resolver sobre los asuntos expuestos, y de otro, exponiendo las actividades realizadas en el marco del programa de formalización minera.

Bajo este panorama, esta Sala de Decisión considera que el requisito de procedibilidad que establece el artículo 8° de la Ley 393 de 1997 se acreditó y, por consiguiente, es procedente realizar el estudio de la acción de cumplimiento.

3.2. Respecto a los efectos de la interpretación prejudicial

Como se anticipó, previo a realizar el estudio propio de la acción de cumplimiento, es necesario que la Sala especifique cuáles son los efectos de la interpretación que rindió el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en el marco del proceso de la referencia. En efecto, recuérdese que, tal y como se explicó en el auto del 26 de octubre de 2015, en el *sub judice* existía la obligación de solicitar interpretación prejudicial sobre las normas de la Decisión 774 de 2012 objeto de la acción, razón por la cual el Despacho Ponente elevó una solicitud en ese sentido a la citada autoridad judicial.

Por lo anterior, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina expidió la Interpretación Prejudicial 575-IP-2015 del 17 de febrero de 2017 en la que se pronunció sobre el alcance y sentido del numeral 1° del artículo 5° de la Decisión 774 de 2012, así como del artículo 3° ibídem⁴⁶.

Ahora bien, la normativa andina determina, de forma expresa, cuáles son los efectos de la interpretación prejudicial. Por ello, tanto el artículo 127 de la Decisión 500 de 2001, como el artículo 35 del *“Protocolo modificadorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena”* consagran:

“El juez que conozca el proceso deberá adoptar en su sentencia la interpretación del Tribunal.”

Lo anterior significa que la interpretación prejudicial no es una prueba más dentro del expediente, ni un documento sin efecto alguno; por el contrario, **la interpretación prejudicial es el insumo obligatorio con el que el juez nacional cuenta para analizar la norma del derecho comunitario aplicada al caso sometido a su consideración, pues aquella lo vincula plenamente.** En otras palabras, como la interpretación prejudicial es la interpretación autorizada de las disposiciones de la comunidad andina, aquella **ata** a la autoridad judicial nacional y le impone la obligación de que su texto sea acogido en la respectiva sentencia al momento de resolver el caso concreto, so pena de provocar la *“invalidéz de la sentencia nacional”*⁴⁷.

⁴⁶ En la interpretación se pone de presente que el Tribunal analizaría de forma oficiosa el artículo 3° de la Decisión 774 de 2012, toda vez que dicha disposición resultaba importante para la resolución del caso sometido a consideración del Tribunal de Justicia.

⁴⁷ Daniel Perotti, *Algunas Consideraciones Sobre la Interpretación Prejudicial Obligatoria en el Derecho Andino*, Secretaría General de la Comunidad Andina de Naciones, pág. 15. Disponible en <http://www.comunidadandina.org/bda/docs/CAN-INT-0010.pdf> consultado el 14 de marzo de 2017.

Esto no implica que la autoridad judicial nacional no pueda analizar el caso concreto, pues el Tribunal de Justicia solo se pronuncia de manera general sobre los efectos y alcance de la norma comunitaria, pero no sobre los hechos precisos que enmarcan el asunto sometido a la jurisdicción. Al respecto, el Tribunal de Justicia en la interpretación 2-IP-91⁴⁸ precisó que:

*“Si se entiende por "aplicación" de la norma "la acción de someter un caso individual a una prescripción general" (Vocabulario Jurídico, Henry Capitant), no cabe duda de que es al juez nacional a quien corresponde aplicar las reglas comunitarias cuando ello sea necesario para dictar fallo de fondo. Dicha aplicación es un proceso complejo dentro del cual deberá atenderse a los hechos debidamente demostrados y al derecho nacional o interno, tanto adjetivo como sustantivo. En relación con tales aspectos, sin duda definitivos, el juez nacional es soberano mientras que el Tribunal comunitario carece de competencia, de acuerdo con el artículo 30 del Tratado de su creación. Ocurre sin embargo que la "aplicación" de la norma comunitaria supone además, básicamente, como premisa de carácter normativo **sine qua non**, que se interprete el alcance y sentido exactos de la norma aplicable. Y es esta tarea hermenéutica la que es propia del juez comunitario, ante la imperiosa necesidad de que el derecho de la integración se aplique de manera uniforme en la Subregión.”* (Negritas en original, Subraya la Sala)

En consecuencia, es claro que pese a que la interpretación es plenamente vinculante para el juez, esa circunstancia no impide analizar los hechos objeto de controversia ya que, como reconoció el mismo Tribunal de Justicia, sobre ese punto existe soberanía del país parte de la CAN. Fue precisamente por lo anterior, que en la interpretación 575-IP-2015 se especificó:

“Antes de dar respuesta a las preguntas formuladas, es necesario precisar que este Tribunal no brindará respuestas que resuelvan el caso en concreto, sino que se limitará a precisar el contenido y alcance de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Asimismo, tampoco se calificará los hechos materia del proceso.”

Lo expuesto aplicado al caso concreto, impone señalar que **la interpretación prejudicial 575-IP-2015 hace parte integral de esta decisión, pues vincula plenamente a la Sección Quinta del Consejo de Estado**; sin perjuicio, de la potestad de la que goza la Sección para analizar los hechos que enmarcan el caso concreto y el artículo 107 de la Ley 1450 de 2011 que hace parte del orden jurídico interno.

Así las cosas, la Sala analizará los aspectos relacionados con la Decisión 774 de 2012, norma que la asociación demandante considera incumplida, a la luz de la citada interpretación. Para el efecto, en algunos apartes de este fallo se

transcribirá íntegramente lo resuelto por el Tribunal respecto al alcance de la normativa andina presuntamente desatendida.

3.3 Lo que se pide cumplir

La parte actora pretende el cumplimiento del artículo 107 de la Ley 1450 de 2011, así como del numeral 1º del artículo 5º de la Decisión 774 de 2012 proferida por la CAN. Conforme a las razones que pasarán a explicarse ambas disposiciones son pasibles de la acción de cumplimiento prevista en el artículo 87 de la Constitución.

3.3.1 La demanda pretende el cumplimiento del artículo 107 de la Ley 1450 de 2011 que en su tenor literal establece:

“LEY 1450 DE 2011

Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014.

(...)

ARTÍCULO 107. ES DEBER DEL GOBIERNO NACIONAL IMPLEMENTAR UNA ESTRATEGIA PARA DIFERENCIAR LA MINERÍA INFORMAL DE LA MINERÍA ILEGAL. *Deberá, respetando el Estado Social de Derecho, construir una estrategia que proteja los mineros informales, garantizando su mínimo vital y el desarrollo de actividades mineras u otras actividades que le garanticen una vida digna.”*
(Mayúsculas y negrillas en original)

De la norma transcrita se evidencia que la acción busca la aplicación de una norma con fuerza material de ley, por lo que cumple a cabalidad lo exigido en el artículo 1º de la Ley 393 de 1997.

3.3.2 En la demanda también se solicita el cumplimiento del numeral 1º del artículo 5º de la Decisión 774 de 2012 expedida por la Comunidad Andina de Naciones, la cual literalmente consagra:

“DECISION 774

El Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, Reunido en Forma Ampliada con los Representantes Titulares Ante la Comisión de la Comunidad Andina,

(...)

DECIDE:

Aprobar la Política Andina de Lucha contra la Minería Ilegal

(...)

Artículo 5.- Medidas de prevención y control: *Los Países Miembros adoptarán las medidas legislativas, administrativas y operativas*

necesarias para garantizar la prevención y control de la minería ilegal, en particular con el objeto de:

*1. Formalizar o regularizar la minería en pequeña escala, artesanal o tradicional;*⁴⁹

Para establecer si una norma expedida por la CAN puede ser objeto de la acción consagrada en el artículo 87 de la Constitución, la Sala: i) realizará algunas consideraciones generales sobre las características del derecho comunitario de la CAN⁵⁰; ii) expondrá lo que sobre el punto concluyó el Tribunal de Justicia en la interpretación 575-IP-2015 y iii) realizará una conclusión.

i) Consideraciones generales sobre el derecho comunitario

El 26 de mayo de 1969 se suscribió el Acuerdo de Cartagena por los Estados de Bolivia, Ecuador, Chile, Perú y Colombia, dando inicio al proceso de integración y cooperación económica y social entre los países miembros de la Comunidad Andina. El 13 de febrero de 1973, Venezuela se adhirió al acuerdo. Chile se retiró en octubre de 1976 y Venezuela en mayo de 2006⁵¹.

El Pacto Andino surgió como una necesidad de los países latinoamericanos de instaurar un sistema de integración de sus intereses económicos, destinado a lograr el desarrollo equilibrado y armónico de la subregión, acelerar su crecimiento mediante la armonización de sus políticas económicas y coordinar los planes de desarrollo⁵².

La realización del proyecto de integración hizo necesaria la organización y puesta en funcionamiento de un aparato administrativo y técnico; determinó la creación de autoridades comunitarias -artículo 6⁵³-, con específicas competencias, y la formulación de un sistema normativo con el vigor y la eficacia requeridos para que

⁴⁹ La decisión se puede consultar en la siguiente página web <http://www.comunidadandina.org/Normativa.aspx?GruDoc=07>

⁵⁰ Un estudio similar se realizó en: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 23 de octubre de 2013, radicación 11001-03-15-000-2012-01785-01 CP. Alberto Yepes Barreiro.

⁵¹ Las Fuentes primarias del derecho comunitario fueron incorporados al orden jurídico colombiano mediante: i) la Ley 8 de 1973 *“Por la cual se aprueba un convenio internacional, y se determinan las modalidades de su aplicación”*; ii) por la Ley 17 de 1980 por medio de la cual se aprueba el *“Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena” firmado en Cartagena el 28 de mayo de 1979.*, iii) la Ley 323 de 1996 *“Por medio de la cual se aprueba el protocolo modificador del acuerdo de integración subregional andino (Acuerdo de Cartagena), suscrito en Trujillo, Perú, el 10 de marzo de 1996”*. y iv) con la aprobación del Protocolo de Sucre mediante el cual se modificó el Acuerdo de Cartagena mediante la Ley 458 de 1998.

⁵² Considerandos Acuerdo de Cartagena.

⁵³ *“El Sistema Andino de Integración está conformado por los siguientes órganos e instituciones: - El Consejo Presidencial Andino; - El Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores; - La Comisión de la Comunidad Andina; - La Secretaría General de la Comunidad Andina; - El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina; - El Parlamento Andino; - El Consejo Consultivo Empresarial; - El Consejo Consultivo Laboral; - La Corporación Andina de Fomento; - El Fondo Latinoamericano de Reservas; - El Convenio Simón Rodríguez, los Convenios Sociales que se adscriban al Sistema Andino de Integración y los demás que se creen en el marco del mismo; - La Universidad Andina Simón Bolívar; - Los Consejos Consultivos que establezca la Comisión; y, - Los demás órganos e instituciones que se creen en el marco de la integración subregional andina.”*

aquel pudiera regular directamente las cuestiones atinentes a la materia de integración, la conducta de los países comprometidos y de sus habitantes, **sin tener que recurrir a los procedimientos ordinarios del derecho interno de cada país, creando un ordenamiento jurídico independiente.**

Ahora bien, se ha reconocido⁵⁴ que el ordenamiento jurídico andino se caracteriza por los principios de efecto directo, preeminencia y aplicación inmediata.

En efecto, una característica general del derecho andino es precisamente el principio de efecto directo, según el cual con la mera publicación de la norma andina, en el medio previsto para el efecto, aquella entrar en vigor, **sin necesidad de que la norma sea ratificada o incorporada al ordenamiento jurídico interno por algún mecanismo en especial.** A esto se suma que la normativa andina se identifica por tener primacía frente al derecho interno de cada país miembro, al punto que el Tribunal de Justicia ha reconocido que las disposiciones comunitarias tienen preeminencia respecto a las normas nacionales, incluyendo la Constitución⁵⁵. Por su parte, el principio de aplicación inmediata *“asegura la vinculatoriedad y exigibilidad de la normativa comunitaria”*⁵⁶.

Bajo este panorama, en términos generales, se puede concluir que la normatividad andina tiene carácter autónomo, es vinculante, tiene primacía respecto de las disposiciones internas, efecto directo y aplicación inmediata.

ii) La procedencia de la acción de cumplimiento respecto a la Decisión 774 de 2012 según la interpretación 575-IP-2015

Lo primero a señalar es que en auto del 26 de octubre de 2015, el cual se encuentra plenamente ejecutoriado, se analizó este aspecto, y se concluyó que en razón de la *“cesión”* de **la competencia legislativa** que en principio recaía en cabeza del Congreso, que Colombia realizó al ratificar el Acuerdo de Cartagena de 1969⁵⁷, **las normas que profirieran los órganos del sistema andino tendrían fuerza de ley en el orden jurídico interno**, pues por los principios de aplicabilidad directa y de efecto directo⁵⁸ se entiende como si estas hubiesen sido proferidas directamente por el Congreso de la República.

Esta tesis no es aislada ya que, como se explicará a continuación, el Tribunal de Justicia arribó a la misma conclusión, esto es, que las normas del derecho

⁵⁴ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina interpretación prejudicial 575-IP-2015

⁵⁵ *Ibídem.*

⁵⁶ *Ibídem.*

⁵⁷ Incorporado al orden jurídico interno a través de la Ley 8ª de 1973.

⁵⁸ El Tribunal de Justicia en el proceso N° 3- AI- 96, referenciado por Alan Randolph Brewer en el libro *Derecho Comunitario Andino* pág. 69, señaló la diferencia entre el principio de aplicabilidad directa y el efecto directo así: *“Mientras que el principio de aplicación directa se refiere a la norma como tal, el del efecto directo se relaciona con las acciones que los sujetos beneficiarios pueden ejercer para la debida aplicación de la norma comunitaria. En otras palabras que sus efectos generan derechos y obligaciones para los particulares al igual que ocurre en las normas de los ordenamientos estatales, permitiendo la posibilidad de que aquellos puedan exigir directamente su observancia ante sus respectivos tribunales.*

comunitario tienen fuerza material de ley, y por ende, pueden ser pasibles de la acción de cumplimiento.

En efecto, en la solicitud de interpretación prejudicial, de forma expresa, se preguntó al Tribunal de Justicia de la CAN si era posible que la Decisión 774 de 2012 pudiera ser pasible de la acción constitucional, cuestionamiento frente al cual se respondió:

“3.1 ¿Determinar si un eventual incumplimiento de la Decisión 774 puede ser pasible de acción de cumplimiento?”

A la luz de lo explicado acerca del principio de efecto directo, queda claro que los ciudadanos de los países miembros de la Comunidad Andina pueden interponer las acciones procesales correspondientes ante las autoridades nacionales competentes con el objeto de lograr el cumplimiento de las disposiciones contenidas en el ordenamiento jurídico de la comunidad andina.”

En efecto, en el acápite denominado *“los principios del ordenamiento comunitario andino. El principio de preeminencia, de aplicación inmediata y de efecto directo”* de la interpretación 575-IP-2015 el Tribunal de Justicia explicó que:

“1.11 Como se puede apreciar, el principio de aplicación inmediata implica que las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o de la Comisión de la Comunidad Andina y las Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina son automáticamente incorporadas a la normativa interna de cada país miembro a partir de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, sin que sea necesario pasar por un procedimiento de aprobación, recepción o incorporación previo.”

(...)

1.14 En suma, las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o de la Comisión y las Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina, por regla general, son de aplicación incondicionada e inmediata a la realidad jurídica de cada uno de los países miembros y, en esa medida, constituyen mandatos imperativos cuyo cumplimiento no puede ser omitido o ignorado por sus destinatarios.”

Así pues, con fundamento en los principios de preeminencia⁵⁹, efecto directo⁶⁰ y

⁵⁹ Al respecto en la interpretación 575-IP-2015 se dijo: *“1.1 Por el principio de preeminencia, la normativa comunitaria prevalece sobre las normas internas o nacionales (incluyendo las normas constitucionales) de cada uno de los países miembros de la Comunidad Andina. Como consecuencia de ello, en los casos de incompatibilidad entre una norma comunitaria y una norma nacional, se deberá preferir la primera. Cabe indicar que ello no implica que la norma nacional deba ser derogada, sino que basta que sea inaplicada por el país miembro que corresponda.”*

⁶⁰ En la interpretación 575-IP-2015 se determinó: *“1.15 conjuntamente con el principio de aplicación inmediata, el principio de efecto directo asegura la vinculatoriedad y exigibilidad de la normativa comunitaria. Así, el principio de efecto directo se relaciona con las acciones que los ciudadanos pueden ejercer en defensa de sus derechos para la debida aplicación de la norma comunitaria.”*

de aplicación inmediata⁶¹ el Tribunal concluyó que *“la normativa comunitaria andina es de obligatorio cumplimiento tanto para los países miembros como para sus ciudadanos, los cuales se encuentran autorizados para hacer valer sus derechos ante los tribunales que corresponda”* razón por la que, es claro que las disposiciones de la Decisión 774 de 2012, sí pueden ser objeto de esta acción constitucional.

iii) Conclusión

Conforme a lo expuesto y aunque es claro que las normas que se derivan del derecho comunitario no son leyes en el sentido estricto, lo cierto es que de conformidad con los principios de aplicación directa⁶², efecto directo⁶³ y preeminencia, y contrario a lo afirmado por el Congreso de la República en su contestación de la demanda, dichas disposiciones: i) tienen fuerza material de ley; ii) son de obligatorio cumplimiento tanto para las autoridades, como para los ciudadanos⁶⁴; iii) tienen efectos *erga omnes*; iv) son expedidas por el órgano facultado para el asunto y v) tienen mecanismos de justiciabilidad y exigibilidad en el orden jurídico interno.

En otras palabras, las disposiciones expedidas por la CAN **son normas jurídicas con fuerza material de ley, cuya aplicación puede ser solicitada, a nivel interno**, por ejemplo a través de esta acción constitucional.

3.3.3 En conclusión, las normas cuyo cumplimiento se requiere sí satisfacen el requisito contemplado en el artículo 1º de la Ley 393 de 1997.

3.4. De la existencia de otros mecanismos de defensa judicial para obtener el efectivo cumplimiento del deber jurídico o administrativo

3.4.1 De conformidad con lo dispuesto por el artículo 9º de la Ley 393 de 1997, la acción de cumplimiento no procederá cuando el afectado tenga o haya tenido otro instrumento de defensa judicial para lograr el efectivo cumplimiento de la norma o acto administrativo, salvo que de no proceder el juez, se cause un perjuicio grave e inminente para el accionante. De igual forma, esta Sección en reiterada jurisprudencia⁶⁵ ha desarrollado *“la existencia de otro mecanismo judicial”*, como

⁶¹ Sobre este principio en la interpretación 575-IP-2015 se precisó: *“1.5 Por su parte, el principio de aplicación inmediata asegura la vinculatoriedad y exigibilidad de la normativa comunitaria. Así, se refiere a las obligaciones que las disposiciones comunitarias generan en los países miembros.”*

⁶² Es de anotar que sin mecanismos de exigibilidad las normas de contenidas en el derecho comunitario carecerían de efectividad. Para evitar la ineficacia del derecho de la Comunidad Andina, el sistema previó que mediante el principio de aplicación directa las autoridades pudieran emplear el derecho comunitario de forma directa y sin intermediaciones y también *“En garantía de este principio, se puede reclamar las instituciones y personas de la comunidad andina el incumplimiento de cualquier precepto comunitario que sea parte integrante del ordenamiento, ante el Tribunal de Justicia del Acuerdo o los Tribunales nacionales Competentes”* Mantilla Galo Pico, *“Derecho Andino”*, segunda edición, Quito, Ecuador págs. 48 a 49.

⁶³ La doctrina ha reconocido que el efecto directo del derecho comunitario, no solo implica la ausencia de un trámite legislativo para incorporar dicho derecho al orden jurídico interno, sino que además *“está relacionado con la posibilidad que tienen los particulares de poder exigir directamente a los tribunales nacionales la correcta observancia de sus derechos y obligaciones”*

⁶⁴ Artículo 3º de la Decisión 500 de 2001 de la CAN.

⁶⁵ Cfr. Sentencia de 24 de mayo de 2012, radicado n° 05001-23-31-000-2010-02067-01(ACU), M.P. Alberto Yepes Barreiro, Sentencia de 23 de agosto de 2012, radicado n° 25000-23-31-000-

causal de improcedencia de la acción de cumplimiento, en aquellos casos en los que no se acredite un perjuicio irremediable.

Bajo este panorama, la Sala encuentra que la sociedad accionante no cuenta con otro medio judicial efectivo para lograr la aplicación del artículo 107 de la Ley 1450 de 2011, razón por la que este presupuesto de procedibilidad se encuentra satisfecho.

3.4.2 Ahora bien, en lo que atañe a la Decisión 774 de 2012 el Tribunal de Justicia en la interpretación 575-IP-2015 determinó:

“A la luz de lo explicado acerca del principio de efecto directo, queda claro que los ciudadanos de los países miembros de la Comunidad Andina pueden interponer las acciones procesales correspondientes ante las autoridades nacionales competentes con el objeto de lograr el cumplimiento de las disposiciones contenidas en el ordenamiento jurídico de la comunidad andina.

Lo anterior, sin perjuicio de la competencia de este Tribunal para conocer, vía acción de incumplimiento, aquellos casos en los cuales se considere que existe una presunta conducta contraria al ordenamiento jurídico comunitario por parte de un país miembro.” (Subraya la Sala)

De lo expuesto se desprende, sin lugar a dudas, que la acción prevista en la Ley 393 de 1997 es idónea para pretender la aplicación de la Decisión 774 de 2012. Esto es así, incluso pese a la existencia de la acción de incumplimiento contemplada en el artículo 107⁶⁶ de la Decisión 500 cuya titularidad recae, entre otros, en las personas naturales⁶⁷, pues el mismo el mismo Tribunal de Justicia determinó que las disposiciones andinas, pueden ser objeto de las acciones procesales previstas en el ordenamiento jurídico interno, sin perjuicio de la existencia de los mecanismos de eficacia propios del derecho comunitario.

Lo anterior significa que la existencia de la acción de incumplimiento, no impide que los ciudadanos de los países miembros de la CAN puedan solicitar su aplicación, a través de los mecanismos judiciales previstos para el efecto en cada territorio. Así pues, si el máximo órgano judicial de la CAN determinó que la Decisión 774 de 2012 sí puede ser objeto de la acción de cumplimiento prevista en el orden jurídico

2012-00425-01(ACU). M.P. Mauricio Torres Cuervo, Sentencia de 21 de junio de 2012, radicado n° 05001-23-31-000-2006-01095-01(ACU). M.P. Mauricio Torres.

⁶⁶ **“Artículo 107.-** Objeto y finalidad: La acción de incumplimiento podrá invocarse ante el Tribunal con el objeto de que un País Miembro, cuya conducta se considere contraria al ordenamiento jurídico comunitario, dé cumplimiento a las obligaciones y compromisos contraídos en su condición de miembro de la Comunidad Andina. La conducta objeto de la censura podrá estar constituida por la expedición de normas internas contrarias al ordenamiento jurídico andino, por la no expedición de normas que le den cumplimiento a dicho ordenamiento o, por la realización de cualesquiera actos u omisiones opuestos al mismo o que de alguna manera dificulten u obstaculicen su aplicación.”

⁶⁷ El artículo 108 de la Decisión 500 de 2001 establece: “ Son titulares de la acción de incumplimiento: la Secretaría General, los Países Miembros y las personas naturales o jurídicas, con arreglo a las disposiciones de los artículos 23, 24 y 25 del Tratado y al Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General.”

interno y, como se explicó en el acápite que precede, dicha decisión es plenamente vinculante, mal podría la Sala adoptar una conclusión contraria y colegir que su aplicación solo puede ser solicitada mediante la acción de incumplimiento del orden jurídico comunitario.

Como si esto no fuera suficiente, es necesario recordar que en virtud de los principios de efecto directo y aplicación inmediata, **las disposiciones del derecho comunitario de la CAN hacen parte integral del ordenamiento jurídico interno**, y por ende, se consideran normas con fuerza material de ley, luego suponer que aquellas solo son exigibles a través de la acción de incumplimiento prevista en la Decisión 500 no solo haría inanes dichos principios, sino que, además, implicaría desconocer la finalidad con la que se creó la Comunidad Andina de Naciones.

Finalmente, la Sala considera que sería una carga desproporcionada imponer a los ciudadanos el deber de acudir a un mecanismo judicial de carácter internacional para solicitar la aplicación de las normas del derecho comunitario, máxime cuando se ha reconocido que aquellos están facultados para solicitar su cumplimiento, simplemente, acudiendo a los mecanismos previstos en el orden jurídico interno de cada país miembro de la comunidad.

3.4.3 En suma, la sociedad accionante no cuenta con otro medio judicial efectivo para lograr la aplicación del artículo 107 de la Ley 1450 de 2011 y del numeral 1º del artículo 5 de la Decisión 774 de 2012, razón por la que este presupuesto de procedibilidad se encuentra satisfecho.

3.5. Las normas cuyo cumplimiento se solicitó no implican gasto

En cuanto a este presupuesto de la acción de cumplimiento, la Sala observa que las normas cuya aplicación se solicita no generan gasto, pues en caso de accederse a las pretensiones de la demanda, el Gobierno Nacional, simplemente, deberá implementar la estrategia de diferenciación entre la minería ilegal y la informal o tradicional y adoptar medidas administrativas tendientes a formalizar la minería artesanal.

3.6. De la existencia de un mandato imperativo e inobjetable

La finalidad de la acción de cumplimiento es que toda persona pueda acudir ante la autoridad judicial competente para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o de un acto administrativo, tal como lo dispone el artículo 87 constitucional. Sin embargo, a través de esta acción no es posible ordenar ejecutar toda clase de disposiciones, sino aquellas que contienen prescripciones que se caracterizan como “deberes”⁶⁸.

Los deberes legales o administrativos que pueden ser cumplidos a través de las órdenes del juez constitucional son los que albergan un mandato perentorio, claro y directo a cargo de determinada autoridad, un mandato “*imperativo e inobjetable*” en

⁶⁸ Deber: Aquello a que está obligado el hombre por los preceptos religiosos o por las leyes naturales o positivas. (Diccionario de la Real Academia Española).

los términos de los artículos 5, 7, 15, 21 y 25 de la Ley 393 de 1997. En efecto, los deberes legales o administrativos que pueden ser cumplidos a través de las órdenes del juez constitucional son los que albergan un mandato perentorio, claro y directo.

Así las cosas, la Sala establecerá si las normas que se dicen incumplidas satisfacen las características descritas en precedencia, es decir, si aquellas contienen un mandato imperativo, inobjetable y actualmente exigible. En caso afirmativo, analizará si aquellas se encuentran incumplidas tal y como sostiene la parte actora.

3.6.1 El artículo 107 de la Ley 1450 de 2011

Contrario a lo afirmado por la autoridad judicial de primera instancia, la Sala observa que dicha disposición sí contiene un mandato claro y expreso para el Gobierno Nacional consistente en *“implementar una estrategia para diferenciar la minería informal de la minería ilegal”*.

El hecho de que la obligación sea implementar una estrategia no implica, como erradamente concluyó el *a quo*, que el mandato sea inexistente o que solo sean pautas para las autoridades demandadas, pues de la redacción de la norma se desprende que sí existe un deber a cargo del Gobierno Nacional consistente en tomar medidas para diferenciar la minería informal de la minería ilegal; cosa distinta es que para cumplir dicho mandato aquel goce de amplio margen de discrecionalidad, ya que variadas actividades pueden entenderse como una *“estrategia”*.

No obstante, no se puede perder de vista que la norma prevé que la estrategia debe: i) proteger a los mineros informales y ii) garantizar su mínimo vital y el desarrollo de actividades mineras u otras actividades que garanticen su vida digna. En consecuencia, el mecanismo con el que se pretenda dar cumplimiento al artículo 107 de la Ley 1450 de 2011 debe recoger estos elementos.

Ahora bien, no escapa a la Sala que aunque en sentido estricto la norma que se dice incumplida, no prevé un término expreso para su satisfacción ello no implica que aquella no sea exigible, pues dicho deber está consagrado en la ley que contiene el Plan Nacional de Desarrollo de los años 2010-2014; luego es evidente que su materialización estaba prevista para ese cuatrienio, es decir, el deber debía ser satisfecho en ese lapso.

Como refuerzo de lo anterior debe indicarse que, en casos similares⁶⁹, la Sección ha concluido que no es necesario que la disposición contemple un término expreso para su cumplimiento, pues en esos eventos se entiende que la norma es exigible

⁶⁹ Aunque en sentido estricto las normas que se dicen incumplidas no aluden a la potestad reglamentaria del Gobierno Nacional, la Sala encuentra que existe cierta similitud con esa potestad, toda vez que se trata de implementar una estrategia, es decir de expedir una política pública, razón por la que esta Sección considera que es posible aplicar el criterio unificado adoptado en sentencia del 3 de diciembre de 2015 radicación 63001-23-33-000-2015-00227-01 CP. Rocío Araujo Oñate.

desde el momento mismo de su expedición.

Así las cosas y atendiendo a que dicho mandato no fue derogado, ni modificado por el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 no queda sino concluir que aquel que es plenamente exigible para el Gobierno Nacional.

3.6.2 El numeral 1º del artículo 5º de la Decisión 774 de 2012

De conformidad con el artículo 127 de la Decisión 500 y según lo expuesto en el acápite 3.2 de esta providencia, para determinar si el numeral 1º del artículo 5º de la Decisión 774 de 2012 contiene un mandato imperativo e inobjetable, la Sala se remitirá *in extenso* a lo que sobre el punto concluyó el Tribunal de Justicia. Veamos:

“3.2 ¿El Numeral 1 del Artículo 5 de la Decisión 774 contiene un mandato imperativo, inobjetable y exigible a la República de Colombia?

El Numeral 1 del Artículo 5 de la Decisión 774 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores en Reunión Ampliada con la Comisión de la Comunidad Andina, señala lo siguiente:

“Artículo 5 Medidas de prevención y control

Los Países Miembros adoptarán las medidas legislativas, administrativas y operativas necesarias para garantizar la prevención y control de la minería ilegal, en particular con el objeto de:

1. Formalizar o regularizar la minería en pequeña escala, artesanal o tradicional;

(...)

La disposición citada establece una obligación de hacer a cargo de los países miembros de la Comunidad Andina, por la cual ellos deben adoptar las medidas legislativas, administrativas y/o operativas correspondientes con el objeto de formalizar o regularizar la minería en pequeña escala, artesanal o tradicional y, de esa manera, garantizar la prevención y el control de la minería ilegal. Se trata, por tanto, de un mandato imperativo, inobjetable y exigible a todos los países miembros de la Comunidad Andina.

El mandato contemplado en el Numeral 1 del Artículo 5 tiene que ser entendido a la luz del objetivo que inspira a la Decisión 774; esto es, prevenir y controlar la minería ilegal para así garantizar la protección del ambiente los ecosistemas, la biodiversidad, los recursos naturales y la vida y salud de la población de los países miembros de la Comunidad Andina.

En ese sentido, el objetivo de la disposición prevista en el Numeral 1 del Artículo 5 precitado no es proteger la actividad realizada por la minería de pequeña escala, artesanal o tradicional, sino asegurar que dicho tipo de minería, de especiales características, cumpla también con los requisitos legales establecidos para asegurar la protección del medio ambiente, los ecosistemas, la biodiversidad, los recursos naturales y la vida y salud de la población.

Bajo esta lógica de protección ambiental, la formalización y regularización de la minería ambiental no constituye un mecanismo de protección a los mineros de pequeña escala, artesanales o tradicionales que les permita continuar con su actividades al margen de la Ley, sino que, por el contrario, busca asegurar que los países miembros implementen acciones decisivas enfocadas a que dicho grupo se formalice y cumpla con los requisitos necesarios para así evitar daños ambientales.

La disposición prevista en el Numeral 1 del Artículo 5 debe ser interpretada en el sentido de que su objetivo es lograr que la minería de pequeña escala, artesanal o tradicional cumpla con las autorizaciones, exigencias y requisitos establecidos en la legislación interna de cada país -en aplicación del principio de prevención- con la finalidad de evitar daños (o amenaza de daño) al ambiente, los ecosistemas, la biodiversidad, los recursos naturales y la vida y salud de la población.

El Numeral 1 del Artículo 5 de la Decisión 774 no puede ser aplicado ni interpretado en el sentido de generar impunidad respecto de una actividad (la minería ilegal) que provoca graves daños, en muchos casos irreversibles, a la salud de la población, al ambiente y los recursos naturales, que ocasiona la pérdida de la cobertura vegetal y el suelo fértil, que contamina los recursos hídricos, que altera los ecosistema naturales y que amenaza gravemente la biodiversidad.

En suma, el Numeral 1 del Artículo 5 de la Decisión 774 sí contiene un mandato imperativo, inobjetable y exigible, el cual debe ser interpretado teniendo en cuenta el propósito de esta decisión; es decir, formalizar la minería de pequeña escala, artesanal o tradicional con el objetivo de evitar dañar, degradar o afectar el ambiente, los ecosistemas, la biodiversidad, los recursos naturales y la vida y salud de la población.

3.3 ¿El Numeral 1 del Artículo 5 de la Decisión 774 impone a la República de Colombia la obligación de diferenciar a los mineros artesanales de los mineros ilegales?

La Decisión 774, en su Artículo 3 establece que minería de pequeña escala, artesanal o tradicional será “aquella que por sus características sea calificada como tal de conformidad con las legislaciones nacionales de los países miembros.

En ese sentido, el legislador andino habilita a cada país miembro para que determine qué tipo actividad minera calificaría como de pequeña escala, artesanal o tradicional en su respectiva jurisdicción.

Ello evidentemente generará que se establezcan diferencias entre el concepto de "minería de pequeña escala, artesanal o tradicional y la "minería ilegal". No obstante, esta diferenciación no implica que las personas que realizan este tipo de actividad minera (de pequeña escala, artesanal o tradicional) se encuentren excluidas de la obligación de cumplir con los permisos, exigencias y requisitos legales establecidos, puesto que, de no cumplirse con ello, también podrían incurrir en el supuesto de minería ilegal que la Decisión 774 busca prevenir, combatir y eliminar.

En ese sentido, la definición de "actividad minera de pequeña escala, artesanal o tradicional" tiene el propósito de identificar a las personas que la realizan a efectos de incorporarlas a un régimen legal y viabilizar que cumplan con los requisitos y estándares ambientales, a fin de evitar daños irreparables futuros.

En suma, la determinación de lo que cada país miembro entiende por "minería en pequeña escala, artesanal o tradicional" constituye un presupuesto necesario para cumplir con el mandato previsto en el Numeral 1 del Artículo 5 al que cada país miembro se encuentra obligado. No obstante debe quedar claro que la finalidad de dicha diferenciación no es excluir a los pequeños mineros del cumplimiento de las exigencias legales, sino incorporarlos a un régimen que les permita adecuarse a la legalidad y así garantizar la protección del ambiente, los ecosistemas, la biodiversidad, los recursos naturales y la vida y salud de la población de los países miembros." (Resalta la Sala)

Así pues, conforme a lo expuesto por el Tribunal de Justicia, la norma que se dice incumplida sí contiene un mandato claro, expreso y exigible en cabeza del Estado Colombiano, consistente en expedir medidas administrativas, legislativas y operativas tendientes a formalizar a los mineros tradicionales o artesanales para que aquellos puedan ejercer su actividad, pero sujetos a las reglas dispuestas por el orden jurídico interno.

3.6.3 El presunto incumplimiento del artículo 107 de la Ley 1450 de 2011 y del numeral 1º del artículo 5º de la Decisión 774 de 2012

De los párrafos que anteceden se colige que el Estado tiene la obligación de: i) implementar una estrategia que diferencie al minero "informal" o artesanal del minero ilegal, garantizando para el primero de ellos acceso al mínimo vital y a condiciones de vida digna y ii) adoptar medidas de toda índole, tendientes a formalizar o regularizar la minería a pequeña escala, artesanal o tradicional, sin

que ello implique que quien desarrolle tal actividad esté relevado de cumplir los requisitos que se impongan para realizar la actividad de forma regulada y controlada.

En otras palabras, se deben adoptar medidas tendientes no solo a diferenciar el minero informal⁷⁰ del minero ilegal⁷¹, sino a propender para que los mineros artesanales, pequeños o tradicionales se formalicen y realicen su actividad, conforme a lo que sobre el punto disponga el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, para acreditar el cumplimiento de la obligación las entidades demandadas, en especial el Ministerio de Minas y Energía aseguró que se han expedido varios actos administrativos tendientes a formalizar a los pequeños mineros y a diferenciarlos de la minería ilegal. En contraposición, en el recurso de apelación la sociedad accionante sostuvo que dichos actos no garantizan su mínimo vital, ni las condiciones de vida digna, pues la diferencia no se hace de forma adecuada.

Por lo anterior, **corresponde a la Sala establecer sí las obligaciones contenidas en las disposiciones invocadas en la demanda se encuentran o no satisfechas.** Al respecto obra, en cd visible a folio 272 del expediente, copia magnética de los siguientes documentos relevantes:

- Ley 1658 de 2013 *“Por medio de la cual se establecen disposiciones para la comercialización y el uso de mercurio en las diferentes actividades industriales del país, se fijan requisitos e incentivos para su reducción y eliminación y se dictan otras disposiciones.”*

El artículo 11 de dicho cuerpo normativo contempla variados instrumentos, para que los pequeños mineros auríferos se formalicen. Entre estas herramientas se encuentran: i) los subcontratos de formalización minera; ii) la devolución de áreas para formalización minera y iii) los beneficios para acceder al plan de formalización minera.

⁷⁰ Según el Glosario Técnico Minero expedido por el Ministerio de Minas y Energía en el año 2003, la Minería informal es la que esta *“Constituida por las unidades de explotación pequeñas y medianas de propiedad individual y sin ningún tipo de registros contables.”* Disponible en <https://www.anm.gov.co/sites/default/files/DocumentosAnm/glosariominero.pdf> consultado el 16 de marzo de 2017.

⁷¹ Según la interpretación 575-IP-2015 *“la minería ilegal es la actividad realizada por una persona natural o jurídica sin contar con las autorizaciones y exigencias establecidas por las normas nacionales; esto es, sin cumplir con las garantías y estándares mínimos establecidos por los países miembros para preservar el medio ambiente, los ecosistemas, la biodiversidad, los recursos naturales y la salud de la población. Corresponde a cada país determinar cuáles son esas autorizaciones y exigencias, cuya inobservancia origina que estemos ante la actividad de minería ilegal.”* Ahora bien, según el Glosario Técnico Minero expedido por el Ministerio de Minas y Energía en el año 2003, la minería ilegal *“Es la minería desarrollada sin estar inscrita en el Registro Minero Nacional y, por lo tanto, sin título minero. Es la minería desarrollada de manera artesanal e informal, al margen de la ley. También incluye trabajos y obras de exploración sin título minero. Incluye minería amparada por un título minero, pero donde la extracción, o parte de ella, se realiza por fuera del área otorgada en la licencia.”*

- Decreto N° 933 del 9 de mayo de 2013 *“Por el cual se dictan disposiciones en materia de formalización de minería tradicional y se modifican unas definiciones del Glosario Minero”*⁷²

Lo primero a señalar es que dicho acto en su parte motiva alude expresamente al artículo 107 de la Ley 1450 de 2011 y al numeral 1° del artículo 5° de la Decisión 774 de 2012, es decir, para su expedición se tuvo en cuenta, al menos formalmente, las normas que se dicen incumplidas.

Igualmente, en el artículo 1° de este decreto se define la minería artesanal, se la clasifica como una *“especie de minería informal”* y se reconoce que, usualmente, esta actividad se realiza como mecanismo de subsistencia para quienes la practican. Este acto también desarrolla el procedimiento administrativo que se debe seguir para responder las solicitudes de formalización minera que se elevaron en vigencia de Ley 1382 de 2010⁷³.

- Resolución N° 90719 del 8 de julio de 2014 *“Por el cual se adopta la política nacional de formalización minera”* junto con el documento contentivo de la citada política.

La política nacional de formalización minera parte de la base de que el minero informal, es diferente del minero ilegal y que por ello es menester formalizarlo⁷⁴ para que trabaje *“bajo el amparo de un título minero y en condiciones de formalidad técnica, laboral, ambiental y empresarial.”* En efecto, a lo largo de la política se señala que el minero pequeño se encuentra en la informalidad pues, generalmente, realiza sus actividades no solo sin el amparo de un título minero, sino además sin condiciones técnicas, legales, ambientales y sociales, razón por la cual es menester proceder a su regularización.

En el citado acto se describen, además, las cuatro líneas estratégicas que el Ministerio de Minas y Energía adelanta, en cabeza de la Dirección de Formalización Minera⁷⁵, para regularizar la minería informal. Según se describe en el texto en mención las *“líneas”* son: i) el trabajo bajo el amparo bajo un título minero; ii) la promoción de estrategias de asociación entre los pequeños mineros; iii) la formación en minería y iv) el impulso de proyectos

⁷² Dicho Decreto fue suspendido provisionalmente por providencia del 20 de abril de 2016. Al respecto consultar: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, auto de ponente del 20 de abril de 2016, radicación 11001-03-26-000-2014-00156-00 CP. Jaime Alberto Santofimio Gamboa (E). Según consta en la página web del Consejo de Estado dicho auto fue objeto del recurso ordinario de súplica el cual se encuentra en trámite. Dicha información se puede consultar en <http://www.consejodeestado.gov.co/actuaciones.asp?mindice=2014156>

⁷³ Dicha norma fue declarada inexecutable en sentencia C-366 de 2011.

⁷⁴ Explícitamente la política señala *“Esta Política se enfocará en generar herramientas de apoyo a los mineros informales de pequeña y mediana escala preferentemente, de tal forma que con la ayuda del Estado, la implementación de la misma permitirá la formalización de su actividad.”* La política está disponible, además, en el siguiente enlace: <https://www.minminas.gov.co/documents/10180/581708/DocumentoPoliticaVersionFinal.pdf/9fd087db-7849-4728-92ff-6e426acccf9c>

⁷⁵ La existencia de la dirección se puede corroborar en el siguiente link <https://www.minminas.gov.co/formalizacion-minera1>

mineros sostenibles. Igualmente, se explica cuáles son los grados de formalización minera, y como la persona que se encuentra en la informalidad puede llegar a regularizarse hasta practicar su actividad bajo el amparo de un título minero, es decir, de forma legal o regular.

- Decreto N° 480 del 6 de marzo de 2014 *“Por el cual se reglamenta las condiciones y requisitos para la celebración y ejecución de los subcontratos de formalización minera”*. Este decreto reglamenta lo previsto en el artículo 11 de la Ley 1658 de 2013, respecto a los instrumentos de formalización minera en especial, el subcontrato de formalización minera.
- Resolución N° 91267 del 21 de noviembre de 2014 *“Por la cual se reglamenta la definición de explotador a pequeña escala o pequeño minero que será objeto de los subcontratos de Formalización Minera, Devolución de Áreas y Beneficios para la Formalización establecida en el artículo 11 de la Ley 1658 de 2013.”* A través de este acto administrativo se determina que es pequeño minero *“la persona natural o jurídica, que realiza la actividad minera individualmente, en grupos, comunidades, organizaciones economía solidaria o asociaciones, en un área de hasta cincuenta (50) hectáreas y cuya producción anual no supere los siguientes volúmenes (...)”*
- Decreto 276 de 17 de febrero de 2015 *“por el cual se adoptan medidas relacionadas con el Registro Único de comercializadores –RUCOM”*

En la parte considerativa de dicho acto se señala que los *“chatarreros”*⁷⁶ deben tener un trato diferente y especial de conformidad con el artículo 107 de la Ley 1450 de 2011. Por ello, tanto su inscripción, como la de los barequeros son especiales -artículos 4 y 5-. Igualmente, el artículo 15 establece, en virtud del artículo 107 de la Ley 1450 de 2011, un trato especial por 6 meses para las personas que practican el barequeo.

Las medidas descritas en precedencia, no son las únicas que se han adoptado para dar cumplimiento a las normas invocadas en la demanda. De hecho, consultadas por la Sala las bases de datos del Ministerio de Minas y la página de la Secretaría del Senado se encontró que a la fecha se han proferido, además, los siguientes cuerpos normativos:

- La Ley 1753 de 2015 que en su artículo 19 definió varias estrategias para que la pequeña minería pudiera desarrollarse a través de un título minero, reforzando instrumentos como los subcontratos de formalización minera contemplados en la Ley 1658 antes analizada. Esta mismo cuerpo normativo, además, en su artículo 21 dispuso que la actividad minera se clasificaría *“en minería de subsistencia, pequeña, mediana y grande”*.

⁷⁶ Según este mismo decreto el chatarrero es la persona que recolecta, manualmente, los metales preciosos presentes en los desechos de las exploraciones mineras.

- El Decreto 1666 de 21 de octubre de 2016⁷⁷, a través del cual se reguló la clasificación de que trata el artículo 21 de la Ley 1753 de 2015 antes referido, especialmente especificó que actividades constituyen minería de subsistencia.
- La Resolución N° 40391 de 2016 a través de la cual se adopta la Política Nacional Minera y en la que se prevé, entre otros, la formalización de pequeños mineros no formalizados⁷⁸.

Del análisis expuesto en precedencia, la Sala colige que tanto la obligación impuesta al Gobierno Nacional de diferenciar al minero informal del minero ilegal, como la asignada al Estado Colombiano de adoptar medidas de formalización de los mineros artesanales y pequeños sí se encuentra satisfecha.

En efecto, como quedó expuesto en precedencia es claro que el Gobierno Nacional sí ha implementado una estrategia para diferenciar al minero informal del minero ilegal, al punto que muchas de las disposiciones analizadas contemplan un tratamiento especial para los mineros informales. De hecho, la política de formalización minera parte de la base de que los mineros informales son distintos de los mineros ilegales, y por eso merecen un trato diferente a efectos de lograr su formalización.

Es de anotar, que la suspensión provisional decretada por la autoridad judicial sobre el Decreto 933 de 2013 en nada modifica la conclusión a la que arribó la Sección, esto es, que sí se ha dado cumplimiento a la obligación de diferenciar la minería informal de la minería ilegal, pues pese a que dicho acto perdió su fuerza ejecutoria, lo cierto es que las demás medidas adoptadas se encuentran plenamente vigentes y propenden por la diferenciación de estas actividades.

Lo propio sucede con la obligación de adoptar medidas tanto administrativas, como legislativas con el objeto de formalizar y regularizar la actividad minera artesanal, pequeña o tradicional, ya que el recorrido normativo hecho en párrafos anteriores da cuenta que Colombia ha proferido una política minera cuyo objetivo es, entre otros, formalizar a quienes practican dicha actividad de manera irregular o sin el cumplimiento de los requisitos previstos en el ordenamiento jurídico.

Y es que no puede pretenderse, como parece inferirse de la solicitud de cumplimiento, que se avale que los pequeños mineros, por el hecho de ostentar esa calidad, puedan ejercer la actividad minera prescindiendo de las exigencias que para el desarrollo de esta labor se han previsto, pues tal y como lo advirtió el Tribunal de Justicia incluso las personas que ejecutan la minería a menor escala deben ajustarse a lo regulado por cada país, so pena de que su práctica se torne ilegal.

⁷⁷ Disponible en <https://www.minminas.gov.co/documents/10180//23517//37238-Decreto-1666-21Oct2016.pdf> consultado el 16 de marzo de 2017

⁷⁸ Disponible en <https://www.minminas.gov.co/normatividad?idNorma=36974> y en <https://www.minminas.gov.co/documents/10180/698204/Pol%C3%ADtica+Minera+de+Colombia+final.pdf/c7b3fcad-76da-41ca-8b11-2b82c0671320>

Ahora bien, no escapa a la Sala que en el recurso de apelación la asociación accionante puso de presente que la estrategia adoptada no garantiza el mínimo vital, ni las condiciones de vida digna de los mineros informales a los que alude el artículo 107 de la Ley 1450 de 2011. Sobre el punto, lo primero a señalar es que este es un argumento nuevo que no se presentó en la demanda, de forma que las entidades demandadas no pudieron pronunciarse al respecto en la contestación, pues recuérdese que en la demanda se sostenía que la estrategia no se había implementado, no que aquella no estuviera acorde con los lineamientos previstos por el artículo 107 de la Ley 1450 de 2011.

La Sala desea precisarle a la parte actora que el recurso de apelación no es el escenario para plantear argumentos que demuestren el incumplimiento de la norma, pues aquellos deben presentarse únicamente en la demanda, so pena de desconocer el derecho al debido proceso de la parte demandada. A esto se suma, que en el expediente no obra ningún medio de convicción del cual se pueda desprender que lo dicho por la parte actora es cierto, toda vez que la accionante no aportó ningún medio de convicción que demostrara que en efecto la estrategia no cumplía con tales parámetros, pues simplemente se limitó a sostener que aquella era contraria a los derechos de los pequeños mineros, pero no probó su dicho.

En efecto, revisado el expediente no se encontró ningún argumento ni medio de prueba a través del cual se acreditara que la estrategia no estaba acorde a los parámetros del artículo 107 de la Ley 1450 de 2011; por el contrario, del análisis de los actos administrativos expedidos en cumplimiento de la ley se desprendía que, en especial para los mineros artesanales se tomaban medidas de protección y se otorgaba un trato especial, precisamente, porque para esa clase de mineros, la minería constituye una actividad de subsistencia.

En todo caso, se insiste, la parte actora que no puede, aupada en este medio de control, evadir los requisitos que el ordenamiento jurídico previó para el desarrollo de la minería, bajo el argumento de que las regulaciones son contrarias a los derechos de los pequeños mineros ya que, tal y como lo precisó el Tribunal de Justicia en la interpretación prejudicial que hace parte integral de esta fallo, la regulación y formalización busca que **todos** aquellos que practican la minería lo hagan bajo los parámetros y control estatal a efectos de proteger bienes y valores superiores.

En consecuencia, que el Estado pretenda regular la minería informal e imponga a los pequeños mineros una serie de medidas para lograr este objetivo, no constituye un incumplimiento de las disposiciones invocadas en la demanda; por el contrario, dichas exigencias dan cuenta que las obligaciones previstas en la ley y adquiridas por el estado en razón de su pertenencia a órganos como la CAN sí se encuentran satisfechas.

4. Conclusión

Tanto el artículo 107 de la Ley 1450 de 2011 como el numeral 1º del artículo 5º de la Decisión 774 de 2012 contienen un mandato imperativo e inobjetable en cabeza de las entidades demandadas. Sin embargo, en el expediente se demostró que, contrario a lo afirmado por la parte actora, dicho deber sí se encuentra satisfecho. En consecuencia, la Sección Quinta del Consejo de Estado confirmará la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 6 de agosto de 2015 que negó las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR, pero por las razones aquí expuestas, la sentencia del 6 de agosto de 2015 mediante la cual Tribunal Administrativo de Antioquia negó la acción de cumplimiento presentada por la Asociación de Mineros del Bajo Cauca - ASOMINEROS B.C-

SEGUNDO: De conformidad con el artículo 128 de la Decisión 500 **ENVIAR** copia de esta providencia, al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones.

TERCERO: DEVOLVER al tribunal de origen para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Presidente

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera