

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA**

CONSEJERO PONENTE: JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ

Bogotá D.C., cinco (05) de abril de dos mil dieciocho (2018)

Referencia: Acción de tutela
Radicación: 11001-03-15-000-2017-02389-01
Actor: Nación – Ministerio de Minas y Energía
Demandado: Tribunal Administrativo de Santander
Temas: Alcance de la competencia de los municipios para reglamentar el uso del suelo respecto a la actividad minera y petrolera.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide la impugnación interpuesta contra la sentencia del 3 de noviembre de 2017 proferida por la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, que en el trámite de la acción de tutela de la referencia, resolvió lo siguiente:

"Primero: *Declarar improcedente la acción de tutela instaurada por el Ministerio de Minas y Energía en contra del Tribunal Administrativo de Santander, de acuerdo con lo aquí expuesto (...)"¹.*

ANTECEDENTES

1. Pretensión

El Ministerio de Minas y Energía solicita se declare "la inconstitucionalidad de la consulta popular convocada en Jesús María (Santander)", debido a la vulneración de su derecho al debido proceso por parte del Tribunal Administrativo de Santander al determinar la constitucionalidad de la consulta en providencia del 24 de julio de 2017.

¹ Folio 273 del expediente.

2. Hechos

El sustento fáctico de la solicitud de amparo corresponde al siguiente:

- En ejercicio de lo previsto en el artículo 20 de la Ley 1757 de 2015, el concejo municipal de Jesús María (Santander) emitió concepto de conveniencia para la convocatoria de consulta popular en la que se formularía la siguiente pregunta:

"¿Está usted de acuerdo sí o no que en la jurisdicción del Municipio de Jesús María Santander, se realicen actividades de exploración y explotación minera y petrolera?".

- El 31 de mayo de 2017, el Presidente del concejo municipal remitió el concepto de conveniencia al Tribunal Administrativo de Santander, con el fin de que se pronunciara sobre la constitucionalidad de la convocatoria a consulta, de conformidad con lo establecido en el literal b) del artículo 21 ibídem.

- Durante el período de fijación en lista previsto para este procedimiento se presentaron varias intervenciones, sin que se registrara la del Ministerio de Minas y Energía.

- Mediante providencia del 24 de julio de 2017, el Tribunal Administrativo de Santander declaró la constitucionalidad del texto de la pregunta que se pretendía elevar a consulta popular. Esta decisión se fundamentó en los siguientes argumentos:

Promoción de la iniciativa de consulta popular. El alcalde era competente para convocar la consulta popular, puesto que se cumplieron las exigencias de los artículos 51 y 53 de la Ley 134 de 1994, esto es, se abordó un asunto de orden municipal y se contó con el concepto de conveniencia favorable del concejo municipal.

Las autoridades nacionales deben acordar con las autoridades territoriales ciertas materias, mediante la aplicación de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad, según se señaló en la C-123 de 2014. Sin embargo, ello no impide la convocatoria y realización de la consulta popular, puesto que ese requisito de concertación **no** debe ser anterior a la decisión que tomen los habitantes en ejercicio del mecanismo de participación².

² En palabras del accionante: "... no puede considerarse que los mandatarios locales de los municipios o departamentos en que se realice actividad minera, estén privados para formular consultas sobre esos asuntos a los habitantes de los municipios, toda vez que en su momento se ordenó que las decisiones relativas a la ejecución de proyectos mineros fueran concertados entre las entidades de orden nacional y territorial en aplicación de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad previstos en el art. 288 de la Constitución política; de tal forma que atendidos los mecanismos de participación ciudadana es perfectamente claro y viable que antes de realizar ese diálogo se permita a los ciudadanos manifestarse".

Viabilidad de consulta sobre temas mineros en entes municipales. Es posible convocar a consulta popular para que los habitantes de un municipio decidan sobre reglamentación de usos del suelo, lo que incluye la definición de los aspectos relacionados con los territorios en los que se pretenda el desarrollo de actividades mineras.

Legalidad de la pregunta. La pregunta objeto de revisión no era confusa, ni sugestiva, por lo que no afectaba la libertad de elección de las personas a consultar.

3. Fundamentos de la acción

Para el Ministerio de Minas y Energía la solicitud de amparo es procedente porque el Tribunal Administrativo de Santander incurrió en dos defectos: el de violación directa de la Constitución y el relativo al desconocimiento del precedente.

3.1. Violación directa de la Constitución.

3.1.1. A juicio del recurrente, la decisión del Tribunal Administrativo de Santander desconoce los siguientes artículos constitucionales: 288, 105, 365, 334, 79 y 90.

3.1.2. El artículo 288 porque se reconoce una autonomía territorial irrestricta, cuando el ordenamiento constitucional prevé una actuación orientada bajo los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad, tal como lo ha reconocido la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia C-123 de 2014. Este proceder implica el vaciamiento de competencias asignadas a entidades nacionales como la Autoridad Nacional de licencias Ambientales -en adelante ANLA- y las Corporaciones Autónomas Regionales -en adelante CAR-.

Por demás, la actividad minero-energética es de interés general y de utilidad pública, lo que implica la posibilidad de que autoridades del orden nacional la regulen sin desconocer la autonomía territorial. Dicho aspecto es relevante toda vez que los recursos no renovables del subsuelo son propiedad del Estado, no de los entes territoriales, según el artículo 332 constitucional.

3.1.3. El artículo 105, por la incompetencia del alcalde para promover la consulta popular, ya que el tema minero y, en general, los asuntos de explotación de recursos naturales no renovables, son de competencia de las entidades del orden nacional, lo que excede las cuestiones

meramente locales para las que se habilita el mecanismo de participación ciudadana promovido en el caso concreto³.

Además, porque no se cumplieron los requisitos establecidos en la ley aplicable: no se acreditó la amenaza de creación de un cambio significativo en el uso del suelo del municipio de Jesús María (Santander), ni la transformación consecuencial en las actividades tradicionales de ese ente territorial, tal como lo exige el artículo 33 de la Ley 136 de 1994.

3.1.4. Los artículos 365 y 334, porque la proliferación indiscriminada de consultas populares puede poner en riesgo el abastecimiento de gas natural y petróleo, lo que incide directamente en la prestación de servicios públicos, si se tiene presente la importancia de esos insumos en la prestación de dichos servicios y la relación de esta actividad con la satisfacción de derechos fundamentales.

Para el efecto, realiza una exposición sobre la cadena del gas natural y del petróleo, con el fin de demostrar el carácter nacional del asunto, pues aun cuando las zonas de exploración o explotación estén ubicadas en un sector del territorio nacional, lo cierto es que los recursos correspondientes benefician a todos los ciudadanos.

3.1.5. La vulneración del artículo 79 se materializa por la existencia de mecanismos de participación ciudadana con mayor aptitud que la consulta popular para asegurar la protección del medio ambiente y permitir la participación de los ciudadanos en los temas que los afectan. Lo anterior se sustenta, según el tutelante, en la existencia de otros espacios para discutir la viabilidad técnica de un proyecto y permitir la concurrencia de quienes lo apoyen o estén en su contra.

Es por eso que dentro de los procesos de licenciamiento, el legislador estableció (i) la evaluación de impacto ambiental, como un medio pluridisciplinar que comprende la evaluación y análisis de los diferentes aspectos que componen o inciden en una actividad: los físicos, los químicos, los estéticos y/o sociales, por citar algunos ejemplos; y, (ii) el derecho de cualquier persona natural o jurídica o privada, sin necesidad de demostrar interés jurídico alguno, para intervenir en las actuaciones administrativas iniciadas para la expedición, modificación o cancelación de permisos o licencias de actividades que afecten o puedan afectar el medio ambiente, al tenor de lo previsto en el artículo 69 de la ley 99 de 1993.

3.1.6. La última vulneración constitucional -esto es, la del artículo 90- se registra por la posible generación de daños antijurídicos a (i) los usuarios del sistema de gas natural y de petróleo, por la posible

³ Esta posición se apoyó, entre otros, en la sentencia T-123 de 2009 por medio de la que se destacó la imposibilidad de que mediante consulta popular se impartiera orden a autoridad ambiental del orden nacional dentro de un proceso de licenciamiento de un relleno sanitario.

defraudación de la confianza por falta de abastecimiento; y, (ii) a quienes han suscrito contratos estatales en materia minero-energética, por el posible cambio “[total y sorpresivo del] marco jurídico que [tuvieron en cuenta] al momento de hacer su inversión”, pues aun cuando se sujetaron a la evaluación de impacto ambiental, lo cierto es que “en últimas serán las comunidades locales las que decidan unilateralmente sobre la viabilidad de su proyecto, con criterios difíciles de predecir”.

3.2. Desconocimiento del precedente

En sentir del solicitante, el Tribunal Administrativo de Santander desconoció que la autonomía territorial debe armonizarse con el principio de Estado unitario al declarar constitucional la iniciativa de consulta popular sin que el municipio y las autoridades nacionales, tales como el Ministerio de Minas y Energía, concertaran sobre la reglamentación de los usos del suelo y la explotación del subsuelo en el municipio de Jesús María.

Es cierto que la reglamentación de los usos del suelo es una competencia radicada en los municipios. Sin embargo, debe ejercerse considerando que el subsuelo y los recursos naturales no renovables son propiedad del Estado, lo que exige, entre otros, la concertación entre las diferentes autoridades -nacionales y territoriales- para la adopción de decisiones sobre la materia.

Esa, no otra, fue la regla que estableció la Corte Constitucional en la sentencia C-123 de 2014 al sostener que “*las autoridades competentes del nivel nacional deberán acordar con las autoridades territoriales concernidas, las medidas necesarias para la protección del medio ambiente sano, y en especial, de sus cuencas hídricas, el desarrollo económico, social, cultural de sus comunidades y la salubridad de la población, mediante la aplicación de los principios de concurrencia y subsidiariedad previstos en el artículo 288 de la Constitución Política*”. Pauta reiterada en las sentencias C-035, C-273 y C-389 de 2016, T-121 de 2017, y, en diferentes pronunciamientos de la jurisdicción de lo contencioso administrativo⁴.

Finalmente, el recurrente considera que la sub-regla expuesta en la sentencia T-445 de 2016 no es aplicable al caso concreto porque sus efectos *inter-partes* carecen de entidad para desdibujar las reglas establecidas en pronunciamientos *erga omnes*, como lo son los de

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, MP. Stella Jeannette Carvajal Basto, sentencia del treinta (30) de mayo de 2017, exp.: 11001-03-15-000-2017-01198-00.

Tribunal Administrativo del Huila, M.P.: Gerarado Iván Muñoz Hermida, sentencia del diecisiete (17) de agosto de 2017, rdo.: 41001-23-33-000-2017-00308-00.

Tribunal Administrativo de Cundinamarca, M.P.: Moisés Rodrigo Mazabel Rincón, sentencia del diecisiete (17) de agosto de 2017, rdo.: 25000-23-41-000-2017-00887-00.

constitucionalidad, lo que impide admitir que en materia de reglamentación de usos del suelo la competencia de los entes territoriales prevalezca sobre las de las autoridades nacionales.

4. Trámite impartido e intervenciones

Mediante auto del 18 de septiembre de 2017 se admitió la acción de tutela de la referencia, se negó la solicitud de medida provisional y se ordenó notificar al Tribunal Administrativo de Santander y vincular al Municipio de Jesús María (Santander)⁵. En las oportunidades correspondientes se presentaron las oposiciones y coadyuvancias que se sintetizan a continuación.

4.1. Oposición

4.1.1. Municipio de Jesús María (Santander)

El ente territorial se opone a la pretensión de la solicitud de amparo porque no se desconocieron derechos fundamentales, sino que, por el contrario, se desarrolló una competencia constitucional a su cargo sin desconocer la propiedad del Estado sobre los recursos naturales no renovables existentes en el subsuelo. Además, advierte que se cumplió con la totalidad de requisitos aplicables al mecanismo de participación ciudadana.

4.1.2. Concejo Municipal de Jesús María (Santander)

El Presidente del Concejo Municipal se opone a la pretensión de la tutela porque el accionante no se encuentra legitimado para el efecto, pues no intervino en la oportunidad dispuesta por el legislador, esto es, en el trámite de revisión de constitucionalidad que se surtió ante el Tribunal Administrativo de Santander: no se pronunció en el término de fijación en lista.

También porque la consulta popular sí es un mecanismo adecuado para someter a la voluntad del pueblo el tema minero-energético. Prueba de ello, es que la Corte Constitucional en la sentencia T-121 de 2017 expuso que *"la utilización de la acción de tutela para frenar el procedimiento de votación a la consulta popular es muy difícil, más cuando ya se celebraron las elecciones"*⁶.

4.1.3. Corporación Podión

⁵ Fl. 33, cuad. ppal.

⁶ Fl. 213 vto, cuad. ppal.

El representante legal de la Corporación PodiÓN intervino para “coadyuvar” el pronunciamiento del Tribunal Administrativo de Santander.

En su sentir, los municipios sí tienen competencia para regular las actividades que pueden desarrollarse en el suelo municipal, como expresión de la autonomía territorial y de la competencia para la reglamentación de los usos del suelo, tal como lo sostuvo el Consejo de Estado al resolver un caso similar⁷.

4.2. Coadyuvancia

4.2.1. Ecopetrol⁸

Ecopetrol coadyuvó la solicitud de amparo de la referencia, debido a la incompetencia del alcalde para promover la consulta popular, pues el tema objeto de pregunta desborda lo meramente local y se inscribe en el ámbito nacional, lo que implica, consecuentemente, un desconocimiento de lo previsto por los artículos 8 y 51 de la Ley 134 de 1994.

Esa conclusión se reafirma, en su sentir, al tener presente que la industria del petróleo es de utilidad pública en las áreas de exploración, explotación, refinación y distribución, de acuerdo con lo contemplado en el artículo 4 del Decreto 1056 de 1953. Aspecto que justifica la existencia de prerrogativas para el desarrollo de esa actividad, entre ellas, *“la posibilidad de [ejecutarla o adelantarla] en todo el territorio nacional”*, según el Decreto 2201 de 2003 (art. 26).

En esa medida, la decisión del Tribunal de Santander desconoce las competencias de las autoridades del nivel nacional como el Ministerio de Minas y Energía, la Agencia Nacional de Hidrocarburos (como administradora de las reservas y recursos hidrocarburíferos de la Nación) y la ANLA.

Finalmente, estima que la providencia atacada se sustentó, únicamente, en una decisión con efectos *inter-partes*, como lo es la sentencia T-445 de 2016, razón por la que no era aplicable al caso concreto, pues como

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, M.P.: Carlos Enrique Moreno Rubio, sentencia del quince (15) de diciembre de 2016, rdo.: 11001-03-15-000-2016-03415-00. En esa oportunidad se dijo que ejercicio de esa facultad *“permite... adoptar normas y medidas sobre las actividades que pueden desarrollarse en el territorio del municipio, como ocurre por ejemplo, con el uso del suelo y la minería, pues como se dijo, el desarrollo territorial incluye el desarrollo ambientalmente sostenible”*.

⁸ La entidad considera que le asiste interés para actuar porque si bien es cierto que en la pregunta revisada por el Tribunal Administrativo de Santander no se refirió al transporte de hidrocarburos, no lo es menos, que *“las limitaciones que se impongan a las dos primeras actividades del segmento incidirán... en la actividad de transporte, pues no se entenderá la existencia de oleoductos y poliductos si no se restringe a lo largo y ancho del país, vía consultas previas, las actividades de exploración y producción”*. Fl. 36 vto, cuad. ppal.

lo mencionaron en el auto que decidió la solicitud de nulidad la providencia *"en ningún momento está concediendo nuevas competencias a las entidades territoriales..., sino se están reconociendo las que ya tienen"*.

4.2.2. Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado -ANDJE-

La ANDJE considera que la providencia por medio de la que se declaró la constitucionalidad de la pregunta que se sometería a consulta popular en el municipio de Jesús María (Santander) desconoce el precedente de la Corte Constitucional sobre la materia, así como las normas aplicables al caso concreto.

Lo primero, porque la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional no otorga una competencia absoluta a los entes municipales en materia de regulación de la minería. Esto, por cuanto desde la sentencia C-123 de 2014 se impuso la obligación de armonización de acuerdo a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad y porque la propiedad de los recursos que se encuentran en el subsuelo es del Estado, no de los municipios, lo que faculta a las autoridades nacionales para intervenir en la definición de los temas que inciden en esa propiedad; aspecto este último que se corrobora al tener presente que tanto la actividad petrolera, como la de minas son de utilidad pública e interés general.

Esa posición de la Corte se reiteró en las sentencias C-035, C-273 y C-389 de 2016. Y si bien es cierto que en la sentencia T-445 de 2016, que sirvió de fundamento a la decisión del Tribunal, se adoptó una postura diferente, no lo es menos, que dicha providencia no es aplicable al caso concreto porque: (i) sus efectos son inter-partes, por lo que carece de entidad para modificar la línea jurisprudencial establecida sobre sentencias con efectos *erga omnes*; (ii) esa interpretación desconocería las reglas existentes en materia de propiedad y administración de recursos naturales no renovables.

Lo segundo, porque no era posible el pronunciamiento sobre aspectos que exceden el ámbito local, que corresponden, en virtud de su declaratoria de utilidad pública, a asuntos del orden nacional. Cuestión relevante por la imposibilidad jurídica de implementar la decisión que se tome sobre el particular, como lo ha reconocido el Tribunal Administrativo de Antioquia al anular acuerdos municipales que prohíben la ejecución o realización de actividades extractivas en el ámbito de su jurisdicción⁹.

⁹ Para el efecto, relaciona las siguientes providencias: Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Segunda de Oralidad, M.P.: Gonzalo Zambrano Velandia, sentencia del 06 de febrero de 2013 (anuló Acuerdo 008 de 2012 del Concejo de Támesis); Sala Segunda de Oralidad, M.P.: Beatriz Elena Jaramillo Muñoz, sentencia del 19 de abril de 2013 (anuló Acuerdo 009 de 2012 del Concejo de Jardín); Sala Primera de Oralidad, M.P.: Yolanda Obando Montes, sentencia del 10 de mayo de 2013 (anuló Acuerdo 029 de 2012 del Concejo de Urrao); Sala Primera de Oralidad, M.P.: Yolanda Obando Montes, sentencia del 30 de mayo de 2013 (anuló Acuerdo 003 de 2013

Súmese a ello, que para la protección del medio ambiente, finalidad perseguida por la consulta popular, el legislador otorgó competencias a entidades del orden nacional, lo que explica la asignación de facultades a la ANLA, al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y a las CAR.

Finalmente, señala el desconocimiento de la Ley 819 de 2003, porque el concejo municipal omitió *"realizar un análisis minucioso de los impactos que acarrearía para Jesús María y también para la Nación el dejar de percibir las regalías por concepto de las actividades mineroenergéticas (sic)"*¹⁰.

4.2.3. Asociación Colombiana del Petróleo -ACP-

Para esta asociación, la sentencia del Tribunal Administrativo de Santander desconoce el artículo 105 constitucional por cuanto permitió la promoción de una consulta popular para el tratamiento de cuestiones del orden nacional, que exceden el ámbito meramente local.

Lo anterior, teniendo en cuenta que los recursos naturales no renovables existentes en el subsuelo son propiedad del Estado, según el artículo 322 constitucional, lo que supone la posibilidad de su ejecución en todo el territorio y la asignación de competencias a las autoridades del orden nacional, entre ellas, al Ministerio de Minas y Energía para la formulación de la política de hidrocarburos en el país (Decreto 381 de 2012, artículo 2). Por esa razón, tal como lo manifestó el Consejo de Estado en sede de tutela¹¹, los municipios carecían de competencia para restringir o regular las actividades de hidrocarburos en sus jurisdicciones.

Como lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia T-123 de 2009, *"las decisiones de las autoridades ambientales no pueden estar condicionadas por la voluntad ciudadana expresada en una consulta popular del nivel municipal, pues esta solo tiene alcance respecto de la competencia propia de la administración local"*.

En segundo lugar se aduce la aplicación de un precedente que no regulaba el caso concreto. Tal es el caso de la sentencia T-445 de 2016 porque, como se refirió en los salvamentos de voto del auto que resolvió la solicitud de nulidad, (i) se trata de un pronunciamiento *inter partes* que carece de entidad suficiente para modificar la línea jurisprudencial de la Corte; (ii) *"se conceptuó sobre una materia sometida expresamente a la regulación de ley orgánica"* y se sustentó sobre una sentencia cuyo objeto de interpretación desapareció del ordenamiento jurídico.

del Concejo de Caicedo); Sala Primera de Oralidad, M.P.: Álvaro Cruz Riaño, sentencia del 24 de julio de 2013 (anuló Acuerdo 024 de 2012 del Concejo de Cañasgordas).

¹⁰ Fl. 85 vto., cuad. ppal.

¹¹ Sentencia del 2 de marzo de 2017, radicado 11001-03-15-000-2014-00788-01.

5. Providencia impugnada

Mediante providencia del 3 de noviembre de 2017, la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado declaró improcedente la acción de tutela (fls. 269 a 273), toda vez que consideró que el Ministerio de Minas y Energía carecía de legitimación para interponerla, ya que no acudió al proceso de revisión establecido en el artículo 21 de la Ley 1757 de 2011.

6. Impugnación

El Ministerio de Minas y Energía y la ANDJE recurrieron la decisión anterior, porque sí existe legitimación en la causa por activa, ya que la Ley 1757 de 2015 no exige la participación en el procedimiento de revisión de constitucionalidad de la pregunta que se formulará en una consulta popular.

Es más, la Corte Constitucional no ha exigido el agotamiento de ese requisito, tal como se evidencia en la sentencia T-121 de 2007 y las sentencias de los procesos con radicado Nos. 11001-03-15-000-2017-02516-00 y 11001-03-15-000-2017-01198-01.

Una posición contraria desconocería que el Ministerio de Minas y Energía es afectado directo con la determinación adoptada por el Tribunal Administrativo de Santander, como quiera que gracias a la decisión no es posible que ejerza sus competencias en materia de establecimiento de las políticas generales que rigen para el sector minero-energético, según lo previsto en el Decreto 381 de 2012, art. 1º.

Por otro lado, no tendría presente que esa exigencia constituye una carga excesiva para la entidad a la que no se le notifica del proceso de promoción de la consulta popular, ni mucho menos de la apertura del término de fijación en lista establecido por la ley 1757 de 2015.

En lo que respecta al fondo del asunto, los recurrentes reiteran los argumentos que expusieron al momento de presentar la solicitud de amparo y la coadyuvancia, respectivamente, razón por la que la Sala, en aras de la brevedad, se remite a las síntesis de los mismos, efectuadas en los apartes pertinentes de esta providencia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. La acción de tutela contra providencias judiciales

La acción de tutela, consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política y reglamentada por el Decreto 2591 de 1991, fue concebida como un mecanismo para la protección inmediata, oportuna y adecuada de derechos fundamentales, ante situaciones de amenaza o vulneración, por la acción u omisión de las autoridades públicas, o de los particulares en casos concretos y excepcionales. Sin embargo, es subsidiaria a otras herramientas judiciales, salvo cuando se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La acción de tutela es procedente contra providencias judiciales, como ha sido reconocido por la Corte Constitucional, entre otras, en la **sentencia C-590 de 2005**¹², y por la Sala Plena del Consejo de Estado, en la **sentencia del 31 julio 31 de 2012**¹³, que unificó su jurisprudencia respecto de la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, y posteriormente, en la **sentencia de agosto 5 de 2014**¹⁴, en la que unificó su jurisprudencia sobre la posibilidad de interponer la acción de tutela contra las sentencias del mismo Consejo de Estado y sobre las condiciones o requisitos para su procedencia¹⁵.

En todo caso, la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales **es excepcional**, de allí que la interpretación de los requisitos generales y de los defectos específicos en la providencia, deba ser restrictiva, a la luz de los argumentos planteados por los intervinientes en el proceso de amparo, y que se exija un mayor rigor en la fundamentación del vicio que se atribuye a la providencia judicial objeto de la acción.

2. De la legitimación en la causa por activa

¹² Sentencia en la que la Corte Constitucional precisó los requisitos generales y especiales, o eventos determinantes, de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

¹³ Consejo de Estado. Sala Plena. Sentencia de julio 31 de 2012. Radicado: 2009-01328-01(IJ). M.P. María Elizabeth García González.

¹⁴ Consejo de Estado. Sala Plena. Sentencia de agosto 5 de 2014. Radicado: 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ). C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

¹⁵ El Consejo de Estado, con fundamento en la jurisprudencia constitucional, diferenció los siguientes dos requisitos o condiciones que debe acreditar el juez de tutela para que prospere el amparo:// En primer lugar, son requisitos para que proceda el estudio de una acción de tutela contra una providencia judicial, los siguientes: i) deber del actor de precisar los hechos y las razones en que se fundamenta la acción, ii) deber del actor de cumplir con el requisito de subsidiariedad de la acción, al no contar o haber agotado todos los mecanismos judiciales ordinarios y extraordinarios a su alcance para la protección de sus derechos fundamentales en sede del juez natural, iii) cumplir con el requisito de inmediatez de la acción, iv) acreditar que el asunto es de evidente relevancia constitucional y, finalmente, v) que no se trate de una decisión proferida en sede de tutela. // En segundo lugar, al citar la sentencia C-590 de 2005, de la Corte Constitucional, indicó que son requisitos o causales especiales, para que proceda la acción en el caso concreto, que esta adolezca de alguno de los siguientes defectos: i) defecto orgánico, ii) defecto procedimental, iii) defecto fáctico, iv) defecto material o sustantivo, v) defecto por error inducido, vi) defecto por falta de motivación, vii) defecto por desconocimiento del precedente y viii) defecto por violación directa de la Constitución.

2.1.- El inciso primero artículo 86 de la Constitución Política establece que toda persona, sin necesidad de ninguna cualificación especial como la de ser abogado, podrá ejercer la acción de tutela en nombre propio o mediante apoderado para obtener la protección inmediata de sus derechos fundamentales.

Empero, dicha regla impone que el actor de tutela debe estar legitimado en la causa por activa, en la medida que sólo podrá ejercer esta acción constitucional ante la vulneración de sus propios derechos fundamentales, sin perjuicio de la agencia oficiosa de derechos, como lo dispone el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991.

2.2.- En el caso bajo examen, la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado declaró improcedente la acción de tutela por considerar que el Ministerio de Minas y Energía carecía de legitimación en la causa por no intervenir en el proceso de revisión previa de constitucionalidad de la consulta popular que dio lugar a la providencia objeto de controversia, a pesar de que tuvo la oportunidad para hacerlo durante la fijación en lista.

Esta Sección ha considerado que en los casos en que se presenta una tutela contra providencia judicial, quien la interpone debió ser parte del proceso o, a pesar de no serlo, acreditar la vulneración de sus derechos fundamentales por las órdenes o determinaciones adoptadas en la providencia objeto de controversia¹⁶. Lo que significa que el Ministerio de Minas y Energía puede estar legitimado en la causa por activa aunque no haya intervenido en el proceso de revisión previa de constitucionalidad de la consulta popular, siempre que la decisión tenga la potencialidad de afectarlo directamente.

2.3.- El artículo 2 del Decreto 381 de 2012 estableció como función del ministerio, entre otras, implementar la política nacional sobre la exploración y explotación de minerales e hidrocarburos, el aprovechamiento integral de los recursos naturales no renovables, expedir los reglamentos del sector y realizar las gestiones necesarias para conservar el abastecimiento de hidrocarburos y combustibles.

Estas competencias están intrínsecamente relacionadas con el objeto de la consulta popular declarada constitucional en la sentencia del 24 de julio de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, puesto que su objetivo es determinar si los habitantes del Municipio de Jesús María desean permitir o no las actividades de exploración y explotación minera y petrolera en su territorio.

En otras palabras, si bien es cierto que el Ministerio de Minas y Energía no participó en el proceso de revisión previa de constitucionalidad de la consulta popular, también lo es que se encuentra legitimado por activa

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Cuarta. Providencia del 21 de mayo del 2014. Expediente Número: 11001-03-15-000-2013-01899-01 (AT). C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

para presentar la demanda de tutela de la referencia puesto que, dependiendo del resultado de la consulta popular, podría ver limitado el ejercicio de sus competencias en el territorio del Municipio de Jesús María.

2.4.- Se advierte igualmente que la ANDJE tiene legitimación en la causa para recurrir la sentencia proferida en primera instancia en el trámite de la presente la acción de tutela, en virtud de lo dispuesto en el artículo 610 del Código General del Proceso.

3. Del carácter subsidiario de la acción de tutela

3.1.- Del carácter subsidiario de la acción de tutela se deriva que los medios ordinarios de defensa para la protección de los derechos, siempre que sean idóneos y eficaces, no pueden ser desplazados o suplantados por la acción de tutela.

Es por lo dicho que la tesis de la Sección, expuesta en diversas sentencias, es que, por regla general, cuando existe otro medio de defensa judicial, idóneo y eficaz, no es procedente la acción de tutela. Por supuesto, la idoneidad y eficacia del medio de defensa se definen en función del caso concreto, atendiendo a las circunstancias en que se encuentra el solicitante y, además, dependen de la existencia o no de un perjuicio irremediable, en los términos del numeral 1º del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

3.2.- El Concejo Municipal de Jesús María afirmó que la tutela de la referencia es improcedente porque el ministerio no ejerció el medio de defensa ordinario previsto en el artículo 21 de la Ley 1757 de 2015, norma que establece que:

"Todo proceso de revisión previa de constitucionalidad de convocatorias a mecanismos de participación democrática deberá permitir un período de fijación en lista de diez días, para que cualquier ciudadano impugne o coadyuve la constitucionalidad de la propuesta y el Ministerio Público rinda su concepto".

En el expediente ordinario consta que el Tribunal Administrativo de Santander dio cumplimiento a esta norma ordenando la fijación en lista del proceso mediante auto del 9 de junio de 2017, orden que fue cumplida por la Secretaría de la corporación judicial a partir del 22 de junio hasta el 7 de julio del mismo año, sin que el ministerio hubiera intervenido en el proceso, por lo que en principio no se cumpliría con el requisito de la subsidiariedad.

3.3.- Se dice que en principio debido a que ese otro medio de defensa no fue eficaz en el caso concreto.

La anterior afirmación tiene sustento en que, conforme con el artículo analizado, la fijación en lista se debe hacer en la secretaría del respectivo tribunal administrativo sin que se realice ningún tipo de publicación adicional a nivel nacional que le permitiera al Ministerio de Minas y Energía enterarse de la existencia de la consulta popular que puede afectar el ejercicio de sus funciones.

Así las cosas, resultaría desproporcionado exigirle al ministerio que desde la capital del país, en donde está ubicado su domicilio, se entere de la existencia del proceso de revisión previa de constitucionalidad en el Municipio de Jesús María, en especial cuando no cuenta con oficinas en ese lugar que pudiera atender la respectiva intervención.

3.4.- Con base en lo anterior, se tienen por acreditados los requisitos generales de la tutela contra providencia judicial, motivo por el que la Sala pasará a realizar el estudio de fondo de los defectos específicos invocados en la demanda y las solicitudes de coadyuvancia.

4. Cargos

De acuerdo con la síntesis realizada en los antecedentes de esta providencia, le corresponde a la Sala determinar si la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander el 24 de julio de 2017, mediante la cual se declaró la constitucionalidad de la consulta popular convocada por el municipio de Jesús María (Santander) en materia minero-energética, vulneró el debido proceso del Ministerio de Minas y Energía al incurrir en los siguientes defectos:

- Violación directa de la Constitución, específicamente de los artículos 288, 365, 332, 334, 79, 90 y 105, por (i) desconocer las competencias de la Nación en materia ambiental y minero-energética, (ii) la posible generación de daños antijurídicos a los usuarios del sistema de gas natural y petróleo y a quienes suscribieron contratos estatales en materia minero-energética, y (iii) no tener en cuenta el impacto fiscal y la afectación de los servicios públicos que podría generar la consulta popular convocada.
- Desconocimiento del precedente de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y del Tribunal Administrativo de Antioquia.

De los cargos expuestos puede concluirse que la inconformidad principal del Ministerio de Minas tiene que ver con la competencia de las autoridades locales para regular asuntos en los que esté involucrado o estén en juego aspectos mineros, ambientales o energéticos.

No se discute por parte del recurrente lo atinente a que la consulta popular sea o no objeto de concertación previa o posterior al

procedimiento democrático. Sin embargo, como tiene íntima relación con el cargo, la Sala considera que en el curso de la providencia tendrá que referirse a ambos aspectos, toda vez que en este último evento se involucran competencias de los entes locales en materia de regulación del suelo, esto es, de la ordenación territorial y la defensa del patrimonio ecológico.

Esa precisión explica que, para poder dar respuesta a los cargos planteados, previamente deben abordarse estos temas:

- a) Forma en que operan los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en materia minero-energética.
- b) Reglas que deben aplicarse en caso de vacíos normativos.
- c) Competencia de las autoridades locales para adelantar un procedimiento de consulta popular en materia minero-energética.
- d) Infracción de los artículos 90, 332 y 334 de la Constitución y el contenido de la Ley 819 de 2013 en lo relativo a la identificación y análisis del impacto fiscal.

Por efectos metodológicos, la Sala dividirá la providencia en dos partes. En la parte general se tratarán los siguientes asuntos: (i) el precedente de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado sobre la materialización de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en materia minero-energética y la competencia de los entes territoriales de convocar a consultas populares en esos temas; (ii) las normas en materia de ordenamiento territorial, ordenación del territorio, planeación, medio ambiente y minería que concretan el mandato constitucional de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad; (iii) la importancia de las consultas populares en materia minero-energética y la competencia de los entes territoriales para convocarlas; y (iv) las sentencias del Tribunal Administrativo de Antioquia, que sirven de fundamento a la ANDJE en su recurso.

Con las premisas y conclusiones que se derivan de la parte general se resolverá el caso concreto a fin de determinar si se configuran o no los defectos alegados en relación con la providencia del Tribunal Administrativo de Santander.

5. Precedente de la Corte Constitucional sobre consultas populares y la aplicación de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en materia ambiental, minero-energética

Como se precisó, teniendo en cuenta que el recurrente está alegando violación de la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional, es

necesario hacer una reseña de las sentencias en las que dicho tribunal se ha pronunciado sobre la tensión existente entre las competencias locales y las nacionales en materias ambiental y minero-energética, de ordenación del territorio y de defensa del patrimonio ecológico, en las cuales ha establecido pautas generales para su tratamiento, en aplicación de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad:

5.1.- En la sentencia C-339 de 2002¹⁷ la Corte declaró exequible de manera condicionada el artículo 4 de la Ley 685 de 2001 que dispone, en términos generales, que para la presentación, trámite y resolución de los negocios mineros se debe aplicar exclusivamente lo dispuesto por el Código de Minas.

En esta sentencia se dijo que si bien el Código de Minas es una ley especial, su aplicación preferente no excluye la aplicación de los requisitos establecidos en otras leyes especiales que protegen el patrimonio histórico, arqueológico o cultural de la nación y los derechos y bienes constitucionalmente protegidos como, por ejemplo, resalta esta Sala, el derecho al agua, a un ambiente sano, a la sostenibilidad alimentaria y el de participación ciudadana.

De esta sentencia puede deducirse que la regulación minera no está por encima de otros ordenamientos del mismo rango jerárquico o derivados del ejercicio de competencias constitucionales o legales de otras autoridades.

5.2.- En la Sentencia T-123 de 2009¹⁸ la Corte se pronunció sobre las consultas populares en materia ambiental frente a las atribuciones de las Corporaciones Autónomas Regionales (CAR) relacionadas con la expedición de licencias ambientales. Al respecto indicó que las decisiones de las CAR en esta materia trascienden el escenario local y tienen proyección nacional, razón por la cual *“sus decisiones no pueden estar condicionadas por la voluntad ciudadana expresada en una consulta popular del nivel municipal, pues esta sólo tiene alcance respecto de asuntos de la competencia propias de la administración local”*.

Se destaca que esta subregla está referida al ejercicio de las competencias en materia ambiental, no en materia minero-energética.

5.3.- Mediante sentencia C-983 de 2010¹⁹ la Corte declaró la exequibilidad de los artículos 12 y 16 de la Ley 1382 de 2010²⁰ que establecen el procedimiento de legalización de la minería tradicional y el pago del canon superficiario. En esta sentencia se reiteró la

¹⁷ MP. Jaime Araújo Rentería.

¹⁸ MP. Clara Inés Vargas Hernández. AV. Clara Elena Reales Gutiérrez Magistrada (E)

¹⁹ MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

²⁰ Por la cual se modifica la Ley 685 de 2001 -Código de Minas-.

jurisprudencia constitucional en el sentido de que el Estado es el propietario del subsuelo²¹.

Esta decisión insistió en que en el concepto de Estado *"confluyen todas las autoridades públicas, todos los colombianos y todas las entidades territoriales"* y precisó que uno de los objetivos del constituyente con esta expresión era evitar la centralización nacional de los recursos provenientes de la explotación del subsuelo.

De este fallo se concluye, sin duda alguna, que el subsuelo es propiedad del Estado, no de la Nación, entendida ésta como la persona jurídica o los órganos centrales, como fue la intención explícita del constituyente de 1991, según lo recuerda la misma Corte.

5.4.- La sentencia C-395 de 2012²² analizó los artículos 11 (inciso 3º), 37, 48 y 59 del Código de Minas y los encontró exequibles, sin perjuicio de la competencia del legislador para regular la manera de adelantar las distintas etapas de la actividad minera y el papel que en ellas puedan jugar las entidades territoriales, asuntos que no fueron puestos bajo consideración por los demandantes.

5.5.- En la sentencia C-123 de 2014²³, la Corte declaró la exequibilidad condicionada del artículo 37 del Código de Minas²⁴ que prohibía a las autoridades locales excluir de la actividad minera zonas de su territorio, ya fuera de forma permanente o transitoria.

Para la Corte, la lectura gramatical de la norma imponía su declaratoria de inexequibilidad por vulnerar la autonomía territorial; sin embargo, una lectura sistemática, a la luz de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad -que ayudan a solucionar las tensiones entre el Estado unitario y la autonomía local- permitía declarar su exequibilidad *"en el entendido de que en desarrollo del proceso por medio del cual se autorice la realización de actividades de exploración y explotación minera, las autoridades competentes del nivel nacional deberán acordar con las autoridades territoriales concernidas, las*

²¹ Sobre el particular expresó: *"La Corte ha precisado que el concepto de Estado como propietario de los recursos naturales no renovables, comprende el conjunto de todas las autoridades públicas, a todos los colombianos y a todas las entidades territoriales, y que con esta expresión el constituyente quiso evitar la centralización nacional de los recursos provenientes de la explotación de los recursos naturales, los cuales deben beneficiar a todos los colombianos"*.

²² MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. AV. Jorge Iván Palacio Palacio. AV. Nilson Pinilla Pinilla. AV. Humberto Antonio Sierra Porto.

²³ MP. Alberto Rojas Ríos. SV. María Victoria Calle Correa y Luis Ernesto Vargas Silva. AV. Jorge Iván Palacio Palacio y Alberto Rojas Ríos. AV. Conjuez Ligia López Díaz.

²⁴ Artículo 37. *Prohibición legal*. Con excepción de las facultades de las autoridades nacionales y regionales que se señalan en los artículos 34 y 35 anteriores, ninguna autoridad regional, seccional o local podrá establecer zonas del territorio que queden permanente o transitoriamente excluidas de la minería.// Esta prohibición comprende los planes de ordenamiento territorial de que trata el siguiente artículo.// Este artículo fue declarado inexequible por la Corte Constitucional, en sentencia C-273 de 2016, por violación de la reserva de ley estatutaria, en la definición de competencias de los distintos órdenes territoriales.

medidas necesarias para la protección del ambiente sano, y en especial, de sus cuencas hídricas, el desarrollo económico, social, cultural de sus comunidades y la salubridad de la población, mediante la aplicación de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad previstos en el artículo 288 de la Constitución Política”.

En otras palabras, la prohibición contenida en el Código de Minas era exequible siempre y cuando se garantizara *“un grado de participación razonable de los municipios y distritos en el proceso de decisión sobre si se permite o no se permite la actividad de exploración o de explotación minera en su territorio”*, lo que implica, en la práctica, que la Nación no sea el único nivel competencial en la toma de una decisión de trascendencia para la vida local, sino que los municipios y distritos afectados por dicha decisión deben y pueden participar de forma activa y eficaz, pues además de implicar decisiones sobre una actividad de importancia económica nacional, se tocan aspectos esenciales en la vida del municipio, como son la protección de cuencas hídricas, la salubridad de la población, el desarrollo económico, social y cultural de sus comunidades, el ordenamiento territorial y urbano, entre otras.

Es así como la Corte concluyó que una adecuada interpretación de la norma debía permitir la participación de los municipios en la determinación de aspectos como: i) los fines que busque alcanzar la exclusión de la actividad de exploración y explotación minera en determinadas áreas del territorio; ii) las causas y condiciones que determinan que un área del territorio se declare como zona excluida de esta actividad; iii) la forma en que cada uno de los niveles competenciales participen en el proceso de creación normativa; iv) las funciones específicas que uno y otro nivel tendrá en ejercicio de dicha competencia; y v) los parámetros que deban cumplir los procedimientos que se creen para declarar una zona excluida de la actividad minera.

Corolario de ese precedente, es que no pueden las autoridades nacionales *“imponer”* su voluntad a los entes locales, so pena de vaciar la competencia de estos últimos.

5.6.- Mediante sentencia C-273 de 2016²⁵ se declaró inexecutable el artículo 37 del Código de Minas por violar la reserva de ley orgánica. Según la Corte, al prohibirse a las entidades de los órdenes regional, seccional o local excluir temporal o permanentemente la actividad minera y extender dicha prohibición a los planes de ordenamiento territorial, se *“afecta de manera directa y definitiva la competencia de las entidades territoriales para llevar a cabo el ordenamiento de sus respectivos territorios. Por lo tanto, es una decisión que afecta bienes jurídicos de especial importancia constitucional, y en esa medida, está sujeta a reserva de ley orgánica”*.

²⁵ MP. Gloria Stella Ortiz Delgado. SV. Luis Guillermo Guerrero Pérez. SV. Alejandro Linares Cantillo. SV. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. SV. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Este fallo va más allá, al reconocer que las competencias de las autoridades locales deben respetarse, sin perjuicio de que sea una ley orgánica la que distribuya, no elimine, sus competencias.

5.7.- En la sentencia C-035 de 2016²⁶ se estudió la constitucionalidad, entre otras normas, de los artículos 20 de la Ley 1753 de 2015 y 108 de la Ley 1450 de 2011 que regulan las áreas de reserva para el desarrollo minero y las reservas mineras estratégicas, respectivamente.

El primer artículo fue declarado condicionalmente exequible, *"en el entendido de que: i) la autoridad competente para definir las áreas de reserva minera deberá concertar previamente con las autoridades locales de los municipios donde van a estar ubicadas, para garantizar que no se afecte su facultad constitucional para reglamentar los usos del suelo, conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad, ii) si la autoridad competente definió las áreas de reserva minera con anterioridad a la notificación de la presente sentencia, deberá concertar con las autoridades locales de los municipios donde se encuentran ubicadas, con anterioridad al inicio del proceso de selección objetiva de las áreas de concesión minera y iii) la Autoridad Nacional Minera y el Ministerio de Minas y Energía, según el caso, deberán garantizar que la definición y oferta de dichas áreas sean compatibles con los respectivos planes de ordenamiento territorial"*.

Por su parte, el artículo 108 de la Ley 1450 de 2011 fue declarado exequible en el en el entendido de que, en relación con las áreas de reserva minera definidas con anterioridad a la notificación de esa sentencia, la autoridad competente deberá concertar con las autoridades locales de los municipios donde están ubicadas, previamente al inicio del proceso de selección objetiva de las áreas de concesión minera. De todas maneras, la Autoridad Nacional Minera y el Ministerio de Minas y Energía deberán garantizar que la definición y oferta de dichas áreas sean compatibles con los planes de ordenamiento territorial respectivos.

Igualmente, la Corte advirtió, en relación con ambas normas, que los instrumentos de articulación debían estar concertados conforme al principio de descentralización, con reconocimiento de la autonomía de los municipios, y debían obedecer a los criterios de coordinación, concurrencia y gradación normativa, adoptando las medidas que sean necesarias para la protección de un ambiente sano, la protección de las cuencas fluviales, el desarrollo económico, social y la identidad cultural de las comunidades. De igual manera, fue enfática en aclarar que *"en aplicación de los mecanismos de democracia participativa, los ciudadanos afectados deben tener la posibilidad de ejercer sus derechos de participación en la toma de decisiones, de protección de los recursos*

²⁶ MP. Gloria Stella Ortiz Delgado. AV. Gloria Stella Ortiz Delgado y Luis Ernesto Vargas Silva. SPV y AV. Luis Guillermo Guerrero, Alejandro Linares Cantillo, María Victoria Calle Correa, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Jorge Iván Palacio Palacio. SPV. Alberto Rojas Ríos.

naturales y de vigilancia y control social para la conservación del ambiente sano”.

En esta sentencia, como puede verse de las transcripciones textuales, la Corte definió las tensiones entre el Estado unitario y la autonomía territorial en materia de regulación minero-energética con fundamento en los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad, resaltando la necesidad de la participación activa y eficaz de la comunidad afectada –por los bienes que se involucran v.g. sostenibilidad alimentaria, derecho al agua, derecho al ambiente sano, protección de la identidad cultural, ordenamiento territorial, etc.- y de las autoridades del orden territorial en la toma de esas decisiones, en tanto es imposible definir la vocación minera de un área sin intervenir el ejercicio de competencias sobre el uso del suelo que le corresponden.

5.8.- En la sentencia C-298 de 2016²⁷ la Corte volvió a estudiar el artículo 20 de la Ley 1753 de 2015²⁸ y en esta oportunidad declaró la inexecutable de palabra “*indefinidamente*” contenida en el primer inciso, en tanto permitía establecer áreas de reserva para el desarrollo minero por un tiempo indefinido, lo que violaba el principio de desarrollo sostenible y generaba una afectación desproporcionada al derecho fundamental a un ambiente sano.

5.9.- En la sentencia C-619 de 2015²⁹ se debía estudiar una demanda dirigida contra el artículo 13 del Código de Minas³⁰, que declara a la minería como una actividad de utilidad pública en todas sus ramas y fases. Si bien la Corte se inhibió para fallar, en la motivación de la providencia se dijo que la declaratoria de utilidad pública no tiene necesariamente una vocación expropiatoria, ni un contenido normativo preciso; es un concepto indeterminado, destinado a ilustrar la importancia que los órganos políticos otorgan a una actividad, sin que ello suponga que por ese motivo adquiere una naturaleza supra legal o puede imponerse a los principios superiores de la Carta Política.

²⁷ MP. Alberto Rojas Ríos. SPV. María Victoria Calle Correa y Jorge Iván Palacio Palacio. SV. Luis Guillermo Guerrero Pérez, Alejandro Linares Cantillo y Gloria Ortiz Delgado.

²⁸ ARTÍCULO 20. ÁREAS DE RESERVA PARA EL DESARROLLO MINERO. Las áreas de reserva para el desarrollo minero serán las siguientes: <Aparte tachado INEXEQUIBLE> Áreas de Reserva Estratégica Mineras: La Autoridad Minera Nacional determinará los minerales de interés estratégico para el país, respecto de los cuales, con base en la información geocientífica disponible, podrá delimitar ~~indefinidamente~~ áreas especiales que se encuentren libres (...).

²⁹ MP. Gloria Ortiz Delgado. SV. Alberto Rojas Ríos y Luis Ernesto Vargas Silva. AV. Jorge Iván Palacio Palacio.

³⁰ ARTÍCULO 13. UTILIDAD PÚBLICA. En desarrollo del artículo 58 de la Constitución Política, declárase de utilidad pública e interés social la industria minera en todas sus ramas y fases. Por tanto podrán decretarse a su favor, a solicitud de parte interesada y por los procedimientos establecidos en este Código, las expropiaciones de la propiedad de los bienes inmuebles y demás derechos constituidos sobre los mismos, que sean necesarios para su ejercicio y eficiente desarrollo.// La expropiación consagrada en este artículo, en ningún caso procederá sobre los bienes adquiridos, construidos o destinados por los beneficiarios de un título minero, para su exploración o explotación o para el ejercicio de sus correspondientes servidumbres.

5.10.- Mediante sentencia C-389 de 2016³¹, la Corte Constitucional, con el propósito de adoptar la decisión que en mayor medida preservara la potestad de configuración legislativa en el ámbito de la explotación de recursos naturales y siguiendo la línea de protección de la participación ciudadana en esta materia, declaró la exequibilidad condicionada de los artículos 16, 53, 270 y 271 de Ley 685 de 2001, *"en el entendido de que es preciso que la autoridad minera nacional adopte medidas especiales para asegurar la protección al ambiente y el adecuado manejo de los recursos naturales en la entrega de contratos de concesión que, de acuerdo con los criterios técnicos pertinentes, se refieren a proyecto mineros de mediana o gran escala, en los cuales deberá garantizarse, además, la participación libre, previa, representativa, informada y eficaz de los potenciales afectados"*.

5.11.- En la sentencia T-445 de 2016³² se declaró la existencia de un defecto sustantivo en una providencia proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío que concluyó que los municipios no estaban facultados para prohibir la actividad minera, así lo hicieran en uso de sus competencias para regular el suelo y garantizar la protección del medio ambiente.

Para la Corte, por la inseparable relación entre las actividades extractivas del subsuelo y el suelo, de nada sirve que un municipio tenga competencia para regular el suelo si el Gobierno central dispone unilateralmente sobre los usos del subsuelo. Por esa razón afirmó que el Tribunal desconoció el precedente constitucional sentado en la sentencia C-123 de 2014 *"según el cual aún en el marco de la realización de actividades mineras en el territorio nacional debe garantizarse un grado de participación y que esta además debe ser activa y eficaz, lo cual puede llevar incluso a la manifestación de voluntad por parte del ente territorial de oponerse a la actividad minera"*.

En la sentencia se afirmó que la minería es una actividad que afecta ámbitos de competencia de los municipios, como la regulación de los usos del suelo, la protección de las cuencas hídricas y la salud de la población, por lo que las decisiones que afecten esas competencias deben tomarse con su participación eficaz. Además, la competencia de los entes territoriales para oponerse en determinados casos a las actividades mineras se ve particularmente reforzada si se tiene en cuenta que, conforme al actual diseño constitucional, la propiedad de los recursos naturales no renovables esta en cabeza del Estado, definición que incluye a los municipios, razón por la cual su opinión debe ser adecuadamente escuchada a la hora de destinar si estos deben o no ser explotados.

³¹ MP. AV. María Victoria Calle Correa. AV. Luis Guillermo Guerrero Pérez. SPV. Alejandro Linares Cantillo. AV. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. AV. Jorge Iván Palacio Palacio. SPV APV. Luis Ernesto Vargas Silva.

³² MP. Jorge Iván Palacio Palacio. AV. Alberto Rojas Ríos.

En esta medida, se concluyó también que una consulta popular que trate sobre la autorización o prohibición de la actividad minera en un territorio está claramente dentro del ámbito de competencias del municipio, más cuando el ordenamiento jurídico prevé claramente el derecho-deber a la participación ciudadana en asuntos susceptibles de afectar el medio ambiente (artículo 33 de la Ley 136 de 1994).

5.12.- Frente a la sentencia T-445 de 2016 se presentó una solicitud de nulidad, la que fue rechazada mediante auto A053 de 2017³³. Por la importancia de los argumentos dados en ese auto, que aclararon no solo el alcance e interpretación de la sentencia T-445 de 2016 sino también de la sentencia hito en esta materia, esto es, la C-123 de 2014, la Sala se permite referenciar *in extenso* las tesis desarrolladas por la Sala Plena de la Corte en esa oportunidad:

- Se dijo que en la sentencia C-123 de 2014 la Corte resaltó que del privilegio derivado del carácter unitario del Estado se desprendía la posibilidad de regular el uso del subsuelo, mas no precisó igual jerarquía en lo relativo a la reglamentación del uso del suelo o de la ordenación territorial, función constitucional que tal y como precisó la sentencia T-445 de 2016 recae en las competencias de los entes territoriales.
- La Corte no limitó la definición de participación de las autoridades territoriales a la mera intervención, sino que estableció que era posible interpretar el artículo 37 del Código de Minas de acuerdo con los dos principios constitucionales en tensión. A partir de una lectura sistemática, una solución que ubicara el contenido de la disposición legal en armonía con el texto superior llevaría a entender que el artículo 37 del Código de Minas sería *"exequible siempre y cuando su contenido garantice un grado de participación razonable de los municipios y distritos en el proceso de decisión sobre si se permite o no se permite la actividad de exploración o de explotación minera en su territorio"* (negrillas originales).
- Se precisó que la sentencia C-123 de 2014 delimita claramente la participación de las entidades territoriales: permitir o no la actividad minera en el territorio. Con esto, la Corte resolvió que la Nación continuaría participando en el proceso pero no sería el único nivel competencial involucrado *"en la toma de una decisión de tal trascendencia para aspectos principales de la vida local"*, sino que los municipios y distritos afectados por dicha decisión participarían *"de una forma activa y eficaz en el proceso de toma de la misma"*.
- Se dijo que la sentencia T-445 de 2016, al precisar que *"los entes territoriales poseen la competencia para regular el uso del suelo y*

³³ MP. Jorge Iván Palacio Palacio. SV. Luis Guillermo Guerrero Pérez. SV. Alejandro Linares Cantillo. SV. Antonio José Lizarazo Ocampo. SV. Gloria Stella Ortiz Delgado.

garantizar la protección del medio ambiente, incluso si al ejercer dicha prerrogativa terminan prohibiendo la actividad minera” simplemente estaba reiterando el alcance de la expresión “no permitir la actividad de exploración o de explotación minera en su territorio”, contemplada en la sentencia C-123 de 2014 en la que se señaló que dicha competencia puede ejercerse previa aplicación de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad.

- De las subreglas contenidas en la sentencia C-123 de 2014 se resaltaron cinco elementos: (i) la Corte reconoce la tensión entre los principios constitucionales de autonomía territorial y Estado unitario que se presenta en la autorización sobre exploración y explotación minerales, (ii) precisa el momento en que debe darse la participación, esto es, en la autorización de la actividad minera; (iii), establece el instrumento que materializará dicha participación, es decir, acuerdos sobre la protección de cuencas hídricas, salubridad de la población, desarrollo económico, social y cultural de las comunidades, (iv) determina los actores concretos que participarán, es decir, las entidades municipales o distritales y las autoridades del nivel nacional y (v) reconoce expresamente la facultad de los municipios de intervenir en la actividad minera.
- La sentencia T-445 de 2016, continúa el auto, tuvo en cuenta y le dio el alcance a la subregla contenida en la sentencia C-123 de 2014 al precisar que la garantía de la participación activa y eficaz de las entidades territoriales en el proceso de autorización de minería se concreta en el deber de las autoridades competentes del nivel nacional de acordar con las autoridades territoriales concernidas las medidas necesarias para la protección del ambiente sano, y en especial, de sus cuencas hídricas, el desarrollo económico, social, cultural de sus comunidades. Sin embargo, “ante la negativa de estas o la imposibilidad de lograr dicha armonización, los entes territoriales podrán en ejercicio de sus competencias, garantizar la protección de su medio ambiente y regular los usos de su suelo incluso llegado el caso de prohibir dicha explotación” –subrayas de la Sala-.
- Se afirmó que el análisis del precedente de la Corte Constitucional en la materia permitía concluir que la T-445 de 2016 no generó un cambio de la jurisprudencia sino que se trató de una reiteración de la misma, pues las cuestiones jurídicas planteadas en las diferentes sentencias comparten por lo menos dos elementos: primero, todas versan sobre las competencias concurrentes de los municipios para regular los usos del suelo y la autonomía constitucional de los mismos. En segundo lugar, se preguntan sobre si se configura una limitación, restricción o vulneración a las competencias de las entidades territoriales al prohibirles que no permitan la minería en su territorio o al facultar a la entidad nacional para que sea quién decida sobre este asunto.

Con base en lo expuesto, la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional permite concluir lo siguiente:

- a) Las autoridades nacionales y territoriales tienen competencias compartidas de lo que se deriva la necesidad de coordinación.
- b) Si no se logra o no es posible una concertación entre las autoridades, prima la competencia de las entidades territoriales en virtud del principio de subsidiariedad, por ser la instancia más cercana al ciudadano.
- c) Las consultas populares son factibles en virtud de derecho a la participación ciudadana.
- d) En materia minero-energética es posible la consulta popular.
- e) Los municipios, en ejercicio de sus competencias y con el fin de garantizar la protección de su medio ambiente y regular los usos del suelo, pueden prohibir la explotación minero-energética en su jurisdicción; así lo dijo expresamente la Sala Plena de la Corte Constitucional en el auto A053 de 2017³⁴ al aclarar el alcance e interpretación de las sentencias T-445 de 2016 y C-123 de 2014:

*“En este orden de ideas, es claro que la sentencia T-445 de 2016 tuvo en cuenta y le dio el alcance a la subregla contenida en la sentencia C-123 de 2014 al precisar que la garantía de la participación activa y eficaz de las entidades territoriales en el proceso de autorización de minería se materializaría en que las autoridades competentes del nivel nacional deberán acordar con las autoridades territoriales concernidas las medidas necesarias para la protección del ambiente sano, y en especial, de sus cuencas hídricas, el desarrollo económico, social, cultural de sus comunidades. Sin embargo, ante la negativa de estas o la imposibilidad de lograr dicha armonización, los entes territoriales podrán en ejercicio de sus competencias, garantizar la protección de su medio ambiente y regular los usos de su suelo **incluso llegado el caso de prohibir dicha explotación**” (Subrayas y negrillas fuera de texto).*

En ese orden de ideas, no se advierte en el caso concreto violación del precedente de la Corte Constitucional. La Línea jurisprudencial expuesta, muy clara por cierto, permite afirmar que, por el contrario, nuestro Tribunal Constitucional no sólo admite la participación democrática local en estos temas, sino que reitera la prevalencia de las competencias de las autoridades locales en esas materias.

6. Precedente del Consejo de Estado

³⁴ MP. Jorge Iván Palacio Palacio. SV. Luis Guillermo Guerrero Pérez. SV. Alejandro Linares Cantillo. SV. Antonio José Lizarazo Ocampo. SV. Gloria Stella Ortiz Delgado.

La Corporación se ha pronunciado en varias oportunidades sobre la posibilidad de convocar a consultas populares para avalar o no la realización de proyectos minero-energéticos. Resaltamos dos pronunciamientos recientes:

6.1.- En providencia de tutela de primera instancia del 7 de diciembre de 2016³⁵, esta Sección se pronunció sobre la acción de tutela interpuesta contra la providencia del 28 de julio de 2016 proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, en la cual el referido tribunal declaró constitucional la siguiente pregunta:

“¿Está usted de acuerdo SÍ o NO que en el Municipio de Ibagué se ejecuten proyectos y actividades mineras que impliquen contaminación del suelo, pérdida o contaminación de las aguas o afectación de la vocación agropecuaria y turística del municipio?”.

En su decisión, esta Sección declaró que la pregunta sometida a consideración del Tribunal era parcialmente constitucional. Dentro de los temas abordados se analizó si la providencia proferida por el Tribunal había incurrido en defecto sustantivo cuando señaló que el alcalde de Ibagué tenía competencia para convocar a una consulta popular sobre el desarrollo de proyectos y actividades mineras en su territorio.

Para responder a estos planteamientos, el Consejo de Estado señaló que los municipios sí tenían competencia para promover esta clase de mecanismos en materia minera, como manifestación de las facultades de organización y reglamentación del uso del suelo de las entidades territoriales³⁶. En tal sentido se indicó que:

- La competencia para ordenar el territorio y reglamentar el uso del suelo se ejerce a través del concejo y el alcalde. En virtud de estas facultades, se adoptan medidas sobre las actividades que se desarrollan en el respectivo ente territorial como las de índole minero.
- En ejercicio de las competencias territoriales, los municipios pueden adoptar medidas relacionadas con la protección al medio ambiente, tal y como lo dispone la Ley 388 de 1997.
- El mecanismo de la consulta popular materializa el derecho de participación de los ciudadanos, quienes podrían verse afectados con la ejecución de proyectos y actividades mineras en su ámbito local.

³⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Magistrado Ponente: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. Bogotá, 7 de diciembre de 2016. ref. Expediente n°: 11001-03-15-000-2016-02396-00

³⁶ Ibíd.

6.2.- Esta providencia fue confirmada parcialmente por la Sección Quinta³⁷ del Consejo de Estado. Cabe precisar que la Sección Quinta dejó sin valor la providencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, por considerar tal y como lo hizo la Sección Cuarta, que la pregunta que se sometió a su análisis no era neutral ni garantizaba la libertad del elector, al contener juicios de valor negativos respecto de la minería; por lo tanto, ordenó al Tribunal dictar sentencia de reemplazo considerando parámetros de claridad, lealtad e imparcialidad en el análisis de la pregunta sometida a consulta popular. Además, indicó que el juez de tutela debía limitarse a determinar si hay o no violación de derechos fundamentales, sin que pueda hacer un estudio de constitucionalidad del texto sometido a consulta popular, por ser éste un análisis propio del Tribunal.

De manera particular, sobre el cargo que nos ocupa se reiteraron los siguientes argumentos: (i) La constitución y la ley facultan a los gobernadores y alcaldes para realizar consultas populares sobre asuntos relacionados con su competencia. (ii) El ordenamiento territorial y el uso del suelo, se regulan a través de las autoridades locales, razón por la cual pueden adoptar medidas sobre actividades que se desarrollan en su territorio como la minería.

6.3.- En esta misma línea, en providencia del 30 de mayo de 2017 la Sección Cuarta de la Corporación en providencia de tutela decidió sobre la acción interpuesta contra la sentencia del Tribunal Administrativo del Meta, en la que se declaró constitucional la siguiente pregunta:

"¿Está usted de acuerdo ciudadano cumaraleño que dentro de la Jurisdicción del MUNICIPIO de CUMARAL (META), se ejecuten actividades de exploración sísmica, perforación exploratoria, producción, transporte y comercialización de hidrocarburos?"

En su decisión el Consejo de Estado denegó el amparo solicitado puesto que no se demostró la vulneración de los derechos fundamentales invocados. De manera particular, sobre la posibilidad de convocar a la consulta, se reiteraron los argumentos expuestos en la sentencia del 7 de diciembre de 2016³⁸.

³⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejera ponente: Rocío Araújo Oñate, sentencia del 14 de febrero de 2017. Radicación número: 11001-03-15-000-2016-02396-01, acumulados: 11001-03-15-000-2016-02328-00, 11001-03-15-000-2016-02643-00; 11001-03-15-000-2016-02741-00; 11001-03-15-000-2016-02513-00; 11001-03-15-000-2016-02644-00

³⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Magistrada Ponente (e): Stella Jeannette Carvajal Basto, sentencia del 30 de mayo de 2017, radicado 11001-03-15-000-2017-01198-00. Demandante: Mansarovar Energy Colombia Ltd. En segunda instancia, la Sección Quinta de la Corporación declaró la cesación de la actuación impugnada por carencia actual de objeto, así: "En virtud de lo expuesto, resulta evidente que los efectos de la providencia del 7 de marzo de 2017 del Tribunal Administrativo del Meta que, a juicio de la parte accionante, vulneraba sus derechos fundamentales ya se concretaron pues, el trámite previsto en la Ley 1757 de 2015 para las consultas populares se llevó a cabo y los ciudadanos del municipio de Cumaral – Meta respondieron de forma negativa a la pregunta realizada por el ente territorial, modificada por la autoridad judicial accionada. // Teniendo en cuenta lo anterior, el

6.4.- Finalmente, se destaca la sentencia proferida por la Sección Cuarta el 25 de octubre de 2017³⁹ en la que se decidió la acción de tutela promovida contra el Tribunal Administrativo de Santander, con motivo de la providencia dictada el 16 de agosto de 2017, que declaró constitucional la pregunta formulada para la consulta popular sobre minería que se realizaría en el municipio de El Peñón-Santander.

En dicha oportunidad, la Sala denegó las pretensiones de la acción de tutela, entre otras razones, porque no se desconocieron los precedentes de la Corte Constitucional ni del Consejo de Estado en la materia y porque el Tribunal realizó un control formal y material previo sobre la pregunta.

En esta decisión la Sección concluyó que la concertación previa a la consulta popular no era obligatoria, pero que ello no impedía que se realizara con anterioridad.

Se dijo en la referida sentencia:

"En el marco de lo expuesto, la Sala encuentra que respecto de la exploración y explotación minera y de hidrocarburos, los principios constitucionales de coordinación, concurrencia y subsidiariedad (art. 288 de la Constitución), se constituyen en el marco de acción para que el Estado y las entidades territoriales puedan armonizar sus intereses, mecanismo que se puede activar con antelación (ex ante) a la realización de una consulta popular, lo que no se puede entender como un presupuesto o condición para materializar este mecanismo de participación ciudadana, pues ello llevaría a vaciar de contenido el principio de autonomía territorial. No obstante lo anterior, nada descarta la posibilidad en un probable escenario en el que se haya impuesto como votación mayoritaria el NO, que el Estado y las entidades territoriales puedan concertar con posterioridad una política minera y de hidrocarburos que sea sostenible desde el punto de vista ambiental, arqueológico y cultural, entre otras facetas".

Como puede verse, para la Sección es claro que no es obligatorio o indispensable que entre la Nación y los entes territoriales se surta un proceso de concertación previo a la realización de una consulta popular en materia minero-energética.

juez constitucional de tutela, no puede pronunciarse sobre los defectos que se predicen de la providencia censurada." Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejera Ponente: Rocío Araújo Oñate, sentencia del 6 de julio de 2017, radicación número: 11001-03-15-000-2017-01198-01. Actor: Mansarovar Energy Colombia Ltda.

³⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto. Bogotá D.C., Veinticinco (25) de octubre de dos mil diecisiete (2017). Referencia: acción de tutela. Radicación: 11001-03-15-000-2017-02516-00. Demandante Ministerio de Minas y Energía. Demandado: Tribunal Administrativo de Santander.

7. Desarrollo legal de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en materia de ordenación del territorio, ordenamiento territorial, ambiente sano y exploración y explotación del subsuelo para minería

Siguiendo el precedente de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, para la Sala es claro que las tensiones existentes entre las competencias asignadas a la Nación y a las autoridades territoriales deben resolverse acudiendo a los principios de coordinación concurrencia y subsidiariedad.

Como lo ha manifestado la Corte⁴⁰, el principio de coordinación parte de la existencia de competencias concurrentes o de concurrencia de competencias –agregaría la Sección- entre distintas autoridades del Estado, lo cual impone que su ejercicio se haga de manera armónica, de modo que la acción de los distintos órganos resulte complementaria y conducente al logro de los fines de la acción estatal.

El principio de concurrencia se explica a partir de considerar que, en determinadas materias, la actividad del Estado debe cumplirse con la participación de los distintos niveles de la administración. Lo que implica que las competencias deben atribuirse a distintos órganos, de manera que se garantice el objeto propio de la acción estatal, sin que sea posible la exclusión de entidades que, en razón de la materia, estén llamadas a participar. De este principio se deriva también un mandato conforme al cual las distintas instancias del Estado deben actuar allí donde su presencia sea necesaria para la adecuada satisfacción de sus fines, sin que puedan sustraerse de esa responsabilidad.

Por su parte, el principio de subsidiariedad corresponde a un criterio tanto para la distribución y como para el ejercicio de las competencias. Desde una perspectiva positiva significa que la intervención del Estado y la correspondiente atribución de competencias deben realizarse en el nivel más próximo al ciudadano, lo que es expresión del principio democrático y un criterio de racionalización administrativa, en la medida en que son esas autoridades las que mejor conocen los requerimientos ciudadanos. A su vez, en su dimensión negativa, el principio de subsidiariedad significa que las autoridades de mayor nivel de centralización sólo pueden intervenir en los asuntos propios de las instancias inferiores, cuando éstas se muestren incapaces o sean ineficientes para llevar a cabo sus responsabilidades.

¿Cómo aplicar esos principios en cada caso concreto?

La jurisprudencia ha establecido que es necesario concertar las competencias de las autoridades nacionales y locales; pero si *"se corre el riesgo que queden anuladas, prevalece, en principio, la competencia*

⁴⁰ Corte Constitucional, sentencia C-889 de 2012.

*de los municipios para ordenar el territorio, en cuanto concentra mayor impacto social". En todo caso, "la ponderación de intereses en el ejercicio de competencias nacionales y territoriales debe hacerse... [en las situaciones particulares] y siempre con miras al interés general y en aras de la protección de los derechos y libertades de las personas"*⁴¹.

En esta oportunidad la Sala precisa que el desarrollo y aplicación de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad se concreta en el ordenamiento jurídico al asignarse competencias y establecerse mecanismos de concertación, colaboración o decisión entre las autoridades de diferentes niveles, por lo que en el evento de existir tensiones en el ejercicio de competencias, se debe acudir en primera medida a las soluciones asignadas por el constituyente y el legislador, siempre bajo la pauta de que si no tuviere desarrollo normativo debe resolverse en favor de las competencias de las autoridades locales, con base en el principio de subsidiariedad.

Como lo ha manifestado la Corte Constitucional, la coordinación entre las competencias de las autoridades nacionales con las autoridades territoriales empieza desde la asignación de competencias y tiene su manifestación más clara en la fase de ejecución de las mismas⁴². Es así como en materia de ordenamiento territorial, planeación, desarrollo económico, político y ambiental y exploración y explotación del subsuelo encontramos materializados los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad como se expondrá a continuación.

7.1. Ordenamiento territorial y ordenación del territorio

7.1.1.- El ordenamiento territorial hace referencia a una serie de normas de reparto o distribución de competencias que tienen como objetivo el desarrollo armónico, equilibrado e integral de las diferentes unidades territoriales existentes en un Estado como el colombiano que, además de ser unitario y descentralizado, le otorga autonomía a sus entidades territoriales.

La función de las normas que componen el ordenamiento territorial no es otra que definir, de manera democrática, participativa, racional y planificada, el uso y desarrollo de un territorio de acuerdo a pautas y orientaciones de orden demográfico, urbanístico, rural, ecológico, biofísico, sociológico, económico y cultural, lo que implica necesariamente una articulación razonable entre los miembros de la sociedad y su entorno cultural y natural⁴³.

⁴¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, MP. Stella Jeannette Carvajal Basto, sentencia del 30 de mayo de 2017, expediente n°: 11001-03-15-000-2017-01198-00.

⁴² Corte Constitucional, sentencias C-149 de 2010 y T-445 de 2016.

⁴³ Cfr. Corte Constitucional, sentencias C-123 de 2014 (numeral 2 de las consideraciones) y T-445 de 2016 (numeral 5 de las consideraciones), C-795 de 2000, C-006 de 2002 y C-117 de 2006.

Por su parte, la ordenación del territorio hace referencia a las competencias específicas en materia del uso del suelo, que en Colombia son asignadas fundamental y principalmente a los municipios y distritos, como se pasará a explicar.

7.1.2.- La base y fundamento de nuestro ordenamiento territorial se encuentra establecido en el título XI de la Constitución, denominado "*Organización Territorial*", del cual se desprenden las siguientes reglas:

- Las entidades territoriales⁴⁴ gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, dentro de los límites de la Constitución y la ley, razón por la cual están facultadas para (i) gobernarse por autoridades propias, (ii) ejercer las competencias que les correspondan, (iii) administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones y, (iv) participar en las rentas nacionales.
- Los departamentos tienen autonomía para la administración de los asuntos seccionales y la planificación y promoción del desarrollo económico y social de su territorio; además, ejercen funciones administrativas, de coordinación, de complementariedad de la acción municipal, de intermediación entre la Nación y los municipios y de prestación de los servicios que determinen la Constitución y las leyes.
- Corresponde a las Asambleas Departamentales, entre otras funciones, expedir las disposiciones relacionadas con la planeación, el desarrollo económico y social, el apoyo financiero y crediticio a los municipios, el turismo, el transporte, el ambiente, las obras públicas, las vías de comunicación y el desarrollo de sus zonas de frontera.
- Los municipios son las entidades fundamentales de la división político-administrativa del Estado. Les corresponde prestar los servicios públicos que determine la ley, construir las obras que demande el progreso local, ordenar el desarrollo de su territorio, promover la participación comunitaria, el mejoramiento social y cultural de sus habitantes y cumplir las demás funciones que le asignen la Constitución y las leyes.
- Por su parte, a los concejos municipales, entre otras funciones, les compete adoptar los planes y programas de desarrollo económico y social y de obras públicas, reglamentar los usos del suelo y dictar las normas necesarias para el control, la preservación y defensa del patrimonio ecológico y cultural del municipio.

⁴⁴ Son entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas.

- El constituyente le delegó al legislador la concreción de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad, mediante la asignación de la función de establecer la distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales, mediante una ley orgánica de ordenamiento territorial⁴⁵.

7.1.3.- Uno de los principales desarrollos normativos en la aplicación de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en materia de ordenación del territorio está contenido en la Ley 388 de 1997, cuyo objetivo es *"promover la armoniosa concurrencia de la Nación, las entidades territoriales, las autoridades ambientales y las instancias y autoridades administrativas y de planificación, en el cumplimiento de las obligaciones constitucionales y legales que prescriben al Estado el ordenamiento del territorio, para lograr el mejoramiento de la calidad de vida de sus habitantes"*⁴⁶.

Esta ley establece las reglas y los mecanismos que le permiten al municipio, en ejercicio de su autonomía, promover la ordenación de su territorio, el uso equitativo y racional del suelo, la preservación y defensa del patrimonio ecológico y cultural localizado en su ámbito territorial y la prevención de desastres en asentamientos de alto riesgo, así como la ejecución de acciones urbanísticas eficientes⁴⁷.

Algunas de las reglas y mecanismos establecidos en la Ley 388 de 1997 de interés para el presente asunto pueden sintetizarse de la siguiente manera:

- La ordenación del territorio municipal y distrital es una función pública que le corresponde al municipio o al distrito, respectivamente⁴⁸, en virtud de la cual se deberá tener en consideración las condiciones de diversidad étnica y cultural y las dinámicas de transformación territorial, de manera que se optimice la utilización de los recursos naturales y humanos para el logro de condiciones de vida dignas para la población actual y las generaciones futuras (desarrollo sostenible)⁴⁹.
- La función pública de ordenación del territorio, que se ejerce mediante la acción urbanística de los municipios y distritos, se concreta, esencialmente, en estas acciones: (i) clasificación del territorio en suelo urbano, rural y de expansión urbana; (ii)

⁴⁵ Artículo 288 de la Constitución.

⁴⁶ Ley 388 de 1997, artículo 1.4.

⁴⁷ *Ibíd.*, artículo 1.2.

⁴⁸ Esta competencia comprende un conjunto de acciones político-administrativas y de planificación física concertadas, emprendidas en ejercicio de la función pública que les compete, dentro de los límites fijados por la Constitución y las leyes, en orden a disponer de instrumentos eficientes para orientar el desarrollo del territorio bajo su jurisdicción y regular la utilización, transformación y ocupación del espacio, de acuerdo con las estrategias de desarrollo socioeconómico y en armonía con el medio ambiente y las tradiciones históricas y culturales (artículo 5).

⁴⁹ Ley 388 de 1997, artículo 6.

localización y caracterización de la infraestructura para el transporte, los servicios públicos domiciliarios, la disposición y tratamiento de los residuos sólidos, líquidos, tóxicos y peligrosos y los equipamientos de servicios de interés público y social; (iii) zonificación y localización de los centros de producción, actividades terciarias y residenciales, y definición de los usos específicos, intensidades de uso, cesiones obligatorias, porcentajes de ocupación, clases y usos de las edificaciones y demás normas urbanísticas; (iv) determinación de los espacios libres para parques y áreas verdes públicas, en proporción adecuada a las necesidades colectivas; (v) determinación de las zonas no urbanizables que presenten riesgos para la localización de asentamientos humanos, por amenazas naturales, o que de otra forma presenten condiciones insalubres para la vivienda; (vi) determinación de las características y dimensiones de las unidades de actuación urbanística; (vii) calificación y localización de terrenos para la construcción de viviendas de interés social; (viii) calificación y determinación de terrenos como objeto de desarrollo y construcción prioritaria; (ix) dirección y ejecución de obras de infraestructura para el transporte, los servicios públicos domiciliarios y los equipamientos públicos; (x) expropiación de los terrenos y las mejoras cuya adquisición se declare como de utilidad pública o interés social; (xi) localización de las áreas críticas de recuperación y control para la prevención de desastres, así como las áreas con fines de conservación y recuperación paisajística; (xii) identificación y caracterización de los ecosistemas de importancia ambiental del municipio, de común acuerdo con la autoridad ambiental de la respectiva jurisdicción, para su protección y manejo adecuados, lo que permite que se realice esa concurrencia, coordinación y subsidiariedad en el POT o en el EOT; (xiii) determinación y reserva de terrenos para la expansión de las infraestructuras urbanas y; (xiv) identificación y localización, cuando lo requieran las autoridades nacionales y previa concertación con ellas, de los suelos para la infraestructura militar y policial estratégica básica para la atención de las necesidades de seguridad y de defensa nacional⁵⁰.

- El plan de ordenamiento territorial⁵¹ o su equivalente⁵² es el instrumento básico de desarrollo del proceso de ordenación del territorio municipal y distrital –sin desconocer la importancia de otros mecanismos de planificación – y comporta la competencia de los entes territoriales para adoptar disposiciones que constituyen normas de superior jerarquía en sus propios ámbitos de competencia, de acuerdo con la Constitución y las leyes, entre

⁵⁰ *Ibíd.*, artículo 8.

⁵¹ El plan de ordenamiento territorial es el conjunto de objetivos, directrices, políticas, estrategias, metas, programas, actuaciones y normas adoptadas para orientar y administrar el desarrollo físico del territorio y la utilización del suelo.

⁵² Planes básicos de ordenamiento y esquemas de ordenamiento territorial (artículos 16 y 17 de la Ley 388 de 1997).

otras, en las siguientes materias (i) conservación y protección del medio ambiente, los recursos naturales y la prevención de amenazas y riesgos naturales⁵³, y (ii) conservación, preservación y uso de las áreas e inmuebles consideradas como patrimonio cultural de la Nación y de los departamentos, incluyendo el histórico, artístico y arquitectónico, de conformidad con la legislación correspondiente⁵⁴.

- El componente rural del plan de ordenamiento territorial debe contener, entre otros asuntos: (i) las políticas sobre ocupación del suelo; (ii) las condiciones de protección, conservación y mejoramiento de las zonas de producción agropecuaria, forestal o minera; (iii) la delimitación de las áreas de conservación y protección de los recursos naturales, paisajísticos, geográficos y ambientales; (iv) la determinación de los sistemas de aprovisionamiento de los servicios de agua potable y saneamiento básico de las zonas rurales a corto y mediano plazo y la localización prevista para los equipamientos de salud y educación⁵⁵.
- Los planes de ordenamiento territorial o su equivalente son obligatorios para cualquier agente público o privado que desee realizar "actuaciones urbanísticas", lo que comprende cualquier desarrollo o intervención del suelo, como ocurre cuando se desarrollan proyectos minero-energéticos. Así lo dispone el artículo 20 de la Ley 388:

"ARTICULO 20. OBLIGATORIEDAD DE LOS PLANES DE ORDENAMIENTO. Cumplido el período de transición previsto en la presente ley para la adopción del plan de ordenamiento territorial, las autoridades competentes sólo podrán otorgar licencias urbanísticas una vez que dicho plan sea adoptado.

Ningún agente público o privado podrá realizar actuaciones urbanísticas que no se ajusten a las previsiones y contenidos de los planes de ordenamiento territorial, a su desarrollo en planes parciales y a las normas estructurales del plan o complementarias del mismo." (Subrayas propias).

- Antes de la presentación del proyecto de plan de ordenamiento territorial al concejo distrital o municipal, el alcalde debe llevar a cabo un procedimiento de concertación con la autoridad ambiental y una consulta ciudadana⁵⁶, lo que implica, fundamentalmente, el cumplimiento de las siguientes instancias: (i) aprobación de la

⁵³ Cfr. Artículo 10 de la Ley 388 de 1997.

⁵⁴ Ley 388 de 1997, artículos 9 y 10.

⁵⁵ Ibíd. Artículo 14.

⁵⁶ La consulta democrática deberá garantizarse en todas las fases del plan de ordenamiento, incluyendo el diagnóstico, las bases para su formulación, el seguimiento y la evaluación.

Corporación Autónoma Regional o autoridad ambiental correspondiente de los asuntos exclusivamente ambientales, de acuerdo con lo dispuesto por la Ley 99 de 1993⁵⁷; (ii) concertación con la Junta Metropolitana para el caso de planes de ordenamiento de municipios que formen parte de áreas metropolitanas, instancia que vigilará su armonía con los planes y directrices metropolitanas, en asuntos de su competencia; (iii) concepto y recomendaciones del Consejo Territorial de Planeación; y (iv) solicitud de opiniones a los gremios económicos y agremiaciones profesionales y realización de convocatorias públicas para la discusión del plan⁵⁸.

7.1.4.- Otra importante materialización de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad, específicamente en el campo de planeación de las normas sobre el uso del suelo, está contenida en el parágrafo 4 del artículo 1º de la Ley 507 de 1999⁵⁹, que dispone que el Gobierno Nacional deberá implementar un plan de asistencia técnica a través de la coordinación interinstitucional de los respectivos Ministerios y entidades gubernamentales, las Oficinas de Planeación de los respectivos departamentos y las Corporaciones Autónomas Regionales, para capacitar y prestar asistencia técnica en los procesos de formulación y articulación de los planes de ordenamiento territorial y en especial para los municipios que presenten mayores dificultades en el proceso. Además, dispone que las entidades gubernamentales involucradas en el proceso deben poner a disposición de los municipios y distritos los recursos de información y asistencia técnica necesarios para el éxito de los planes de ordenamiento territorial.

7.1.5.- Mediante la Ley 1454 de 2011 se expidió la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial (LOT) con el fin de *"dictar las normas orgánicas para la organización político administrativa del territorio colombiano; enmarcar en las mismas el ejercicio de la actividad legislativa en materia de normas y disposiciones de carácter orgánico relativas a la organización político administrativa del Estado en el territorio; establecer los principios rectores del ordenamiento; definir el marco institucional e instrumentos para el desarrollo territorial; definir competencias en materia de ordenamiento territorial entre la Nación, las entidades territoriales y las áreas metropolitanas y establecer las normas generales para la organización territorial"*⁶⁰.

Esta ley precisó el alcance del concepto ordenamiento territorial desde una perspectiva finalística, enfocada al fortalecimiento de las competencias de las autoridades territoriales y a la concertación de políticas públicas:

⁵⁷ El parágrafo 6 del artículo 1 de la Ley 507 de 1999 reguló el procedimiento de concertación y coordinación del ente territorial con las autoridades ambientales.

⁵⁸ Ley 388 de 1997, artículo 24.

⁵⁹ Por la cual se modifica la Ley 388 de 1997.

⁶⁰ Ley 1454 de 2011, artículo 1.

"ARTÍCULO 2o. CONCEPTO Y FINALIDAD DEL ORDENAMIENTO TERRITORIAL. El ordenamiento territorial es un instrumento de planificación y de gestión de las entidades territoriales y un proceso de construcción colectiva de país, que se da de manera progresiva, gradual y flexible, con responsabilidad fiscal, tendiente a lograr una adecuada organización político administrativa del Estado en el territorio, para facilitar el desarrollo institucional, el fortalecimiento de la identidad cultural y el desarrollo territorial, entendido este como desarrollo económicamente competitivo, socialmente justo, ambientalmente y fiscalmente sostenible, regionalmente armónico, culturalmente pertinente, atendiendo a la diversidad cultural y físico-geográfica de Colombia.

La finalidad del ordenamiento territorial es promover el aumento de la capacidad de descentralización, planeación, gestión y administración de sus propios intereses para las entidades e instancias de integración territorial, fomentará el traslado de competencias y poder de decisión de los órganos centrales o descentralizados del gobierno en el orden nacional hacia el nivel territorial pertinente, con la correspondiente asignación de recursos. El ordenamiento territorial propiciará las condiciones para concertar políticas públicas entre la Nación y las entidades territoriales, con reconocimiento de la diversidad geográfica, histórica, económica, ambiental, étnica y cultural e identidad regional y nacional.

PARÁGRAFO NUEVO. En virtud de su finalidad y objeto, la ley orgánica de ordenamiento territorial constituye un marco normativo general de principios rectores, que deben ser desarrollados y aplicados por el legislador en cada materia específica, para departamentos, municipios, entidades territoriales indígenas y demás normas que afecten, reformen o modifiquen la organización político administrativa del Estado en el territorio". (Subrayas propias).

A fin de concretar los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad y lograr la adopción de políticas, desarrollos legislativos y criterios para la mejor organización del Estado en el territorio, la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial creó la Comisión de Ordenamiento Territorial que tiene como funciones, entre otras: (i) asesorar al Gobierno Nacional y a las Comisiones Especiales de Seguimiento al Proceso de Descentralización y Ordenamiento Territorial del Senado de la República y de la Cámara de Representantes en la definición de políticas y desarrollos legislativos relativos a la organización territorial del Estado⁶¹; y (ii) asesorar a los departamentos, distritos y municipios para promover su integración⁶².

⁶¹ De acuerdo con el artículo 21 de la LOT, la legislación territorial deberá promover "una mayor delegación de funciones y competencias del nivel nacional hacia el orden territorial, la

Además, en la ley orgánica se incentiva la adopción de esquemas asociativos territoriales⁶³, el establecimiento de regiones administrativas y de planeación⁶⁴, y se prevé la posibilidad de que la Nación y las entidades descentralizadas del orden nacional puedan contratar o convenir la ejecución asociada de proyectos estratégicos de desarrollo territorial con las entidades territoriales, las asociaciones de entidades territoriales y las áreas metropolitanas⁶⁵.

En cuanto a la regulación, distribución y ejecución de competencias de la Nación y las entidades territoriales en materia de ordenación del territorio se destacan las siguientes reglas que trae esa misma ley⁶⁶:

- Los municipios son titulares de cualquier competencia que no esté atribuida expresamente a los departamentos o a la Nación. Cuando el respectivo municipio no esté en capacidad de asumir dicha competencia debe solicitar la concurrencia del departamento y la Nación.
- A la Nación le corresponde establecer (i) la política general de ordenamiento del territorio en los asuntos de interés nacional (áreas de parques nacionales y áreas protegidas); (ii) la localización de grandes proyectos de infraestructura; (iii) la determinación de áreas limitadas en uso por seguridad y defensa; (iv) los lineamientos del proceso de urbanización y el sistema de ciudades; (v) los lineamientos y criterios para garantizar la equitativa distribución de los servicios públicos e infraestructura social de forma equilibrada en las regiones; (vi) la forma de conservación y protección de áreas de importancia histórica y cultural; (vii) los principios de economía y buen gobierno mínimos que deberán cumplir los departamentos, los distritos, los municipios, las áreas metropolitanas y cualquiera de las diferentes alternativas de asociación, contratos o convenios plan o delegaciones.
- Son competencias de los municipios (i) formular y adoptar los planes de ordenamiento del territorio; (ii) reglamentar de manera específica los usos del suelo, en las áreas urbanas, de expansión y rurales, de acuerdo con las leyes; (iii) optimizar los usos de las

eliminación de duplicidades de competencias entre la administración central y descentralizada y los entes territoriales, el fortalecimiento de las Regiones de Planeación y Gestión y las Regiones Administrativas y de Planificación, el fortalecimiento del departamento como nivel intermedio de gobierno, el fortalecimiento del municipio como entidad fundamental de la división político-administrativa del Estado, la acción conjunta y articulada de los diferentes niveles de gobierno a través de alianzas, asociaciones y convenios de delegación, el diseño de modalidades regionales de administración para el desarrollo de proyectos especiales y el incremento de la productividad y la modernización de la Administración municipal”.

⁶² Ibídem, artículos 4, 5 y 6.

⁶³ Ibídem, artículos 9 a 20.

⁶⁴ Ibídem, artículos 30 a 36.

⁶⁵ Ibídem, artículo 18.

⁶⁶ Ley 1454 de 2011, artículos 28 y 29.

tierras disponibles y coordinar los planes sectoriales, en armonía con las políticas nacionales y los planes departamentales y metropolitanos.

- Las competencias asignadas a la Nación en relación con el ordenamiento del territorio se deben adelantar en coordinación con los entes territoriales. La distribución y ejecución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales se debe adelantar bajo los principios de descentralización, concurrencia y complementariedad de las acciones establecidas por las entidades territoriales y en coordinación con lo dispuesto por sus autoridades respectivas en los instrumentos locales y regionales de planificación.
- Los conflictos de competencia entre la Nación y las entidades territoriales se deben dirimir según la normatividad vigente, hasta que se reglamente por la ley respectiva⁶⁷.

7.1.6.- Del desarrollo normativo realizado en las leyes 388 de 1997, 507 de 1999 y 1454 de 2011 se concluye:

- a) La coordinación entre el nivel central y el territorial tiene lugar en los términos definidos por el Legislador. Tratándose de definición y reglamentación de usos del suelo, la coordinación dispuesta por el legislador se registra en la elaboración del Plan de Ordenamiento Territorial o su equivalente, entre otros instrumentos, pues a su formulación concurren los municipios y las CAR como representantes del orden nacional: antes de la presentación del proyecto de POT a consideración de los concejos distritales o municipales, el mismo debe someterse a la aprobación de la CAR u autoridad ambiental correspondiente en asuntos exclusivamente ambientales. Súmese a ello, que la determinación de las CAR es apelable ante el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible (Leyes 388 de 1997 y 507 de 1999).
- b) Las CAR son entidades descentralizadas por servicios del orden nacional que fungen, como lo ha sostenido la Corte Constitucional, como *"organismos de ejecución de políticas públicas nacionales en el orden regional, lo cual implica que las competencias que ejercen emanan del Estado central"*⁶⁸. Esta naturaleza se confirma al considerar que se les aplican las normas previstas para las entidades descentralizadas del orden nacional, al tenor de lo previsto en el artículo 2 del Decreto 1768 de 1994.

Debe considerarse, además, que se trata de organismos intermedios entre *"la Nación y las entidades territoriales, y entre la administración central nacional y la descentralizada por*

⁶⁷ Ley 1454 de 2011, artículo 39.

⁶⁸ Corte Constitucional, sentencia C-462 de 2008.

servicios y territorialmente, que están encargados, principalmente, aun cuando no exclusivamente, de funciones policivas, de control, de fomento, reglamentarias y ejecutivas relacionadas con la preservación del ambiente y con el aprovechamiento de los recursos naturales renovables”⁶⁹.

- c) En materia de ordenamiento territorial existe una distribución armónica de competencias atendiendo la naturaleza de cada entidad y la cercanía con los ciudadanos, lo que explica que el legislador haya previsto el procedimiento de elaboración de los planes de ordenamiento territorial como el mecanismo idóneo para la articulación y coordinación de las competencias que exige el artículo 288 de la Constitución. Por ende, en caso de tensiones, será ese el mecanismo de concertación al que se debe acudir y serán, por supuesto, los planes de ordenamiento territorial los instrumentos jurídicos adecuados para materializar las decisiones que se tomen sobre el uso del suelo, independientemente de que estén o no motivadas por una consulta popular.

En otras palabras, a través de los desarrollos de las normas legales citadas el legislador reguló los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad, armonizando competencias locales y nacionales en materia de ordenación del territorio. Eso explica por qué la autoridad ambiental competente –llámese CAR, Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible o Área Metropolitana– deba rendir concepto previo a la aprobación y expedición de los POT, PBO o EOT con la finalidad de garantizar el respeto de las normas ambientales en clave de defensa del patrimonio ecológico. Las consecuencias de esa concertación son obvias: la fuerza vinculante y obligatoria de los POT, PBO o EOT en todo aquello que incida o “*toque*” con la ordenación del territorio, abstracción hecha del orden competencial o la calidad, pública o privada, del operador.

Por eso, los planes de ordenamiento territorial no sólo obligan a las autoridades locales y ambientales sino también a toda autoridad nacional para otras materias como, por ejemplo, la exploración y explotación del subsuelo para minería.

- d) La regulación sobre ordenación del territorio está relacionada con aspectos esenciales para la vida de los habitantes del distrito o municipio, sea que estos se encuentren en un área urbana, suburbana o rural. Por esa razón, la función de ordenación territorial recae fundamentalmente en los municipios y distritos, pues tocan directamente aspectos que afectan la vida en comunidad y llegan a determinar el modelo de desarrollo y, por consiguiente, las condiciones de vida en materia económica, social, cultural, ambiental, urbanística, entre otros.

⁶⁹ Ibíd.

- e) La intervención de la Nación en estos asuntos es subsidiaria, de asistencia técnica, de disposición de la información necesaria y, por supuesto, de determinación de políticas generales, las cuales, como lo ha advertido reiteradamente la Corte Constitucional, no pueden contrariar los planes de ordenamiento territorial o su equivalente en materias que son de competencia exclusiva de los municipios y distritos.
- f) En síntesis, en materia de ordenamiento territorial existe una distribución armónica de competencias atendiendo la naturaleza de cada entidad y la cercanía con los ciudadanos, lo que explica que el legislador haya previsto el procedimiento de elaboración de los planes de ordenamiento territorial como uno de los mecanismos idóneos para la articulación y coordinación de las competencias que exige el artículo 288 de la Constitución.

Por ende, en caso de tensiones, será ese uno de los mecanismos de concertación al que se podrá acudir para los efectos descritos en esta sentencia.

7.2. Medio ambiente y desarrollo sostenible

7.2.1.- El ambiente sano constituye un interés superior en nuestro país. Son varias las disposiciones constitucionales que componen la llamada "*Constitución ecológica*" o "*Constitución verde*", en las que se consagran principios, derechos y deberes enfocados hacia la protección del ambiente y la garantía de un modelo de desarrollo sostenible⁷⁰.

Como lo ha manifestado en varias oportunidades la Corte Constitucional⁷¹, si bien nuestra Carta Política permite el aprovechamiento de los recursos naturales, esta habilitación no puede dar lugar a perjuicios en términos de salubridad individual o social y tampoco puede acarrear un daño o deterioro que atente contra la diversidad e integridad del ambiente. En consecuencia, cualquier actividad que tenga la potencialidad de afectar los recursos naturales debe adelantarse teniendo en cuenta el criterio de desarrollo sostenible,

⁷⁰ En la sentencia T-411 de 1992, la Corte realizó una lectura sistemática, axiológica y finalista de la Constitución, de la que destacó 34 disposiciones que están estrechamente relacionadas con la protección del ambiente y el desarrollo sostenible del país. Entre esas disposiciones se resaltan los artículos 79, 80, 82, 300-2, 313-9, 330-5, 332, 333, 334, 339, 340 y 366.

⁷¹ Cfr. Corte Constitucional, sentencias T-154 de 2013 y T-445 de 2016, entre otras.

entendido como *"el modelo de desarrollo que permite satisfacer las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer las suyas propias"*⁷².

El desarrollo sostenible irradia la definición de políticas públicas y la actividad económica de los particulares, puesto que el aprovechamiento de los recursos naturales no puede dar lugar a perjuicios intolerables en términos de salubridad individual o social, ni ocasionar un daño o deterioro que atente contra la diversidad y la integridad del ambiente⁷³.

Es por eso que la Sala Plena de esta Corporación⁷⁴ ha concluido que en torno al concepto de desarrollo sostenible se desprenden cuatro elementos recurrentes: (i) la necesidad de preservar los recursos naturales para el beneficio de las generaciones futuras (equidad inter generacional); (ii) la necesidad de explotar los recursos de una manera sostenible, prudente y racional; (iii) el uso equitativo de los recursos naturales; y (iv) la necesidad de que las consideraciones medioambientales estén integradas en los planes de desarrollo.

7.2.2.- En materia ambiental y desarrollo sostenible, la distribución de las competencias entre autoridades nacionales y territoriales y la aplicación de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad se encuentran, entre otras normas, en la Ley 99 de 1993⁷⁵. De acuerdo con dicha norma, la política ambiental colombiana debe acatar los principios universales y del desarrollo sostenible contenidos en la Declaración de Río de Janeiro de junio de 1992 sobre Medio Ambiente y Desarrollo y, además, tener en cuenta, entre otros aspectos, que⁷⁶:

- La biodiversidad del país, por ser patrimonio nacional y de interés de la humanidad, debe ser protegida prioritariamente y aprovechada en forma sostenible.
- Las zonas de páramos, subpáramos, los nacimientos de agua y las zonas de recarga de acuíferos son objeto de protección especial.
- En la utilización de los recursos hídricos, el consumo humano tiene prioridad sobre cualquier otro uso.
- El paisaje es patrimonio común por lo que debe ser protegido.

⁷² Corte Constitucional, sentencia C-137 de 1996.

⁷³ Corte Constitucional, sentencia T-606 de 2015.

⁷⁴ Consejo de Estado Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 5 de noviembre de 2013, Radicación número: 25000-23-25-000-2005-00662-03(AP).

⁷⁵ Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el sector público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental (SINA) y se dictan otras disposiciones.

⁷⁶ Ley 99 de 1993, artículo 1.

- La acción para la protección y recuperación ambiental del país es una tarea conjunta y coordinada entre el Estado, la comunidad, las organizaciones no gubernamentales y el sector privado.
- El manejo ambiental del país debe ser descentralizado, democrático y participativo.

7.2.3.- Para proteger el medio ambiente y asegurar el desarrollo sostenible, en la Ley 99 de 1993 se dispuso la creación del Sistema Nacional Ambiental -en adelante SINA-, en el que concurren las entidades del orden nacional y local, en orden a lo cual: (i) se dispuso de una jerarquía que inicia con el Ministerio del Medio Ambiente y culmina con los distritos o municipios; (ii) se establecieron competencias coordinadas en ciertas materias -v.gr., ordenamiento territorial-; y, (iii) se fijaron principios que gobiernan la actuación de los entes territoriales en materia ambiental -armonía regional, gradación normativa y rigor subsidiario-.

Para lo que interesa al caso, al Ministerio del Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible le corresponde:

- Definir la Política Nacional Ambiental que debe ser acatada y ejecutada por los demás integrantes del SINA en sus diferentes órdenes y de acuerdo a sus competencias.
- Determinar las normas ambientales mínimas y las regulaciones de carácter general sobre medio ambiente a las que deberán sujetarse los centros urbanos y asentamientos humanos y las actividades mineras, industriales, de transporte y en general todo servicio o actividad que pueda generar directa o indirectamente daños ambientales.
- Expedir y actualizar el estatuto de zonificación de uso adecuado del territorio para su apropiado ordenamiento y las regulaciones nacionales sobre uso del suelo en lo concerniente a sus aspectos ambientales. De la misma manera, será el encargado de fijar las pautas generales para el ordenamiento y manejo de cuencas hidrográficas y demás áreas de manejo especial.
- Otorgar licencias ambientales, entre otros, para ejecución de proyectos de gran minería, o de proyectos que afecten el Sistema de Parques Naturales Nacionales, o ejecución de obras y actividades de exploración, explotación, transporte, conducción y depósito de hidrocarburos y construcción de refinerías.
- Dirimir las diferencias entre entidades integrantes del SINA, que susciten con motivo del ejercicio de funciones.

- Como cláusula general de competencia, será el encargado de ejercer todas aquellas funciones o competencias en materia de medio ambiente y de recursos naturales renovables que no hayan sido asignadas a otras autoridades.

Siguiendo con el orden jerárquico existente en el SINA, las Corporaciones Autónomas Regionales fungen como la máxima autoridad dentro del territorio de su jurisdicción, por lo que, en términos generales, les corresponde la administración del medio ambiente y de los recursos naturales en su territorio, para lo cual se les asignaron diversas competencias en materia de coordinación, asesoramiento y/o apoyo, licenciamientos y normativa:

Coordinación, asesoramiento y/o apoyo, tal como es el caso (i) del asesoramiento a los departamentos, distritos y municipios en la definición de los planes de desarrollo ambiental y en programas y proyectos en materia de protección del medio ambiente y los recursos naturales renovables; (ii) de la participación en los procesos de planificación y ordenamiento territorial, tanto así que para la aprobación de los POT se establece un procedimiento de concertación entre las CAR y los entes territoriales⁷⁷; (iii) de la ejecución, administración, operación y mantenimiento, en coordinación con las entidades territoriales, de proyectos, programas de desarrollo sostenible y obras de infraestructura, cuya realización sea necesaria para la defensa y protección o para la descontaminación o recuperación del medio ambiente y los recursos naturales renovables; (iv) del asesoramiento a las entidades territoriales en la elaboración de proyectos ambientales que deban desarrollarse con recursos provenientes del Fondo Nacional de Regalías o con otros de destinación semejante; (v) del apoyo a los concejos municipales, a las asambleas departamentales y a los concejos de las entidades territoriales indígenas en las funciones de planificación que les corresponden según el ordenamiento jurídico.

Licenciamientos, puesto que les compete (i) otorgar concesiones, permisos, autorizaciones y licencias ambientales requeridas para el uso, aprovechamiento o movilización de los recursos naturales renovables o para el desarrollo de actividades que afecten o puedan afectar el medio ambiente; y, (ii) otorgar permisos y concesiones para aprovechamientos forestales, concesiones para el uso de aguas superficiales y subterráneas y establecer vedas para la caza y pesca deportiva.

Normativa, ya que son los organismos competentes, de un lado, para ordenar y establecer las normas y directrices para el manejo de las cuencas hidrográficas ubicadas dentro del área de su jurisdicción, conforme a las disposiciones superiores y a las políticas nacionales. Y, por el otro, porque tienen a cargo reservar, alinderar, administrar, en los términos y condiciones que fijen la ley y los reglamentos, los distritos de manejo integrado, los distritos de conservación de suelos,

⁷⁷ Ley 388 de 1997, artículo 24. Ley 507 de 1999, artículo 1, párrafo 6.

las reservas forestales y parques naturales de carácter regional, y reglamentar su uso y funcionamiento.

Igualmente, son las encargadas de establecer las normas generales y las densidades máximas a las que deben sujetarse los propietarios de vivienda en áreas suburbanas y en cerros y montañas, de manera que se protejan el medio ambiente y los recursos naturales. Esto, sin perjuicio de la facultad de los distritos y municipios relativa a la zonificación y usos del suelo.

Los municipios, últimos en la jerarquía del SINA, pero igualmente responsables de la protección ambiental, deben ejercer sus funciones de acuerdo con los principios de armonía regional, gradación normativa y rigor subsidiario, según lo previsto en el artículo 63 ibídem, por lo que les corresponde:

- Colaborar con las Corporaciones Autónomas Regionales, en la elaboración de los planes regionales y en la ejecución de programas, proyectos y tareas necesarias para la conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables.
- Elaborar los planes, programas y proyectos ambientales municipales articulados a los planes, programas y proyectos regionales, departamentales y nacionales.
- Dictar con sujeción a las disposiciones legales y reglamentarias superiores, las normas necesarias para el control, la preservación y la defensa del patrimonio ecológico del municipio.
- Dictar las normas de ordenamiento territorial del municipio y las regulaciones sobre usos del suelo.

7.2.4.- Los postulados de la Ley 99 se reglamentaron posteriormente. Para lo que importa al caso concreto, se regularon, entre otras, las materias que pasan a señalarse, las cuales fueron compiladas en el Decreto Unico Reglamentario del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible⁷⁸:

- Planificación Ambiental, que se abordó en el Decreto 1200 de 2004 en el que se establece el proceso de planificación ambiental regional⁷⁹, el cual se materializa por medio del Plan de Gestión Ambiental Regional (PGAR), el Plan de Gestión Trienal (PAT) y el presupuesto anual de rentas y gastos.

⁷⁸ Decreto 1076 de 2015.

⁷⁹ Regido por los principios de armonía regional, gradación normativa y rigor subsidiario, concordancia y articulación entre los diferentes instrumentos de planeación del Estado, respeto por la dinámica y procesos de desarrollo regional y la integralidad (art. 2).

- Sistema Nacional de Áreas Protegidas (SINAP), coordinado por Parques Nacionales Naturales de Colombia. Se establece la responsabilidad conjunta de algunas autoridades nacionales⁸⁰ y de las autoridades locales en la conservación y manejo articulado de las áreas protegidas, de conformidad con lo establecido en el Decreto 2372 de 2010.

De acuerdo con esa norma, las autoridades territoriales al momento de elaborar, revisar, ajustar y/o modificar los planes de ordenamiento territorial o su equivalente no pueden regular el uso del suelo de las áreas reservadas, delimitadas y declaradas como pertenecientes al SINAP (art. 19)⁸¹.

- Planificación, ordenación y manejo de cuencas hidrográficas y acuíferos, según lo previsto en el Decreto 1640 de 2012, en el que, a modo de ejemplo, se asignaron competencias a las Corporaciones Autónomas Regionales para la elaboración, coordinación de la ejecución, seguimiento y evaluación de los Planes de Ordenación y Manejo de Cuencas Hidrográficas – POMCA- en su jurisdicción⁸².
- Licencias ambientales, mediante el Decreto 2041 de 2014, en el que se destacó la competencia del ANLA y las Corporaciones Autónomas Regionales como autoridades ambientales⁸³.

Como expresión de lo anterior, se definieron las materias de licenciamiento por parte del ANLA y de las Corporaciones Autónomas Regionales, según las previsiones de los artículos 8 y 9 respectivamente. Así mismo, se establecieron reglas para la definición de competencias cuando un proyecto obra o actividad se desarrolle en dos o más jurisdicciones ambientales, según lo informa la lectura del artículo 12 ibídem.

Por último, se establecieron previsiones relacionadas con los estudios ambientales (Diagnóstico Ambiental de Alternativas y Estudio de Impacto Ambiental) y el procedimiento para la obtención y modificación de las licencias ambientales.

⁸⁰ Gobierno Nacional, Corporaciones Autónomas Regionales y de Desarrollo Sostenible.

⁸¹ La reserva, alinderación, declaración, administración y sustracción de estas áreas constituyen determinantes ambientales, por ende, normas de superior jerarquía que deben ser respetadas por las autoridades locales.

⁸² Planes que, al tenor de lo previsto en el artículo 23 ibídem, se constituyen en determinantes ambientales y por ende en normas de superior jerarquía que deben ser acatadas por las entidades territoriales.

⁸³ Si bien es cierto que se resaltó la calidad de autoridad ambiental de entes territoriales, lo cierto es que ello se sujeta al hecho según el cual la población del municipio, distrito o áreas metropolitanas sea superior a un millón de habitantes. Dentro del perímetro urbano. En tal calidad, es posible, entre otros, que las Corporaciones Autónomas Regionales los comisionen para el desarrollo de diligencias (art. 45)

7.2.5.- Como puede verse, en materia ambiental existe una definición clara de competencias y un desarrollo concreto de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad.

Para esta materia, se estableció que la protección del medio ambiente sería un tema de orden o interés nacional, tal como se evidencia al considerar la estructuración del SINA con el Ministerio del Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible a la cabeza y con los municipios en el último orden de la jerarquía. En estas condiciones, y según se desprende del principio de armonía regional, la actuación de los municipios está sujeta a las normas de carácter superior y a la Política Nacional Ambiental.

De todas maneras, el legislador previó un procedimiento expreso de concertación y coordinación entre los entes territoriales y las CAR, previo a la adopción de los planes de ordenamiento territorial o su equivalente, con el fin de que esa herramienta de ordenación del territorio se adecúe a las políticas ambientales⁸⁴.

Con todo, lo cierto es que esas entidades territoriales, conforme con el artículo 63 de la Ley 99 de 1993, cuando las circunstancias lo ameriten, son competentes para volver más rigurosa la regulación de los niveles superiores en materia de uso, manejo, aprovechamiento y movilización de los recursos naturales renovables, o para la preservación del medio ambiente natural, en virtud del principio de rigor subsidiario que no es más que la concreción, en materia ambiental, del principio de subsidiariedad contenido en el artículo 288 de la Constitución.

7.2.6.- La jurisprudencia del Consejo de Estado⁸⁵ ha advertido que el principio de rigor subsidiario es aplicable para (i) la regulación del uso, manejo, aprovechamiento y movilización de los recursos naturales renovables; (ii) la preservación del medio ambiente natural, bien sea que limiten el ejercicio de derechos individuales y libertades públicas para la preservación o restauración del medio ambiente; y (iii) la exigencia de licencias o permisos para el ejercicio de determinada actividad por la misma causa.

Por tal razón, se ha estimado que las CAR y municipios pueden expedir normas más rigurosas en materia de calidad del aire, ruido ambiental, emisiones de partículas contaminantes al aire y publicidad exterior visual.

⁸⁴ Ibíd.

⁸⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 22 de marzo de 2012, radicado 76001-23-31-000-2000-0051201; sentencia del 5 de junio de 2008, radicado 25000-23-24-000-2002-00374-01; sentencia del 25 de septiembre de 2008, radicado 25000-23-24-000-2002-00850-01; sentencia del 24 de mayo de 2012, radicado 25000-23-24-000-2003-00379-02; sentencia del 22 de marzo de 2012, radicado 25000-23-24-000-2004-00491-01; sentencia del 8 de mayo de 2014, radicado 76001-23-31-000-2005-02639-02; sentencia del 16 de abril de 2015, radicado 11001-03-24-000-2007-00213-00; sentencia del 5 de abril de 2017, radicado 11001-03-24-000-2016-00457-00.

7.2.7.- Del análisis anterior también puede concluirse que el legislador ha hecho énfasis en la regulación de las competencias de las autoridades nacionales en materia ambiental y de patrimonio ecológico.

Sin embargo, se insiste, los vacíos normativos o regulatorios que se observen, deben llenarse mediante la aplicación del principio de subsidiariedad en sentido positivo al ser los municipios y distritos las autoridades más cercanas a los ciudadanos, que conocen de primera mano sus necesidades y expectativas.

7.3. Plan nacional de desarrollo y planes de desarrollo territoriales

7.3.1.- Los artículos 339 a 344 de la Constitución desarrollan otro importante mecanismo de concertación en materia económica, social y ambiental: el plan nacional de desarrollo y los planes de desarrollo territoriales.

7.3.2.- En el artículo 339 se señala que el Gobierno deberá elaborar un plan nacional de desarrollo, conformado por una parte general y por un plan de inversiones públicas.

La parte general debe contener los propósitos y objetivos nacionales de largo plazo, las metas y prioridades de la acción estatal a mediano plazo y las estrategias y orientaciones generales de la política económica, social y ambiental que serán adoptadas por el Gobierno.

Por su parte, en el plan de inversiones públicas se deben incluir los presupuestos plurianuales de los principales programas y proyectos de inversión pública nacional y la especificación de los recursos financieros requeridos para su ejecución, dentro de un marco que garantice la sostenibilidad fiscal.

7.3.3.- Ese mismo artículo 339 señala el deber de las entidades territoriales de elaborar y adoptar planes de desarrollo territoriales, de manera concertada entre ellas y el Gobierno nacional, con el objeto de asegurar el uso eficiente de sus recursos y el desempeño adecuado de las funciones que les hayan sido asignadas por la Constitución y la ley.

Los planes de las entidades territoriales deben estar conformados por una parte estratégica y un plan de inversiones de mediano y corto plazo.

7.3.4.- Además de la concertación señalada para la adopción de los planes de desarrollo territoriales, la Constitución creó el Consejo Nacional de Planeación, integrado por representantes de las entidades territoriales y de los sectores económicos, sociales, ecológicos,

comunitarios y culturales, con el fin de servir de foro para la discusión del plan nacional de desarrollo⁸⁶.

7.3.5.- Por su parte, el artículo 3 de la Ley 152 de 1994 –Ley Orgánica del Plan de Desarrollo– dispone que las actuaciones de las autoridades nacionales, regionales y territoriales en materia de planeación se rigen, entre otros, por los principios de autonomía y coordinación.

En virtud del principio de autonomía *"la Nación y las entidades territoriales ejercerán libremente sus funciones en materia de planificación con estricta sujeción a las atribuciones que a cada una de ellas se les haya específicamente asignado en la Constitución y la ley, así como a las disposiciones y principios contenidos en la presente Ley Orgánica"*.

Y en virtud del principio de coordinación, *"las autoridades de planeación del orden nacional, regional y las entidades territoriales, deberán garantizar que exista la debida armonía y coherencia entre las actividades que realicen a su interior y en relación con las demás instancias territoriales, para efectos de la formulación, ejecución y evaluación de sus planes de desarrollo"*.

Estos principios, considera la Sala, no son más que la reproducción en este asunto de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad previstos en el artículo 288 de la Constitución para el ordenamiento territorial.

7.3.6.- A fin de materializar los principios de autonomía y coordinación, la ley le asignó al Consejo Nacional de Planeación la competencia para organizar y coordinar una amplia discusión nacional sobre el proyecto del plan nacional de desarrollo, mediante reuniones nacionales y regionales con los Consejos Territoriales de Planeación y representantes de los sectores económicos, sociales, ecológicos, comunitarios y culturales, con el fin de garantizar efectivamente la participación ciudadana prevista en el artículo 342 de la Constitución⁸⁷.

Además, se les asignó a las autoridades nacionales de planeación y a las entidades de planificación regional que llegaren a constituirse, el deber de garantizar la participación activa de las autoridades de planeación de las entidades territoriales en la construcción del plan nacional de desarrollo⁸⁸.

7.3.7.- Tal como lo dispone el artículo 32 de la Ley 152 de 1994, las entidades territoriales tienen autonomía en materia de planeación del desarrollo económico, social y de la gestión ambiental, en el marco de

⁸⁶ Constitución Política, artículo 340.

⁸⁷ Ley 152 de 1994, artículo 12.

⁸⁸ Ibíd., artículo 16.

las competencias, recursos y responsabilidades que les han atribuido la Constitución y la Ley.

No obstante, en virtud del principio de coordinación, los planes de desarrollo de las entidades territoriales, sin perjuicio de su autonomía y teniendo como presupuesto la activa participación de las entidades territoriales en la elaboración del plan nacional de desarrollo, deberán tener en cuenta para su elaboración las políticas y estrategias de éste para garantizar la coherencia.

7.3.8.- En ese contexto constitucional y legal es claro que el proceso de planeación nacional y territorial también hace parte de los mecanismos de concertación entre la Nación y las entidades territoriales, para que en el uso de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad se definan políticas coordinadas para el desarrollo económico, social y ambiental del país y sus territorios.

7.4. Exploración y explotación del subsuelo para minería

7.4.1.- De conformidad con los artículos 332 y 334 de la Constitución, el Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables e interviene, *"por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano"*.

Como lo ha manifestado en reiteradas oportunidades la Corte Constitucional⁸⁹, cuando la Constitución se refiere al *"Estado"* debe entenderse que habla genéricamente de las autoridades estatales de los distintos órdenes territoriales (nacionales y locales); asunto diferente ocurre cuando habla de *"Nación"*, pues dicho concepto hace referencia sólo a las autoridades del nivel central.

En consecuencia, cuando los artículos 332 y 334 de la Constitución atribuyen al Estado, no a la Nación, la propiedad sobre los recursos del subsuelo y la facultad de decidir sobre su explotación, debe entenderse que tanto los órganos del nivel central como las demás entidades territoriales tienen competencia en la materia. Esas disposiciones no privilegien la posición de la Nación en la determinación de las políticas relativas a la explotación de los recursos naturales; todo lo contrario, al referirse al Estado, el constituyente incluyó tanto a la Nación como al

⁸⁹ Sentencia C-221 de 1997 (MP. Alejandro Martínez Caballero). Esta interpretación ha sido acogida, entre otras, en las sentencias C-272 de 1998 (MP. Alejandro Martínez Caballero) y C-928 de 2003 (MP. Jaime Araújo Rentería).

conjunto de las entidades territoriales, quienes deberán adoptar de manera concertada las decisiones sobre la materia, tal como lo recordó la Corte Constitucional en sentencia C-983 de 2010.

7.4.2.- Por medio de la Ley 685 de 2001 se expidió el Código de Minas con el objetivo de fomentar la exploración y explotación de los recursos mineros, satisfacer los requerimientos de la demanda interna y externa y, realizar el aprovechamiento de los mismos de manera armónica con principios de explotación racional, desarrollo sostenible y fortalecimiento económico y social (artículo 1).

De igual manera, esta codificación regula las relaciones jurídicas entre el Estado y los particulares en esta materia, la propiedad de los recursos mineros, el derecho a explorar y explotar, el contrato de concesión, así como temas de grupos étnicos, servidumbres, expropiación, aspectos ambientales, económicos y sociales de la minería, entre otros⁹⁰.

Cabe destacar que el artículo 317 define el concepto de autoridad minera o concedente, entendiéndose por tal al Ministerio de Minas y Energía o en su defecto a la autoridad nacional que tenga a su cargo asuntos como la administración de los recursos mineros, la promoción de los aspectos atinentes a la industria minera, entre otros.

7.4.3.- Ahora bien, la Sala entiende que para los casos en los cuales se asignan competencias a la autoridad minera, las mismas deberán cumplirse teniendo en consideración los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad según las reglas que ya han sido reseñadas, pues esos principios operan en doble vía, bajo la idea explícita del constituyente de que es el Estado colombiano, no la Nación, la propietaria del subsuelo. Por eso, no puede hablarse de una competencia exclusiva de esta última.

Eso explica que las licencias de exploración y explotación las confiere la autoridad minera, pero antes de concederlas debe consultar los planes y normas de ordenamiento territorial, los planes de desarrollo económico y social, así como las normas que sobre el patrimonio ecológico, cultural e histórico hayan expedido los concejos municipales. Igualmente, en virtud de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad, la autoridad minera no puede desconocer dichas normas al determinar zonas de reserva minera.

⁹⁰ El artículo 5 señala que *"los minerales de cualquier clase y ubicación, yacentes en el suelo o el subsuelo, en cualquier estado físico natural, son de la exclusiva propiedad del Estado, sin consideración a que la propiedad, posesión o tenencia de los correspondientes terrenos, sean de otras entidades públicas, de particulares o de comunidades o grupos."* En esta línea el artículo 7 establece que la propiedad del Estado sobre los recursos minerales yacentes en el suelo o el subsuelo se presume legalmente. Por su parte, el artículo 13 declara de utilidad pública e interés social la industria minera.

Si bien es cierto que el Código de Minas le atribuye a la autoridad minera una competencia prevalente en esta materia, no es menos cierto que también se contemplan competencias y delegaciones específicas para los entes territoriales, además de la obligación constitucional de respetar las competencias que tienen los municipios y distritos.

8. Competencia de los municipios para adelantar consultas populares sobre proyectos y actividades en materia minero-energética

8.1.- De acuerdo con la jurisprudencia y las normas analizadas en los apartes precedentes sobre ordenación del territorio, medio ambiente, planificación económica y social, para la Sección es claro que los municipios tienen facultad para adelantar consultas populares relacionadas con la prohibición o autorización para desarrollar en su territorio actividades minero-energéticas.

Esta competencia tiene sustento, además, en el derecho fundamental de participación ciudadana que tienen las comunidades en los asuntos de trascendencia local, como se pasará a explicar.

8.2.- La actividad minero-energética tiene un papel importante en el desarrollo económico, productivo y social de un Estado. Esta industria representa desafíos en aspectos como la protección del medio ambiente, la adecuada articulación de políticas y competencias nacionales y territoriales, así como en la participación democrática de las comunidades locales en la definición de las actividades que afectan su territorio.

Por tal razón, los municipios y distritos, además de ser competentes, tienen la obligación de realizar consultas populares cuando ese tipo de actividades impliquen cambios significativos y transformación de las actividades tradicionales de su territorio.

8.3.- Las competencias municipales para adelantar consultas en temas minero-energéticos derivan de las siguientes disposiciones:

8.3.1.- El artículo 33 de la Ley 136 de 1994⁹¹ establece que cuando el desarrollo de proyectos como los de naturaleza minera amenacen con crear cambios significativos en el uso del suelo, que den lugar a una transformación en las actividades tradicionales del ente territorial, se deberá realizar una consulta popular, la cual estará a cargo del municipio correspondiente.

⁹¹ Artículo 33. Usos del suelo. Cuando el desarrollo de proyectos de naturaleza turística, minera o de otro tipo, amenace con crear un cambio significativo en el uso del suelo, que dé lugar a una transformación en las actividades tradicionales de un municipio, se deberá realizar una consulta popular de conformidad con la ley. La responsabilidad de estas consultas estará a cargo del respectivo municipio.// Parágrafo. En todo caso, las decisiones sobre el uso del suelo deben ser aprobadas por el Concejo Municipal.

8.3.2.- La Ley 134 de 1994, por la cual se dictan normas sobre mecanismos de participación ciudadana, en el artículo 51⁹² señala que los alcaldes podrán convocar consultas para que el pueblo decida sobre asuntos municipales. Para la Sala es claro que la minería tiene una incidencia directa y significativa en el ámbito local, toda vez que esos proyectos tienen la potencialidad de incidir en los usos del suelo, en el ambiente, en la economía local prevalentemente agrícola, pecuaria, industrial, turística, etc., razón por la cual la autoridad municipal está legitimada para convocar a sus ciudadanos para pronunciarse sobre dicho aspecto.

8.3.3.- La Ley 388 de 1997 señala en el artículo 5⁹³ que la ordenación territorial y distrital comprende acciones político-administrativas que orientan el desarrollo del territorio bajo su jurisdicción, regulando la utilización, transformación y ocupación del espacio.

De igual manera, el artículo 6 de esa ley establece que la ordenación del territorio municipal y distrital *“tiene por objeto complementar la planificación económica y social con la dimensión territorial, racionalizar las intervenciones sobre el territorio y orientar su desarrollo y aprovechamiento sostenible”*; para llevar a cabo este propósito, contempla acciones como la definición de estrategias para el uso, ocupación y manejo del suelo.

8.3.4.- La Ley Estatutaria 1757 de 2015, por la cual se dictan disposiciones en materia de promoción y protección del derecho a la participación democrática, en el artículo 18⁹⁴ establece que pueden ser

⁹² Artículo 51. Consulta popular a nivel departamental, distrital, municipal y local. Sin perjuicio de los requisitos y formalidades adicionales que señale el Estatuto General de la Organización Territorial y de los casos que éste determine, los gobernadores y alcaldes podrán convocar consultas para que el pueblo decida sobre asuntos departamentales, municipales, distritales o locales.

⁹³ Artículo 5o. Concepto. El ordenamiento del territorio municipal y distrital comprende un conjunto de acciones político-administrativas y de planificación física concertadas, emprendidas por los municipios o distritos y áreas metropolitanas, en ejercicio de la función pública que les compete, dentro de los límites fijados por la Constitución y las leyes, en orden a disponer de instrumentos eficientes para orientar el desarrollo del territorio bajo su jurisdicción y regular la utilización, transformación y ocupación del espacio, de acuerdo con las estrategias de desarrollo socioeconómico y en armonía con el medio ambiente y las tradiciones históricas y culturales.// Artículo 6o. OBJETO. El ordenamiento del territorio municipal y distrital tiene por objeto complementar la planificación económica y social con la dimensión territorial, racionalizar las intervenciones sobre el territorio y orientar su desarrollo y aprovechamiento sostenible, mediante:

1. La definición de las estrategias territoriales de uso, ocupación y manejo del suelo, en función de los objetivos económicos, sociales, urbanísticos y ambientales. (...) El ordenamiento del territorio municipal y distrital se hará tomando en consideración las relaciones intermunicipales, metropolitanas y regionales; deberá atender las condiciones de diversidad étnica y cultural, reconociendo el pluralismo y el respeto a la diferencia; e incorporará instrumentos que permitan regular las dinámicas de transformación territorial de manera que se optimice la utilización de los recursos naturales y humanos para el logro de condiciones de vida dignas para la población actual y las generaciones futuras.

⁹⁴ Artículo 18. Materias que pueden ser objeto de iniciativa popular legislativa y normativa, referendo o consulta popular. Solo pueden ser materia de iniciativa popular legislativa y normativa, consulta popular o referendo ante las corporaciones públicas, aquellas que sean de la

objeto de consulta popular las materias que sean competencia de la respectiva entidad territorial. Considerando que el ordenamiento jurídico otorga a los municipios la competencia de ordenar el desarrollo de su territorio y a los concejos municipales reglamentar los usos del suelo, los proyectos y actividades que incidan en tales competencias podrán ser consultadas a través de la participación democrática.

8.4.- Las anteriores competencias reconocen la relación directa de las autoridades municipales con sus administrados. Las entidades locales conocen de manera directa y con un alto grado de proximidad las necesidades de su comunidad, por lo que la autonomía territorial tiene un vínculo íntimo con la democracia.

De allí que la Corte Constitucional⁹⁵ reconozca que la autonomía territorial posibilita un mayor campo de acción para la gestión de los intereses locales, considerando que las autoridades del orden territorial no solamente conocen, más que cualquiera, las necesidades de la comunidad, sino que tienen interés en dar solución a los problemas de su región.

8.5.- La facultad de los entes municipales para adelantar consultas populares tiene algunas restricciones. El artículo 18 de la Ley 1757 de 2015 indica que no se pueden presentar consultas populares sobre las siguientes materias: las que sean de iniciativa exclusiva del Gobierno, de los gobernadores o de los alcaldes; presupuestales, fiscales o tributarias; relaciones internacionales; concesión de amnistías o indultos, ni sobre la preservación y restablecimiento del orden público. De igual manera la Ley 134 de 1994 en su artículo 50 señala que no se podrán realizar consultas sobre temas que modifiquen la Constitución.

Salvo tales excepciones, es factible el ejercicio de ese mecanismo de participación democrática.

8.6.- Aunada a las competencias constitucionales y legales que permiten la convocatoria a consulta popular, la Sección considera que la participación democrática es un argumento adicional que permite a los ciudadanos manifestarse sobre los asuntos que inciden de manera directa en su entorno territorial, como ocurre respecto de la intervención del suelo con actividades minero-energéticas.

La democracia participativa hace parte integral del modelo institucional consagrado en la Constitución de 1991, en el cual se articulan los

competencia de la respectiva corporación o entidad territorial.// No se podrán presentar iniciativas populares legislativas y normativas o consultas populares ante el Congreso, las asambleas, los concejos o las juntas administradoras locales, sobre las siguientes materias:// a) Las que sean de iniciativa exclusiva del Gobierno, de los gobernadores o de los alcaldes; // b) Presupuestales, fiscales o tributarias; // c) Relaciones internacionales; // d) Concesión de amnistías o indultos; // e) Preservación y restablecimiento del orden público.

⁹⁵ Corte Constitucional, sentencia C-063 de 2005. Ver, entre otras: Corte Constitucional, sentencias C-478 de 1992 y C-244 de 2001.

mecanismos de representación tradicional con aquellos de participación directa como el plebiscito, el referéndum, la consulta popular, entre otros, los cuales acercan al ciudadano a la gestión y decisión sobre asuntos públicos, económicos y sociales⁹⁶. En otras palabras, el principio de participación democrática resalta el concepto de ciudadanía y su incidencia en la definición de los asuntos de mayor trascendencia nacional y local, no sólo a través de la designación de los representantes políticos, sino en un ejercicio de participación activa en los temas que determinan la vida en sociedad.

Como lo ha dicho nuestro Tribunal Constitucional, la Carta de 1991 implicó una ampliación cuantitativa y cualitativa en materia de participación ciudadana. La primera, en oportunidades reales de participación, que trascienden lo meramente electoral. La segunda –lo cualitativo-, en tanto las decisiones de los ciudadanos impactan lo individual, familiar, económico y social en función, agrega la Sección, de los intereses locales que fueron privilegiados por el constituyente⁹⁷.

8.7.- La Corte Constitucional ha resaltado también el valor de la democracia participativa como manifestación de la intervención activa de los ciudadanos en la toma de las decisiones que inciden en los asuntos colectivos y que irradia múltiples aspectos de la vida en comunidad. En tal sentido, *“las sociedades modernas buscan actualmente los mejores medios para transitar hacia un modelo de organización política en el que la democracia formal se vuelva más real, la democracia política se extienda a la sociedad y la democracia representativa se complemente con mecanismos de democracia directa”*⁹⁸.

Por eso, las consultas populares sobre proyectos y actividades en materia minero-energética, permiten que los ciudadanos participen en las decisiones sobre aspectos que directamente inciden en su espacio territorial. En consonancia con estos principios democráticos, la Ley 136 de 1994 que regula la organización y funcionamiento de los municipios, expresamente establece que para el desarrollo de proyectos de naturaleza minera que amenacen con crear un cambio significativo en el uso del suelo y que den lugar a una transformación en las actividades tradicionales del ente territorial, debe realizarse una consulta popular, de conformidad con la ley.

Esta cuestión se explica por la gran significación que reviste la materia en el plano ambiental (por la desaparición o contaminación de las fuentes de agua, el cambio climático, la deforestación), en los derechos

⁹⁶ Una de las manifestaciones de la soberanía popular y del ejercicio del poder político es la consulta popular, la cual está consagrada en el artículo 40 constitucional como un derecho de participar en la conformación, ejercicio y control del poder político.

⁹⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-180 de 1994. Ver, entre otras: Sentencia C-150 de 2015 y Sentencia C-389 de 2016.

⁹⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-180 de 1994.

de las comunidades étnicas y campesina, en la minería tradicional y en la actividad agropecuaria, etc.⁹⁹.

8.8.- La consulta popular, por ser una manifestación de la ciudadanía, tiene fuerza vinculante respecto de las autoridades locales, esto es, alcaldes y concejos municipales. Si dichas autoridades no acatan de manera obligatoria lo dispuesto por la ciudadanía, estarían violando la voluntad popular y el derecho fundamental a la participación ciudadana que informa y rige el ejercicio de las competencias locales.

El Consejo de Estado se ha pronunciado de manera expresa sobre las consultas populares indicando que las decisiones adoptadas por los ciudadanos son obligatorias para los organismos correspondientes, los que deben hacerlas efectivas.

Es así como la Sección Primera de la Corporación¹⁰⁰, al decidir un recurso de apelación contra una sentencia del Tribunal Administrativo del Cauca, resaltó la importancia de la participación democrática y la vinculatoriedad de las manifestaciones populares, cuyas decisiones tienen fuerza normativa autónoma. En dicho caso, a través de consulta popular, se aprobó la creación del municipio de Guachené, razón por la cual el Gobernador del Cauca presentó ante la Asamblea el proyecto de ordenanza, el cual fue negado y archivado. Considerando lo anterior, el Gobernador profirió decreto con fuerza de ordenanza creando el referido municipio, acto que fue demandado y declarado nulo por el Tribunal Administrativo del Cauca, al considerar que el mismo había carecido del control previo automático de legalidad.

En su decisión, el Consejo de Estado revocó la sentencia del tribunal considerando los siguientes argumentos: **(i)** La participación democrática es un elemento esencial que inspira el sistema constitucional colombiano. Las relaciones de los ciudadanos con el poder político comprenden diferentes niveles como la conformación, el ejercicio y el control. Por lo tanto, el reconocimiento de la participación democrática como un derecho “se traduce entonces en la posibilidad de que el pueblo y los ciudadanos que lo integran, además de concurrir a los diferentes actos electorales, puedan proferir directamente actos decisorios a los que se reconozca fuerza normativa autónoma”¹⁰¹. **(ii)** La aprobación popular impartida a la creación del municipio de Guachené estaba respaldada por una “*garantía especial de supremacía*” que en los términos de la Ley 134 de 1994 (artículo 55 y 56) hacían perentorio para los órganos correspondientes, adoptar las medidas necesarias para hacer efectiva la decisión de los ciudadanos. **(iii)** Finalmente, la Corporación señaló que el requisito de control automático previo de legalidad, no era exigible en el caso concreto, puesto que para los

⁹⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-389 de 2016.

¹⁰⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejera Ponente: María Claudia Rojas Lasso. Bogotá, D.C., diecisiete (17) de marzo de dos mil dieciséis (2016). Ref.: Expediente 2007-00024-00. Actor: Municipio de Caloto.

¹⁰¹ Ibídem.

decretos con fuerza de ordenanza derivados de una consulta popular no estaba contemplado dicho control previo. Al no estar consagrado en el ordenamiento, su exigencia conllevaría un *"vaciamiento de la voluntad popular"*.

Este mismo razonamiento ya había sido expuesto por esta Corporación¹⁰², al conocer un recurso de apelación contra una providencia del Tribunal Administrativo de Sucre, que denegó las pretensiones de nulidad del Decreto 0356 de 1998 por medio del cual el Gobernador de Sucre creó el municipio de El Roble. En dicha oportunidad, el Consejo de Estado señaló que el mecanismo de la consulta popular sobre asuntos departamentales, tiene valor de instrumento decisorio.

Por lo tanto, debe armonizarse el derecho fundamental de participación ciudadana con las competencias de las autoridades locales, las que ante decisiones adoptadas en consultas populares, tienen la obligación de materializarlas. El órgano correspondiente tiene la obligación de adoptar las medidas para hacer efectiva la decisión popular: *"No es posible, hoy, interpretar el numeral 6 del artículo 300 constitucional en forma aislada, con el criterio tradicional de la democracia representativa, pues es necesario examinar esa competencia dentro del contexto de la Constitución, que le asigna una proyección particular a las formas de participación democrática, entre las cuales se encuentra la consulta popular, que a nivel de competencia sobre asuntos departamentales tiene valor de instrumento decisorio"*¹⁰³ (subrayas propias).

8.9.- Lo expuesto permite concluir que el cargo de violación directa de la Constitución, por desconocer las competencias de la Nación en materia ambiental y minero-energética y por falta de competencia de los alcaldes para convocar consultas populares en esa materia, no está llamado a prosperar toda vez que:

8.9.1.- La consulta popular es una de las expresiones de la democracia participativa que permite a los ciudadanos tomar decisiones en temas de trascendencia local como lo es la destinación del territorio a la industria minero-energética. Las entidades locales conocen de manera directa y con un alto grado de proximidad las necesidades de su comunidad, por lo que la autonomía territorial tiene un nexo directo con la democracia.

8.9.2.- Los municipios, en el marco de sus competencias, están facultados constitucional y legalmente para regular el ordenamiento territorial y el uso del suelo, por lo que pueden acudir a la ciudadanía para solicitar su consentimiento o no para el desarrollo de tales actividades.

¹⁰² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Manuel Santiago Urueta Ayola. Diecisiete (17) de marzo del dos mil (2000). Radicación número: 5279. Actor: Manuel Del Cristo Cadrazco Salcedo.

¹⁰³ Ibídem.

8.9.3.- El ordenamiento jurídico no prevé la obligación de los municipios de concertar o incluir en el proceso de consulta popular a las entidades del orden nacional. El ordenamiento territorial y el uso del suelo son competencia de los municipios y distritos, por lo que pueden ser materia de iniciativa popular en el orden local.

8.9.4.- La consulta popular y el procedimiento administrativo ambiental son dos instancias diferentes. No es válido el argumento según el cual el trámite ambiental es más idóneo para intervenir en procura de la protección del medio ambiente, considerando que:

- Tanto la consulta popular como el procedimiento administrativo ambiental tienen regulación jurídica especial. La primera se rige, entre otros, por los artículos 40 y 105 constituciones, así como por la Ley 134 de 1994 (artículo 51), la Ley 136 de 1994 (artículo 33) y la Ley Estatutaria 1757 de 2015. Por su parte, el procedimiento administrativo ambiental se rige, en términos generales, por la Ley 99 de 1993.
- El mecanismo de la consulta popular es una instancia característica de la democracia participativa, que busca legitimar planes y proyectos en aspectos que de manera directa inciden en el espacio local y más próximo de los ciudadanos. Por otro lado, la participación en el trámite de expedición, modificación o cancelación de permisos o licencias, hace parte de un procedimiento administrativo ambiental que además busca la intervención de "*cualquier persona natural o jurídica o privada*", para señalar impactos técnicos, sociales o ambientales de un proyecto determinado.

8.9.5.- Cuando los artículos 332 y 334 de la Constitución atribuyen al Estado, no sólo a la Nación, la propiedad sobre los recursos del subsuelo y la facultad de decidir sobre su explotación, no puede entenderse, como lo hace la parte recurrente y sus coadyuvantes, que los únicos competentes para tomar decisiones sobre estos asuntos son los órganos del nivel central y que, por ende, los alcaldes son incompetentes para convocar consultas populares en materia minero-energética.

9. Fallos del Tribunal Administrativo de Antioquia

9.1.- La ANDJE en su intervención cita algunos pronunciamientos del Tribunal Administrativo de Antioquia en los cuales se han anulado

acuerdos municipales que prohíben la ejecución o realización de actividades mineras en el ámbito de su jurisdicción¹⁰⁴. Los argumentos presentados en términos generales son los siguientes:

- La minería es un recurso natural no renovable, razón por la cual es propiedad del Estado, entendido como Nación.
- El literal a) del artículo 35 de la Ley 685 de 2001 posibilita la restricción, mas no la prohibición de exploración o explotación de los minerales. Aunado a lo anterior, en algunos de los pronunciamientos del Tribunal se hace referencia al artículo 37 *ibídem*, que establecía la prohibición de las autoridades locales de “establecer zonas del territorio que queden permanente o transitoriamente excluidas de la minería”.
- La explotación y el aprovechamiento de los minerales es un tema de interés nacional, por lo que la preservación y defensa del patrimonio ecológico es una potestad de competencia de las entidades del nivel nacional, cuando el tema trasciende el ámbito meramente local.

9.2.- Como puede inferirse de la reseña jurisprudencial hecha en el aparte 5 de esta sentencia, el alcance que tanto el recurrente como el Tribunal de Antioquia le otorgan a las reglas sentadas por nuestro Tribunal Constitucional son totalmente distintas. Para mayor claridad se reiteran aquí los siguientes aspectos:

9.2.1.- En los términos del artículo 332 constitucional es el Estado, no la Nación, el propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables como lo son los recursos mineros.

El concepto de Estado incluye a la Nación y a los entes territoriales, por tal razón las decisiones en estos asuntos corresponden tanto a las autoridades nacionales como a las locales, según las competencias establecidas en el ordenamiento. En otras palabras, la propiedad de esta clase de recursos no corresponde exclusivamente al orden nacional, puesto que los entes territoriales son partícipes activos de la riqueza del subsuelo y de los recursos naturales.

9.2.2.- Una lectura armónica del artículo 35 del Código de Minas con las demás disposiciones de ese estatuto y la sentencia de constitucionalidad condicionada de dicha norma¹⁰⁵ permite concluir que:

¹⁰⁴ Se citan las siguientes sentencias: (i) del 6 de febrero de 2013 proferida por la Sala Segunda de Oralidad del Tribunal Administrativo de Antioquia, magistrado ponente Gonzalo Zambrano Velandia; (ii) del 19 de abril de 2013 proferida por la Sala Segunda de Oralidad del Tribunal Administrativo de Antioquia, magistrada ponente Beatriz Elena Jaramillo Muñoz; (iii) del 10 de mayo de 2013 proferida por la Sala Primera de Oralidad del Tribunal Administrativo de Antioquia, magistrada ponente Yolanda Obando Montes; (iv) del 30 de mayo de 2013 proferida por Sala Primera de Oralidad del Tribunal Administrativo de Antioquia, magistrada ponente Yolanda Obando Montes; y (v) del 24 de julio de 2013 proferida por la Sala Primera de Oralidad del Tribunal Administrativo de Antioquia, magistrado ponente Álvaro Cruz Riaño.

- La facultad que tienen los entes territoriales para restringir la actividad minera en el perímetro urbano de su jurisdicción puede implicar la prohibición de esas actividades en virtud de las competencias de regulación de la ordenación del territorio.
- Los planes de ordenamiento territorial y sus equivalentes, así como los planes de desarrollo territorial, son los mecanismos jurídicos idóneos para ejercer esa facultad de restricción; en todo caso, de acuerdo con los procedimientos de concertación previstos en las leyes 388 de 1997 y 152 de 1994, estos deberán coordinarse con las políticas y regulaciones económicas, sociales y ambientales de carácter nacional, regional y municipal.
- Cuando se deseen efectuar trabajos y obras de exploración y explotación del subsuelo dentro del perímetro urbano de los municipios, la autoridad minera, antes de conceder las respectivas licencias, deberá consultar los planes de ordenamiento territorial o sus equivalentes así como los planes de desarrollo territorial, a fin de identificar las zonas restringidas o prohibidas para la minería o las políticas y planes adoptados en la materia.

9.2.3.- El artículo 37 de la Ley 685 de 2001 que consagraba la prohibición para las autoridades locales de establecer zonas excluidas de la minería fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-273 de 2016, por lo que en la actualidad esa prohibición no está vigente.

En este sentido, el alcance que el Tribunal da a esta disposición es totalmente contrario a lo dicho por la Corte.

9.2.4.- Tal y como se observó en el acápite 7.2 de esta sentencia sobre medio ambiente y desarrollo sostenible, el cuidado del ambiente es un asunto que no solamente corresponde a las autoridades nacionales, ya que los entes territoriales tienen expresas competencias en esta materia, como lo desarrolla la Ley 99 de 1993.

9.3.- De los precedentes analizados de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado no se desprende que las autoridades nacionales tengan, en materia minero-energética, competencias prevalentes sobre los entes territoriales. Por el contrario, el ordenamiento constitucional y legal, a través de un amplio desarrollo normativo, asigna competencias, funciones y tareas específicas tanto a los entes nacionales como locales, en materia de ordenamiento territorial, ambiente y minería.

Una interpretación contraria vaciaría de competencia a las entidades territoriales, impidiendo el efectivo ejercicio de su autonomía.

¹⁰⁵ Corte Constitucional, sentencia C-339 de 2002.

El planteamiento del recurrente, con base en esas decisiones judiciales, es incongruente: ¿Si los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad operan en doble vía, la anulación de un acto municipal por ausencia de concertación con las autoridades nacionales impone también la nulidad de las normas o actos de carácter nacional, sean particulares o concretos, por no agotarse una etapa de concertación con los entes territoriales? ¿Pasaría igual si no se respetan las disposiciones de los planes de ordenamiento territorial?

En conclusión, el precedente del Tribunal Administrativo de Antioquia va en contravía del precedente vertical de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

10. Recapitulación

Para la Sala, conforme los desarrollos legales y jurisprudenciales expuestos, debe reiterarse:

10.1.- El desarrollo y aplicación de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad está contenido en el ordenamiento jurídico al asignarse competencias y establecerse mecanismos de concertación y colaboración armónica entre las autoridades de diferentes niveles, pues el legislador, respetando los principios constitucionales ya comentados, es el que puede establecer estos u otros mecanismos de concertación.

En consecuencia, la articulación de competencias sobre ordenación del territorio, establecimiento de políticas en materia económica, social y ambiental (principio de planeación), protección del ambiente y exploración y explotación del subsuelo, debe hacerse como primera medida con los mecanismos y reglas de coordinación, concurrencia y subsidiariedad consagrados en la Constitución y en las leyes 134 de 1994 (mecanismos de participación ciudadana), 136 de 1994 (funcionamiento de los municipios), 1757 de 2015 (participación democrática), 388 de 1997 (ordenamiento territorial), 507 de 1999 (formulación del POT), 1454 de 2011 (ley orgánica de ordenamiento territorial), 152 de 1994 (ley orgánica del plan de desarrollo), 99 de 1993 (gestión y conservación del medio ambiente) y 685 de 2001 (código de minas), entre otras, sin perjuicio, de otros mecanismos o procedimientos que el legislador prevea en un futuro.

Recuérdese que la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial expresamente previó en el artículo 39 que los conflictos de competencia entre la Nación y las entidades territoriales se debían dirimir según la normatividad vigente, hasta que se reglamente el tema por la ley respectiva.

10.2.- Para la promoción de consultas populares en materia minero-energética no se requiere necesaria u obligatoriamente agotar un

procedimiento previo de concertación con las entidades del orden nacional; así lo ha dicho el Consejo de Estado en la línea jurisprudencial reseñada en el aparte 6 de esta providencia.

Por lo demás, al ser la consulta popular una manifestación de la voluntad ciudadanía, tiene fuerza vinculante respecto de las autoridades locales, esto es, alcaldes y concejos municipales. Si dichas autoridades no acatan de manera obligatoria lo dispuesto por la ciudadanía, estarían violando la voluntad popular y el derecho fundamental a la participación ciudadana que informa y rige el ejercicio de las competencias locales.

10.3.- En materia de ordenación del territorio existe una distribución armónica de competencias atendiendo la naturaleza de cada entidad y la cercanía con los ciudadanos, lo que explica que el legislador haya previsto el procedimiento de elaboración de los planes de ordenamiento territorial. Los planes de desarrollo territorial y el plan nacional de desarrollo son también mecanismos idóneos para la articulación y coordinación de las competencias que exigen los artículos 288 y 339 de la Constitución.

Por ende, en caso de tensiones, serán esos los mecanismos de concertación a los que se podrá acudir pues son, en principio, los instrumentos jurídicos adecuados para materializar las decisiones que se tomen.

10.4.- El proceso de planeación nacional y territorial también es un mecanismo de concertación entre la Nación y las entidades territoriales, para que en el uso de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad se definan políticas coordinadas para el desarrollo económico, social y ambiental del país y sus entidades territoriales.

Este mecanismo de concertación se concreta al fijar la política general y territorial en los planes de desarrollo.

10.5.- Las licencias de exploración y explotación en materia minera las confiere la autoridad minera. Pero esa competencia no se opone a las propias de las autoridades territoriales atinentes a los planes, principios y normas de ordenación territorial, ni a las normas que sobre el patrimonio ecológico, cultural e histórico hayan expedido los concejos municipales.

En materias minero-energética, ambiental y de ordenación del territorio se aplican los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad consagrados en el artículo 288 de la Constitución, que operan en doble vía. Ello exige su armonización, tomando como pauta fundamental, según el caso, lo dicho por la corte constitucional y el legislador sobre el principio de subsidiariedad y, por aquella, la Corte, y, el Consejo de Estado sobre la autonomía de las entidades territoriales.

10.6.- Ante vacíos o contradicciones de la legislación vigente para la planeación, desarrollo y ejecución de proyectos minero-energéticos, las autoridades nacionales y territoriales deberán agotar una instancia de concertación y coordinación de *“las medidas necesarias para la protección del medio ambiente sano, y en especial, de sus cuencas hídricas, el desarrollo económico, social, cultural de sus comunidades y la salubridad de la población, mediante la aplicación de los principios de concurrencia y subsidiariedad previstos en el artículo 288 de la Constitución Política”*¹⁰⁶, sin perjuicio de lo regulado expresamente por las normas referidas o en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, respecto de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad.

10.7.- Como lo expone la Corte Constitucional, los entes territoriales pueden, en materia minera, en ejercicio de sus competencias, *“garantizar la protección de su medio ambiente y regular los usos de su suelo incluso llegado el caso de prohibir dicha explotación”*¹⁰⁷.

10.8.- El ejercicio de las competencias por parte de las autoridades nacionales y territoriales se informa no solo en los principios de concurrencia, coordinación y subsidiariedad, sino también en el principio de planeación, de manera tal que el desarrollo urbano, económico, social, ecológico de las entidades locales -autonomía territorial- y los intereses macroeconómicos y de bienestar general propios de la actividad minero-energética -unidad nacional-, no obedezcan a decisiones aisladas e inconsultas sino a políticas coherentes y armónicas de los intereses locales y nacionales.

10.9.- Los mecanismos descritos aquí son algunos de los que prevén la Constitución y la ley, sin perjuicio, naturalmente, de que puedan establecerse otros.

11. Análisis del caso concreto

11.1. De la violación de la Constitución y de la vulneración del precedente

Del análisis hecho en precedencia es claro que respecto de la providencia objeto de la acción no se configuraron los defectos alegados por el accionante y sus coadyuvantes, esto es, la violación de la Constitución y del precedente, toda vez que:

- a) El alcalde de Jesús María (Santander) sí tenía competencia para convocar una consulta popular en su jurisdicción a fin de determinar si la ciudadanía estaba o no de acuerdo con el desarrollo de actividades minero-energéticas en el municipio.

¹⁰⁶ Corte Constitucional, sentencia C-123 de 2014.

¹⁰⁷ Corte Constitucional, auto A053 de 2017.

- b) No era necesario que el alcalde de Jesús María concertara con las autoridades mineras nacionales la iniciativa de la consulta popular. La aplicación de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad, no impide la convocatoria y realización de la consulta popular, en tanto el requisito de concertación entre entidades del orden local y nacional, no debe ser anterior a la decisión que tomen los habitantes en ejercicio del mecanismo de participación.
- c) Serán los actos administrativos proferidos para implementar la voluntad popular los que deberán tomar las medidas necesarias para materializar el resultado de la votación, de acuerdo con las reglas establecidas en esta providencia.

11.2. Del supuesto desconocimiento de los artículos 90, 332 y 334 de la Constitución y del contenido de la Ley 819 de 2013 en lo relativo a la identificación y análisis del impacto fiscal de la consulta popular

11.2.1.- La parte actora manifiesta que la providencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander vulneró los artículos 365 y 334 de la Constitución porque la proliferación indiscriminada de consultas populares puede poner en riesgo el abastecimiento de gas natural y petróleo, lo que incide directamente en la prestación de servicios públicos. Así mismo, considera que vulnera el artículo 90 ibídem por la generación de daños antijurídicos a los usuarios del sistema de gas natural y de petróleo y a quienes han suscrito contratos estatales en materia minero-energética.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que el papel del juez de tutela se concreta en la protección de los derechos fundamentales. Las situaciones jurídicas particulares, licencias o contratos suscritos, no son agenciabiles ni por el Ministerio de Minas ni la ANDJE, lo que indicaría que en este caso no están legitimados en la causa.

Abstracción de lo anterior, de considerarse la posibilidad de analizar estos aspectos, lo cierto es que no se demostró el supuesto desabastecimiento de gas natural y petróleo y la posible vulneración del artículo 90 constitucional.

Lo primero –desabastecimiento de gas natural y de petróleo– no es un problema ambiental, sino económico. Además, dentro de lo acreditado en el proceso, no existe elemento de convicción que demuestre o, por lo menos indique, la existencia de un riesgo o peligro de afectación del medio-ambiente por el fenómeno del desabastecimiento.

De ahí, entonces, que no pueda sostenerse la necesidad de dictar e implementar medidas para conjurar esa situación, que, se insiste, no está acreditada, por lo que sólo se trata de una afirmación hipotética, ya que el desarrollo normativo y jurisprudencial relacionado en esta sentencia sería la causa probable del daño, no la consulta por sí misma.

11.2.2.- La ANDJE afirmó que la decisión objeto de análisis también desconoció la Ley 819 de 2003 por no tener en cuenta el impacto fiscal de la consulta popular convocada, lo que desconoce a su vez la Constitución en tanto no se cumplieron los requisitos legales a los que hace referencia el artículo 105 constitucional.

Sobre este punto la Sección ya ha tenido oportunidad de pronunciarse mediante sentencia del 30 de mayo de 2017¹⁰⁸, razón por la cual se reiteran y amplían los argumentos expuestos en esa oportunidad.

El artículo 7 de la Ley 819 de 2003 establece que cualquier proyecto de ley, ordenanza o acuerdo que ordene gasto deberá explicar de manera clara el impacto fiscal que cause y deberá, además, ser compatible con el marco fiscal de mediano plazo. Igualmente, determina que los proyectos de ley de iniciativa gubernamental, que planteen un gasto adicional o una reducción de ingresos deberán fijar la correspondiente fuente sustitutiva por disminución de gasto o aumento de ingresos, que debe ser analizada y aprobada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. En las entidades territoriales ese trámite debe adelantarse ante las secretarías de hacienda.

Teniendo en cuenta esos supuestos jurídicos, no es necesario que el trámite de las consultas populares incluya el análisis de impacto fiscal, toda vez que:

- a) La Ley 1757 de 2015 no lo exige expresamente.
- b) En términos generales, el objetivo de la Ley 819 de 2003 es el de racionalizar la actividad fiscal y hacer sostenible la deuda pública. Por eso, la promoción y desarrollo de consultas populares no requiere de análisis de impacto fiscal, pues en estas etapas no se registra el ejercicio de actividad fiscal o de endeudamiento.

Las consultas populares, *per se*, no ordenan gastos, pues no incorporan mandatos para asumir compromisos que afecten las apropiaciones presupuestales de una vigencia fiscal determinada.

¹⁰⁸ Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 30 de mayo de 2017, MP. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicado 11001-03-15-000-2017-01198-00, demandante: Mansarovar Energy Colombia Ltd., demandado: Tribunal Administrativo del Meta.

- c) El evento regulado por el artículo 7 de la Ley 819 de 2003 difiere del trámite de las consultas populares, pues si bien este mecanismo de participación podría dar lugar a la expedición de actos normativos, lo cierto es que no se trata propiamente de un proyecto de ley, ordenanza o acuerdo, que es el evento que regula el artículo 7 de la Ley 819 de 2003.

Fuera de lo anterior, las consultas populares no siempre dan lugar a la expedición de normas. Puede ocurrir que la pregunta sometida a consulta no supere el umbral mínimo de participación y que ahí finalice la actuación¹⁰⁹.

Justamente por lo anterior, la Sala encuentra que los argumentos sobre el impacto fiscal negativo al que alude la ANDJE parten de suposiciones sobre el posible resultado que puede o no obtenerse en las votaciones de la consulta popular. Es decir, no existe una situación que objetivamente represente un hecho cierto, sino más bien aleatorio e incierto, por lo que este cargo no está llamado a prosperar.

En conclusión, atendiendo lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, la Sección revocará la sentencia de primera instancia, proferida el 3 de noviembre de 2017 por la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, que declaró la falta de legitimación del Ministerio de Minas y Energía, con la precisión hecha en el numeral 11.2.1 de las consideraciones.

En su lugar, negará el amparo de tutela solicitado.

En mérito de lo expuesto, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

1. Se **revoca** la sentencia de primera instancia, proferida el 3 de noviembre de 2017 por la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, que declaró la falta de legitimación del Ministerio de Minas y Energía, con la precisión hecha en el numeral 11.2.1 de las consideraciones.
2. En su lugar, se **niega** el amparo de tutela solicitado.
3. **Notificar** la presente decisión a los interesados, por el medio más expedito.

¹⁰⁹ Cfr. Artículo 41.c de la Ley 1757 de 2015.

4. Enviar a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta sentencia se estudió y aprobó en sesión celebrada en la fecha.

MILTON CHAVES GARCÍA
Presidente de la Sala

STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO
Consejera

JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ
Consejero

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ
Consejero