



**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA**

CONSEJERA PONENTE: STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO

Bogotá D.C., veinticinco (25) de octubre de dos mil diecisiete (2017)¹

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA
Radicación: 11001-03-15-000-2017-02516-00
Demandante: MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA
Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER

Temas: Tutela contra providencia judicial. Control previo de constitucionalidad de consulta popular en asuntos mineros y de hidrocarburos. Tensión entre Estado unitario y autonomía territorial

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

La Sección Cuarta del Consejo de Estado procede a decidir la solicitud de tutela promovida por la entidad accionante, quien actúa mediante apoderado judicial, contra el Tribunal Administrativo de Santander, en la que pide el amparo constitucional del derecho fundamental al debido proceso vulnerado, supuestamente, con la providencia dictada el 16 de agosto de 2017, que declaró constitucional la pregunta formulada para la consulta popular que se va a realizar en el municipio de El Peñón, Santander.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

¹ Esta sentencia fue discutida y aprobada en sesión de la fecha.

La entidad demandante afirmó que el Concejo Municipal de El Peñón, aprobó la consulta popular con la siguiente pregunta:

“Está usted de acuerdo sí o no que en la jurisdicción del municipio de El Peñón, Santander, se realicen actividades de exploración y explotación minera y petrolera.”

Relató que el alcalde municipal de El Peñón remitió para revisión previa de constitucionalidad al Tribunal Administrativo de Santander, la consulta popular que se pondrá a consideración de los habitantes de la referida entidad territorial, autoridad judicial que encontró ajustada a la Carta Política la pregunta aprobada por el Concejo Municipal.

2. Fundamentos de la acción

La entidad demandante aseveró que la acción de tutela de la referencia, cumple con los **requisitos generales de procedencia** establecidos por la Corte Constitucional, en tanto (i) el asunto es de relevancia constitucional, en la medida que persigue la protección del derecho fundamental al debido proceso vulnerado por la autoridad judicial accionada al efectuar un control constitucional sobre el texto de la pregunta y no sobre la aplicación del mecanismo de participación; (ii) se agotó el trámite judicial previsto en el ordenamiento jurídico para efectuar el control de constitucionalidad de la consulta popular (subsidiaridad); (iii) la sentencia objeto de tutela se profirió el 15 de agosto de 2017 y la solicitud de amparo fue promovida el 25 de septiembre de 2017 (inmediatez); (iv) se identificaron los hechos que generan la vulneración del debido proceso y (v) no se dirige contra un fallo de tutela.

De otra parte, la actora manifestó que la autoridad judicial demandada incurrió en **desconocimiento del precedente judicial**, por cuanto la decisión adoptada se fundamentó en la sentencia T-445 de 2016², que tiene efectos *inter partes*, y no realizó un análisis profundo de las sentencias de la Corte Constitucional C-123 de 2014³, C-150 de 2015⁴, C-035 de 2016⁵ y C-273 de 2016⁶ y el fallo proferido por el Consejo de Estado, Sección Cuarta el 30 de mayo

² M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

³ M.P. Alberto Rojas Ríos.

⁴ M.P. Mauricio González Cuervo.

⁵ M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁶ *Ibíd.*

de 2017, en las que se hace referencia al requisito de concertación entre el Estado y las entidades territoriales con base en lo previsto en el artículo 288 de la Constitución Política, el cual establece que las competencias territoriales atribuidas a los distintos niveles territoriales serán ejercidas conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad. En su sentir, los mencionados pronunciamientos de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado permiten concluir que para adelantar las consultas populares donde se decida sobre cambios de uso del suelo por actividades minero energéticas, existe *“la obligación previa de concertación entre las autoridades nacionales y territoriales, el cual (sic) se decanta del artículo 288 de la Constitución Política”*⁷.

Así mismo, que la decisión judicial objeto de reproche constitucional **desatendió el artículo 21 de la Ley 1757 de 2015**, al considerar que la revisión de constitucionalidad de la pregunta que contiene la consulta popular del municipio de El Peñón, solo se realizó desde el punto de vista formal, cuando en realidad correspondía efectuar un estudio de fondo o material, a lo que agregó, que únicamente se refirió a la actividad minera, pasando por alto que la consulta también está dirigida a la actividad hidrocarburífera.

De igual modo, anotó que el municipio de El Peñón **no cumplió con lo dispuesto en el artículo 167 del Código General del Proceso (CGP)**, pues desconoció el deber de demostrar que se había agotado el requisito de concertación previo a la consulta popular.

Para sustentar los defectos alegados la entidad accionante efectuó algunas consideraciones en torno a (i) la restricción en la prestación de los servicios públicos con ocasión de la convocatoria a la consulta popular; (ii) la autosuficiencia energética y (iii) el estudio realizado por la Unidad de Planeación Minero Energética (UPME) para *“revisar y actualizar las variables del entorno nacional e internacional que impactan el desarrollo de la actividad exploratoria de hidrocarburos en Colombia y a partir de estas construir tres escenarios de incorporación de reservas de petróleo y gas con un horizonte mínimo de 20 años, incluyendo recursos convencionales y no convencionales, así como las inversiones asociadas a cada escenario”*⁸.

Finalmente, sostuvo que la proliferación indiscriminada de consultas populares a lo largo y ancho del país, puede poner en riesgo de abastecimiento de combustible el territorio nacional

⁷ Folio 18 (reverso) del cuaderno de tutela.

⁸ Folio 9 ibídem.

y que, en cierta forma, puede afectar en un futuro la prestación de servicios públicos domiciliarios de carácter esencial, como el gas natural, pues mediante dicho mecanismo de participación ciudadana se frenan la exploración, extracción, transporte y distribución del mencionado recurso.

3. Pretensiones

El apoderado del **Ministerio de Minas y Energías** formuló la siguiente petición:

“Atentamente solicitamos al Honorable Consejo de Estado declarar la inconstitucionalidad de la consulta popular convocada en El Peñón (Santander), toda vez que el Tribunal Administrativo de Santander violó el derecho fundamental al debido proceso contenido en la Carta Constitucional, teniendo en cuenta que dicha corporación omitió la revisión de los procedimientos establecidos en la ley, la jurisprudencia de las altas cortes y las competencias legales que cada autoridad del orden nacional y territorial tienen asignadas, así como los requisitos que deben observarse para que proceda la consulta popular que nos ocupa”.

4. Trámite procesal

En auto del 3 de octubre de 2017, se admitió la demanda y se ordenó notificar a la entidad actora y a la autoridad judicial demandada. Igualmente, al municipio de El Peñón, Santander, así como al Concejo Municipal de El Peñón y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, como terceros con interés⁹.

Por último, se negó la solicitud de medida provisional solicitada por la entidad accionante, toda vez que no se demostró la existencia de una situación urgente que ameritara la intervención previa del juez constitucional.

5. Escritos de coadyuvancia

⁹ Folios 39 del cuaderno No. 1. La notificación se realizó mediante correo electrónico y la página web del Consejo de Estado.

5.1. Asociación Colombiana del Petróleo

En escrito de 6 de octubre de 2017, el representante legal solicitó que se acceda al amparo solicitado por la entidad accionante y, que en consecuencia, se deje sin efectos la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Santander, por incurrir en defecto sustantivo. Para efectos de fundamentar su solicitud expresó los siguientes argumentos:

Indicó que el interés de la asociación en el asunto de la referencia se configura en la medida en que se pretende restringir el desarrollo de las actividades de exploración y producción de hidrocarburos en el municipio, circunstancia que genera importantes consecuencias no solo en el departamento de Santander, lo que establece un precedente preocupante para el desarrollo del sector hidrocarburífero y afecta de manera grave el desarrollo social y económico del país.

Manifestó que el Alcalde y el Concejo Municipal de El Peñón desconocen las limitaciones y restricciones establecidas en los artículos 8º y 51 de la Ley 134 de 1994, 18 de la Ley 1757 de 2015, en el sentido que las entidades territoriales no pueden convocar una consulta popular para decidir sobre asuntos de trascendencia nacional, como es el caso de la exploración, explotación, transporte y comercialización de los recursos del subsuelo, los cuales son propiedad exclusiva del Estado.

5.2. Ecopetrol S.A.

En escrito de 6 de octubre de 2017, la apoderada general de la entidad pidió que se tenga como tercero con interés, sustentando para tal efecto que el municipio de El Peñón se encuentra atravesado por el poliducto Sebastopol – Bogotá, que evacua productos refinados como gasolina, diésel y gasolina Yet para el centro del país, y por el poliducto de Oriente que es utilizado para diluir los crudos pesados que se extraen en la zona de la Orinoquía, y poderlos transportar a las refinerías de Barrancabermeja y Reficar.

Solicitó que se acceda a las pretensiones de la acción de tutela, en razón a que las limitaciones que se impongan a las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos, incidirán en el desarrollo de la actividad de transporte, pues se desdibuja la necesidad de la existencia de oleoductos y poliductos a lo largo del país, si a través de consultas populares se prohíbe la realización de estas actividades.

Anotó que la realización del mencionado mecanismo de participación ciudadana en El Peñón generará impactos colaterales para el desarrollo de las actividades que se realizan en las áreas colindantes al municipio, especialmente, en la provisión de mano de obra y bienes y servicios, e incluso efectos migratorios de personas que, buscando empleo se movilizan a otros municipios, principalmente en esta zona del país donde la población ha soportado sus principales fuentes de ingresos en la actividad petrolera.

Sostuvo que el contenido de la pregunta no garantiza que en el proceso de votación, los habitantes del municipio de El Peñón comprendan el fondo de lo que se cuestiona en la consulta popular.

Sostuvo que la autoridad judicial accionada desconoció lo establecido en las Leyes 1454 y 1551, ambas de 2011, que establecen que a las autoridades municipales al momento de ejercer sus competencias sobre asuntos del orden nacional, como la ejecución de proyectos mineros o de hidrocarburos, les corresponde concertar sus decisiones con las entidades estatales de los diferentes niveles.

5.3. Agencia Nacional de defensa Jurídica del Estado (ANDJE)¹⁰

En memorial de 6 de octubre de 2017, la directora de defensa jurídica nacional de la ANDJE solicitó que se conceda el amparo al Ministerio de Minas y Energía, con sustento en lo siguiente:

Frente al interés para actuar dentro del asunto de la referencia, afirmó que la ANDJE fue creada por la Ley 1444 de 2011, con el objeto de la “defensa y protección efectiva de los intereses litigiosos de la Nación”, conceptos que superan el interés de las partes del proceso, toda vez que se encuentran dirigidos a la protección efectiva del patrimonio público, la garantía de los derechos de la Nación y del estado y el respeto de los principios y postulados que sustentan el estado social de derecho. Además, la intervención se realiza con fundamento en lo dispuesto en el artículo 610 del Código General del Proceso (CGP), el cual faculta a esta entidad para actuar en los trámites judiciales que se lleven a cabo contra una entidad pública.

En relación con la explotación de los recursos naturales señaló que es un asunto de utilidad pública que recae únicamente dentro de las competencias de la Nación, como lo expresó la

¹⁰ A pesar de que la entidad se vinculó a la acción constitucional como tercero con interés presentó escrito de coadyuvancia, por lo que se le impartirá ese trámite.

Corte Constitucional en la Sentencia C-395 de 2012 al establecer una línea de interpretación relativa a la posibilidad de restringir, en esas materias, las competencias de las entidades territoriales.

Resaltó la importancia del análisis sobre el impacto de la consulta popular en el desarrollo del Municipio, lo que obliga a las autoridades locales que deciden impulsar estos mecanismos de participación, advertir los efectos de las decisiones que resulten de la aplicación de los mismos.

6. Oposición

6.1. Respuesta de la Alcaldía Municipal El Peñón

En escrito de 6 de octubre de 2017, el alcalde municipal solicitó que se rechacen las pretensiones de la entidad demandante, toda vez que en su sentir, el Tribunal Administrativo de Santander realizó una revisión previa de constitucionalidad con total apego al debido proceso.

Afirmó que en el trámite de control previo de constitucionalidad de la consulta popular, la autoridad judicial accionada evidenció que el Concejo Municipal de El Peñón cumplió con lo establecido en los artículos 21 y 32 de la Ley 1757 de 2015, así como el artículo 52 de la Ley 134 de 1994, frente a la elaboración del texto que se iba a someter a votación.

6.2. Respuesta del Concejo Municipal de El Peñón

En escrito del 6 de octubre de 2017, el presidente del cuerpo colegiado señaló que en la decisión adoptada mediante Acuerdo N° 022 de 22 de diciembre de 2016, *“por medio del cual se autoriza al alcalde Municipal para adelantar consulta popular con relación al uso del suelo para la minería extractiva de minerales pesados en el municipio de El Peñón”*, se tuvieron en cuenta las siguientes circunstancias:

El 13 de diciembre de 2016, el alcalde municipal presentó el proyecto de acuerdo con la exposición de motivos, en el que se indicó que *“el municipio tiene una riqueza de orden natural histórico y paleontológico las cuales deben ser protegidas dentro del territorio del municipio teniendo en cuenta el asentamiento de la cultura guane, igualmente la protección de las riquezas naturales y en general del ecosistema.”*

El 24 de mayo de 2017, el alcalde allegó al concejo municipal el concepto de conveniencia para el trámite de la consulta popular, dentro del cual se adjunta un estudio específico de las zonas agropecuarias, zonas de reserva forestal, características generales de la vegetación, la flora y la fauna, protección absoluta al turismo potencial, en razón a la localización de las cuevas, la hidrología y demás bosques forestales, así como la postura relativa a la inconveniencia de adelantar labores de minería en esa localidad.

Para terminar, hizo alusión al marco normativo de las consultas populares contenido en los artículos 31 y 32 de la Ley 1757 de 2015, 33 y 53 de la Ley 134 de 1994, para concluir que *“bajo nuestras facultades como Concejales del Municipio se evidencia la viabilidad de la consulta teniendo en cuenta que es mecanismo de participación ciudadana y el tema de la minería involucra nuestras facultades en pro de la comunidad”*.

6.3. Respuesta del Tribunal Administrativo de Santander

En escrito de 12 de octubre de 2017, el magistrado ponente pidió que se declarara la improcedencia de la acción de tutela, al considerar que no se evidencia la existencia de alguna actuación de la que se pueda derivar la vulneración de los derechos fundamentales aducidos por la entidad demandante.

Afirmó que la providencia atacada cumplió a cabalidad con las etapas propias del proceso, adoptándose el criterio que consideró ajustado a la legalidad, en virtud de la autonomía interpretativa de los jueces.

Sostuvo que durante el trámite del control previo de constitucionalidad de la consulta popular, se realizó un estudio sobre el cumplimiento de los requisitos formales de este mecanismo de participación y, luego se determinó que el texto sometido a consulta se ajustaba a la Carta Política y la ley.

Resaltó que en varios acápites de la decisión censurada se estudió la jurisprudencia constitucional que rige la materia, como las sentencias C-180 de 1994, C-795 de 2000, C-006 de 2002, C-123 de 2014 y T-445 de 2016, sin que se hubiese efectuado una interpretación errónea de las mismas.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

De conformidad con lo previsto en los artículos 86 de la Constitución Política, 29 del Decreto 2591 de 1991, el 13 del Acuerdo 58 de 1999, el 2º [c] del Acuerdo 055 de 2003 (reglamento interno), la Sección Cuarta del Consejo de Estado es competente para decidir el asunto objeto de estudio.

2. Cuestiones previas

2.1. Escritos de coadyuvancia

La Asociación Colombiana de Petróleo, Ecopetrol S.A. y la ANDJE presentaron escritos en los que coadyuvan las pretensiones de la acción de tutela presentada por la entidad demandante.

El artículo 13 del Decreto 2591 de 1991 establece que *“Quien tuviere un interés legítimo en el resultado del proceso podrá intervenir en él como coadyuvante del actor o de la persona o autoridad pública contra quien se hubiere hecho la solicitud”*.

Al respecto, la Corte Constitucional ha establecido que el coadyuvante es un tercero que interviene en el proceso antes de la sentencia de única o de segunda instancia, quien *“tiene con una de las partes una relación sustancial que, indirectamente, puede verse afectada si la parte a la que coadyuva obtiene un fallo desfavorable¹¹”*, sin embargo, ello no implica *“que éste pueda realizar planteamientos distintos o reclamaciones propias que difieran de las hechas por el demandante, pues de suceder esto se estaría realmente ante una nueva tutela, lo que desvirtuaría entonces la naturaleza jurídica de la coadyuvancia¹²”*. (Negrilla fuera del texto original)

¹¹Corte Constitucional, Sentencia T-304 de 1996, M.P. Jorge Arango Mejía.

¹² Corte Constitucional, Sentencia T-1062 de 2010, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

La Sala advierte que se trata de terceros con interés en el resultado del proceso, pues según los certificados de existencia y representación, Ecopetrol S.A. es una sociedad de economía mixta vinculada al Ministerio de Minas y Energía, que se encarga de la exploración, explotación, transporte y comercialización de hidrocarburos de la Nación, y la Asociación Colombiana del Petróleo tiene como objetivo general la promoción, desarrollo, divulgación y coordinación de estudios jurídicos, técnicos, económicos y estadísticos sobre la industria de los hidrocarburos en sus diversas ramas. Es decir, que las dos sociedades dedican su objeto social a actividades relacionadas con la industria de hidrocarburos, que es justamente el objeto de la consulta popular que se pretende realizar en El Peñón.

Adicionalmente, la intervención fue oportuna porque los escritos de coadyuvancia se presentaron antes de que se dictara la sentencia de tutela de primera instancia.

De igual manera, se tendrá como coadyuvante a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, en razón a que su función se orienta a defender los intereses de las entidades públicas de conformidad con lo previsto en la Ley 1444 de 2011 y el artículo 610 del CGP.

Siendo así, la Sala tendrá a Ecopetrol S.A., a la Asociación Colombiana del Petróleo y a la ANDJE como coadyuvantes de la parte actora, en los términos del artículo 71 del CGP. De igual modo, se reconocerá personería jurídica a la abogada Maciel María Osorio Madiedo, como apoderada de Ecopetrol S. A., de lo cual da cuenta la escritura pública N° 434 de 19 de octubre de 2010 suscrita ante la Notaría 62 del Círculo de Bogotá.

2.2. Legitimación en la causa por activa del Ministerio de Minas y Energía

La entidad accionante solicitó el amparo del derecho fundamental al debido proceso, el que consideró vulnerado por el Tribunal Administrativo de Santander con la decisión de 16 de agosto de 2017, en la que declaró la constitucionalidad de la pregunta que se pondrá a consideración de la ciudadanía en el municipio de El Peñón, en el marco de una consulta popular.

La Sala observa que dicha cartera ministerial no se hizo parte dentro del control previo de constitucionalidad que realizó la autoridad judicial demandada, por lo que podría no estar

legitimada en la causa por activa, toda vez que el artículo 21 de la Ley 1757 de 2015¹³, establece un término de 10 días de fijación en lista para que **los ciudadanos** presenten sus argumentos a favor o en contra de la constitucionalidad del proceso, por lo que, en principio, se creería que aquellos que no se hagan parte dentro de dicho trámite, no estarían legitimados para actuar dentro del asunto de la referencia.

No obstante, en este caso la Sala precisa que el Ministerio de Minas y Energía goza de legitimación en la causa por activa, pues el ámbito de aplicación de la referida disposición se delimita a los ciudadanos, a lo que se debe agregar que de conformidad con lo previsto en el artículo 2º del Decreto 381 de 2012, le corresponde a ese organismo, entre otras funciones, formular, adoptar, dirigir y coordinar la política nacional en materia de exploración, explotación, transporte, refinación, procesamiento, beneficio, transformación y distribución de minerales, hidrocarburos y biocombustibles.

3. Delimitación del debate constitucional y planteamiento de los problemas jurídicos

El apoderado del Ministerio de Minas y Energía y lo coadyuvantes de la parte actora consideran que el Tribunal Administrativo de Santander desconoció el derecho al debido proceso al declarar la constitucionalidad de la pregunta que se pondrá a consideración de los habitantes del municipio de El Peñón, Santander, en la consulta popular, en razón de las siguientes circunstancias: (i) desconoció el precedente judicial por cuanto la decisión objeto de tacha constitucional se fundamentó en la sentencia T-445 de 2016¹⁴, que tiene efectos *inter partes*, y dejó de analizar las sentencias de la Corte Constitucional C-123 de 2014¹⁵, C-035 de

¹³ **Artículo 21. Revisión previa de constitucionalidad.** No se podrán promover mecanismos de participación democrática sobre iniciativas inconstitucionales. Para tal efecto:

a). La Corte Constitucional revisará previamente el texto que se somete a referendo constitucional y el texto que se somete a consulta popular para la convocatoria a una Asamblea Constituyente;

b). Los tribunales de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo competentes se pronunciarán sobre la constitucionalidad del mecanismo de participación democrática a realizarse.

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.

¹⁴ M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

¹⁵ M.P. Alberto Rojas Ríos.

2016¹⁶ y C-273 de 2016¹⁷ y el fallo proferido por el Consejo de Estado, Sección Cuarta, el 30 de mayo de 2017, en las que se hace alusión al requisito de concertación entre el Estado y las entidades territoriales con base en lo previsto en el artículo 288 de la Constitución Política, en el que se hace referencia a que las competencias territoriales atribuidas a los distintos niveles territoriales serán ejercidas conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad. En su sentir, los mencionados pronunciamientos de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado permiten concluir que para adelantar las consultas populares donde se decida sobre cambios de uso del suelo por actividades minero energéticas, existe “*la obligación previa de concertación entre las autoridades nacionales y territoriales, el cual (sic) se decanta del artículo 288 de la Constitución Política*”¹⁸; (ii) pasó por alto **el artículo 21 de la Ley 1757 de 2015**, al considerar que la revisión de constitucionalidad de la pregunta que contiene la consulta popular del municipio de El Peñón, solo se realizó desde el punto de vista formal, cuando en realidad correspondía efectuar un estudio de fondo o material, a lo que agregó, que únicamente se refirió a la actividad minera, pasando por alto que la consulta también está dirigida a la actividad hidrocarburífera y (iii) el municipio de El Peñón **no cumplió con lo dispuesto en el artículo 167 del Código General del Proceso (CGP)**, pues desconoció el deber de demostrar que se había agotado el requisito de concertación previo a la consulta popular.

Aun cuando la entidad accionante alude a varias sentencias dictadas por la Corte Constitucional en el control abstracto de constitucionalidad, la Sala abordará su estudio como un defecto sustantivo en tanto se trata de fallos que hacen tránsito a cosa juzgada constitucional con efectos *erga omnes*. El mismo defecto se abordará respecto del supuesto desconocimiento de los artículos 21 de la Ley 1757 de 2015 y 167 del CGP.

Así las cosas, le corresponde a la Sala resolver los siguientes problemas jurídicos:

¿La autoridad judicial accionada incurrió en un defecto sustantivo al pasar por alto las sentencias C-123 de 2014¹⁹, C-035 de 2016²⁰ y C-273 de 2016²¹, en las que supuestamente se estableció el requisito de la concertación previa para adelantar una

¹⁶ M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹⁷ *Ibíd.*

¹⁸ Folio 18 (reverso) del cuaderno de tutela.

¹⁹ M.P. Alberto Rojas Ríos.

²⁰ M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

²¹ *Ibíd.*

consulta popular a nivel territorial, lo que llevó a que se desconociera el artículo 288 de la Constitución Política? De igual manera, ¿se desconoció el artículo 167 del CGP por cuanto la entidad territorial no demostró la realización de la concertación previa?

¿El Tribunal Administrativo de Santander desconoció el artículo 21 de la Ley 1757 de 2015, en tanto pasó por alto, presuntamente, realizar control de constitucionalidad material a la pregunta que se va a poner en consideración de la ciudadanía Peñonera, estudio que únicamente delimitó a la actividad minera cuando también se está consultando sobre cuestiones de hidrocarburos?

¿El Tribunal demandado incurrió en desconocimiento del precedente judicial contenido en la sentencia de tutela de 30 de mayo de 2017²², emanada de la Sección Cuarta del Consejo de Estado en el marco de la consulta popular de hidrocarburos de Cumaral, Meta?

4. Procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales

El artículo 86 de la Constitución Política señala que toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, “cuando quiera que estos resulten vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”, mandato que materializa las obligaciones internacionales contenidas en los artículos 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos²³ y 2.3 literal a) del Pacto de Derechos Civiles y Políticos²⁴, instrumentos que hacen parte de la legislación interna en virtud del bloque de constitucionalidad (art. 93 de la Carta).

Esta corporación judicial en la sentencia de unificación emanada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el 31 de julio de 2012²⁵, acogió la tesis de admitir la procedencia excepcionalísima de la solicitud de tutela contra providencias judiciales, cuando se advierta una manifiesta vulneración *iusfundamental*. En aquél entonces, este tribunal dijo:

²² M. P. (E) Stella Jeannette Carvajal Basto. Exp. 11001-03-15-000-2017-01198-00.

²³ Aprobada por medio de la Ley 16 de 1972.

²⁴ Aprobado por medio de la Ley 74 de 1968.

²⁵ Expediente N° 2009-01328-01, C. P. María Elizabeth García González.

*“De lo que ha quedado reseñado se concluye que si bien es cierto que el criterio mayoritario de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha sido el de considerar improcedente la acción de tutela contra providencias judiciales, no lo es menos que las distintas Secciones que la componen, **antes y después del pronunciamiento de 29 de junio de 2004 (Expediente AC-10203)**, han abierto paso a dicha acción constitucional, de manera excepcional, cuando se ha advertido la vulneración de derechos constitucionales fundamentales, de ahí que se modifique tal criterio radical y se admita, como se hace en esta providencia, que debe acometerse el estudio de fondo, cuando se esté en presencia de providencias judiciales que resulten violatorias de tales derechos, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento Jurisprudencialmente. En consecuencia, en la parte resolutive, se declarará la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales”.*

Más adelante, la misma Sala en sentencia de unificación del 5 de agosto de 2014²⁶, precisó el ámbito de aplicación de la acción de tutela contra providencias judiciales, lo que llevó a concluir que su procedencia se debe predicar, también, respecto *“de sus máximos tribunales”*, en tanto se trata de *autoridades públicas* que *“pueden eventualmente vulnerar los derechos fundamentales de personas”*. En la misma decisión, el Consejo de Estado acogió las condiciones de aplicación que sistematizó la Corte Constitucional en la sentencia C-590 de 2005²⁷.

Los requisitos generales de procedencia que deben ser cuidadosamente verificados, son: **a.** Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional; **b.** Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada; **c.** Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración (...); **d.** Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora (...); **e.** Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible (...) y **f.** Que no se trate de sentencias de tutela.

Ahora bien, los requisitos específicos de procedencia que ha precisado la jurisprudencia

²⁶ Expediente N° 2012-02201-01, C. P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

²⁷ M. P. Jaime Córdoba Triviño.

constitucional en la misma sentencia C-590 de 2005, son los siguientes: **a. Defecto orgánico**, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello; **b. Defecto procedimental absoluto**, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido; **c. Defecto fáctico**, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión; **d. Defecto material o sustantivo**, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión; **f. Error inducido**, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales; **g. Decisión sin motivación**, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional; **h. Desconocimiento del precedente**, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado e **i. Violación directa de la Constitución**.

Al juez de tutela le corresponde verificar el cumplimiento estricto de todos los requisitos generales de procedencia, de tal modo que una vez superado ese examen formal pueda constatar si se configura, por lo menos, uno de los defectos arriba mencionados, siempre y cuando, en principio, hayan sido alegados por el interesado. Estos presupuestos han sido acogidos en reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo²⁸ y de la Corte Constitucional²⁹.

En definitiva, la acción de tutela contra providencias judiciales, como mecanismo excepcional, se justifica en el carácter prevalente que se debe dar a la cosa juzgada (*res judicata*) y a los principios constitucionales de autonomía e independencia del juez natural, atributos que debe

²⁸ Cfr., Sentencia del 7 de diciembre de 2016, C. P. Stella Jeannette Carvajal Basto (exp. 2016 00134-01), Sentencia del 7 de diciembre de 2016, C. P. Carlos Enrique Moreno Rubio (exp. N° 2016-02213-01), Sentencia del 24 de noviembre de 2016, C. P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez (exp. N° 2016-02568-01, Sentencia del 27 de noviembre de 2016, C. P. Roberto Augusto Serrato Valdés, entre otras.

²⁹ Cfr., Sentencias SU-556 de 2016, M. P. María Victoria Calle Correa, SU-542 de 2016, M. P. Gloria Stella Ortíz Delgado, SU-490 de 2016, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, SU-659 de 2015, M. P. Alberto Rojas Ríos y SU-874 de 2014, M. P. Martha Victoria Sáchica Méndez, entre otras.

tener en consideración el juez constitucional al momento de estudiar la constitucionalidad de cualquier fallo.

5. Estudio y solución del caso concreto

5.1. Verificación de los requisitos generales de procedencia

El caso bajo estudio supera los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, pues (i) goza de relevancia constitucional, en tanto se debe definir si la autoridad judicial accionada desconoció el derecho fundamental al debido proceso del Ministerio de Minas y Energía en la providencia objeto de tutela; (ii) las Leyes 134 de 1994 y 1757 de 2015, no establecen la procedencia de ningún recurso contra la sentencia que resuelve el control previo de constitucionalidad de la convocatoria a una consulta popular del orden municipal junto con el texto de la pregunta, por lo que se encuentra acreditado el requisito de la subsidiariedad; (iii) el fallo del Tribunal Administrativo de Santander se dictó el 16 de agosto de 2017³⁰ y la solicitud de amparo se formuló el 25 de septiembre de 2017 (**1 mes y 9 días**), por lo que se concluye que fue interpuesta dentro de un término razonable³¹; (iv) los hechos y pretensiones fueron desarrollados de manera clara, de tal manera que se puede determinar el debate jurídico y, por último, (v) no se trata de tutela contra una decisión de la misma naturaleza.

Constatado el cumplimiento de los requisitos generales de procedibilidad, pasa la Sala a efectuar el estudio de fondo.

5.2. El Tribunal Administrativo de Santander no incurrió en los defectos alegados

³⁰ No se pudo constatar fecha de notificación de la providencia.

³¹ Expediente: 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ). Demandante: Alpina Productos Alimenticios S.A. Demandado: Consejo de Estado, Sección Primera. M.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez. En esta sentencia se establece el término de seis meses contados a partir de la notificación de la sentencia objeto de tutela. En igual sentido, Corte Constitucional sentencia T-031 de 2016. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

5.2.1. Primer problema jurídico: ¿La autoridad judicial accionada incurrió en un defecto sustantivo al pasar por alto las sentencias C-123 de 2014³², C-035 de 2016³³ y C-273 de 2016³⁴, en las que supuestamente se estableció el requisito de la concertación previa para adelantar una consulta popular a nivel territorial? De igual manera, ¿se desconoció el artículo 167 del CGP en tanto la entidad territorial no demostró la realización de la concertación previa?

La Constitución Política de 1991 desde el preámbulo señala “*un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo*”. De este contenido ideológico, el cual la Corte Constitucional resaltó que ostenta valor normativo³⁵, es decir tiene carácter vinculante, se desprende todo un ordenamiento encaminado a la construcción de una democracia participativa.

La calificación de la democracia como participativa constituye el punto de partida para el reconocimiento de diferentes derechos cuya titularidad se atribuye a los ciudadanos, a las organizaciones sociales y a los movimientos y partidos políticos. De ahí, que en el artículo 3° de la Constitución Política se indique que “*la soberanía reside exclusivamente en el pueblo*”, lo cual junto con el artículo 40 Superior, enuncia los principales derechos fundamentales que se derivan de dicha comprensión³⁶.

Con fundamento en lo anterior, el artículo 103 de la Carta Política incluye los mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía, a saber: el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato.

Ahora bien, el artículo 93 de la Constitución, como principal norma de reenvío al derecho internacional, ha permitido incorporar al ordenamiento jurídico instrumentos internacionales que se refieren a la participación ciudadana, por lo que son de ineludible cumplimiento por parte de las autoridades del Estado (judiciales y administrativas).

³² M.P. Alberto Rojas Ríos.

³³ M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

³⁴ *Ibíd.*

³⁵ Sentencia C-479 de 1992, Magistrados Ponentes: José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero.

³⁶ Cfr. Sentencia C-150 de 2015, M. P. Mauricio González Cuervo.

El artículo XX de la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, señala que *“toda persona, legalmente capacitada, tiene derecho a tomar parte en el gobierno de su país, directamente o por medio de sus representantes, y de participar en las elecciones populares, que serán de voto secreto, genuinas, periódicas y libres”*.

Así mismo, el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos, establece el derecho a *“participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos”*.

La Carta Democrática de la Organización de los Estados Americanos dispone en el artículo 6 que *“La participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo es un derecho y una responsabilidad. Es también una condición necesaria para el pleno y efectivo ejercicio de la democracia. Promover y fomentar diversas formas de participación fortalece la democracia.”*

Por su parte el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³⁷ prevé que, sin restricciones indebidas, las personas gozarán del derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos, del derecho a votar y ser elegidas en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y del derecho a tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas.

En ese orden de ideas, el reconocimiento de la participación ciudadana en la Carta Política e instrumentos internacionales como un derecho, se traduce en la posibilidad que tienen los ciudadanos, además de concurrir a los diferentes actos electorales, a que sus decisiones tengan efectos políticos y jurídicos, lo que se enmarca en el modelo de democracia participativa contemplado en el ordenamiento superior.

³⁷ Artículo 25

Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades:

- a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;*
- b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores;*
- c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.*

La Constitución Política de 1991 establece en el artículo 1° que, *“Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales”*, lo que implica que exista centralismo político pero con una descentralización administrativa, fiscal y funcional, toda vez que se propende por una mayor participación de los ciudadanos en el manejo de sus propios asuntos locales, de lo cual da cuenta el artículo 287 superior en el que se establece que las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley, tendrán derecho a (i) gobernarse por autoridades propias; (ii) ejercer las competencias que les corresponde; (iii) administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones y (iv) participar en las rentas nacionales.

Este modelo de Estado se instauró con el fin de fortalecer las instituciones y tener mayor eficacia y eficiencia al momento de cumplir con sus cometidos. En abstracto dicha organización es viable, pero en concreto se pueden presentar tensiones frente a asuntos que pueden ser propios de las entidades territoriales como del sector central.

La Constitución Política en el artículo 288 establece los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad, los cuales rigen las competencias atribuidas a los distintos niveles territoriales, a fin de garantizar armonía entre las competencias atribuidas a los distintos niveles.

La Corte Constitucional en sentencia C-123 de 2014³⁸, resaltó que en el caso de la exploración y explotación minera, lo que se puede extender a los hidrocarburos³⁹, los citados principios que gobiernan el ejercicio de competencias territoriales pueden entrar en tensión. En este sentido, destacó que si bien puede interpretarse que hay un privilegio por el principio constitucional de organización unitaria del Estado (artículo 1 de la Constitución) y los artículos 332 y 334 de la Constitución que privilegian la posición de la Nación en la determinación de las políticas relativas a la explotación de recursos naturales, también es necesario tener en cuenta otras disposiciones constitucionales *“de igual valía dentro de la organización del Estado, como son los principios de autonomía y descentralización de que gozan las entidades territoriales para la gestión de sus intereses-artículo 287 de la Constitución, y de coordinación y concurrencia artículo 288 ibídem-, que se deben acatar al hacer el reparto de*

³⁸ M.P.: Alberto Rojas Ríos.

³⁹ Así lo sostuvo esta Sección en la sentencia de 30 de mayo de 2017. Expediente 11001-03-15-000-2017-01198-00. M. P. Stella Jeannette Carvajal Basto (E.).

competencias entre la Nación y, en este caso, los municipios y distritos”.

En este fallo, la Corte Constitucional destacó la necesidad de encontrar una solución que permita aplicar de manera armónica el contenido de los principios que se encuentran en tensión y concluyó que en *“el proceso de autorización para la realización de actividades de exploración y explotación minera- cualquiera sea el nombre que se dé al procedimiento para expedir dicha autorización por parte del Estado- se tengan en cuenta los aspectos de coordinación y concurrencia, los cuales se fundan en el principio constitucional de autonomía territorial. En este sentido, una autorización al respecto deberá dar la oportunidad a las entidades municipales o distritales involucradas de participar activa y eficazmente en dicho proceso, mediante acuerdos sobre la protección de cuencas hídricas y la salubridad de la población, así como, del desarrollo económico, social y cultural de las comunidades”.*

Asimismo, en la sentencia C-035 de 2016⁴⁰, la Corte Constitucional analizó la constitucionalidad del artículo 20 de la Ley 1753 de 2015, Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018, sobre Áreas de Reserva para el Desarrollo Minero. En tal ocasión, esa Corporación judicial declaró la exequibilidad condicionada de la precitada disposición *“con fundamento en la necesidad de armonizar la tensión constitucional entre las facultades del Estado para extraer recursos de su propiedad, y la autonomía de las entidades territoriales, en especial para reglamentar los usos del suelo”.*

La Corte resaltó que el artículo 332 de la Carta Política señala que el Estado es propietario de los recursos del subsuelo, mientras que los artículos 287 y 288 de la Carta establecen la autonomía de las entidades territoriales en el manejo de los asuntos que los afectan, la capacidad de planificar el desarrollo local y la facultad para reglamentar los usos del suelo.

Igualmente, señaló que la disposición demandada *“no consagra un mecanismo para preservar la autonomía de las entidades territoriales para adoptar decisiones en las cuestiones que las afecten, ni su capacidad para reglamentar los usos del suelo, ni garantiza la participación ciudadana en las decisiones que los afectan”.* Por consiguiente, consideró que para **“garantizar la armonización de las facultades de la nación y de los municipios conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad, la Autoridad Nacional Minera y el Ministerio de Minas deben concertar la selección de las áreas de reserva**

⁴⁰ M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado.

especial minera con las autoridades municipales” (Negrilla y subraya de la Sala).

Posteriormente, la Corte Constitucional en sentencia C-273 de 2016⁴¹, declaró la inexecutable del artículo 37 del Código de Minas por desconocimiento del principio de reserva de ley orgánica. En aquel entonces, sobre el tema que ocupa la atención de la Sala sostuvo:

“la organización del territorio a partir de su potencial minero, por sí mismo, corresponde al ejercicio de una actividad propia de la administración nacional, que se ajusta al carácter unitario del Estado. Sin embargo, el ejercicio de esta actividad de ordenación del territorio de manera exclusiva por una entidad del nivel central sí puede tener un impacto significativo sobre la autonomía de las autoridades municipales para planificar y ordenar sus territorios. La extracción de recursos naturales no renovables no sólo afecta la disponibilidad de recursos en el subsuelo sino también modifica la vocación general del territorio, y en particular, la capacidad que tienen las autoridades territoriales para llevar a cabo un ordenamiento territorial autónomo. En esa medida tiene que existir un mecanismo que permita la realización del principio de coordinación entre las competencias de la Nación para regular y ordenar lo atinente a la extracción de recursos naturales no renovables y la competencia de las autoridades municipales para planificar, gestionar sus intereses y ordenar su territorio, con criterios de autonomía.”

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

⁴¹ *Ibíd.*

punto de vista ambiental, arqueológico y cultural, entre otras facetas.

Descendiendo al caso bajo estudio, la Sala observa que la decisión objeto de reproche constitucional al abordar lo relativo a la competencia del alcalde municipal de El Peñón, aun cuando no mencionó las sentencias C-035 de 2016 y C-276 de 2016, sí hizo precisa referencia a la sentencia C-123 de 2014, en la que se efectuó el estudio de constitucionalidad del artículo 37 de la Ley 685 de 2001 (Código de Minas), disposición que fue declarada exequible 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 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.

Fue justamente la aplicación de esa regla jurisprudencial precisada por la Corte Constitucional, y reiterada en las sentencias C-035 de 2016 y C-276 de 2016, la que le permitió al Tribunal Administrativo de Santander arribar a la conclusión de que **(i) “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”** (negritas y subrayas de la Sala).

A juicio de la Sala, el aparte transcrito permite arribar a las siguientes conclusiones:

- (i) Con base en el contexto en el que se dictó la sentencia C-123 de 2014, los mandatarios municipales o departamentales no están privados de formular consultas populares sobre asuntos que hagan relación con la actividad minera, supuesto que se puede extender a los hidrocarburos, pues ello cercenaría el principio de autonomía territorial previsto en el artículo 287 de la Constitución.

- (ii) La convocatoria a consultas populares no está supeditada a la realización de una concertación previa entre las entidades del orden nacional y territorial.
- (iii) En cualquier caso, las decisiones relativas a la ejecución de proyectos mineros deben ser concertadas en aplicación de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad previstos en el artículo 288 de la Constitución.

Con base en lo anterior, la Sala no encuentra que el Tribunal Administrativo de Santander haya pasado por alto la regla de derecho precisada por la Corte Constitucional en las sentencias C-123 de 2014, C-035 de 2016 y C-273 de 2016, que alude al deber del Estado y las entidades territoriales de acordar las medidas necesarias para la protección del ambiente sano cuando se trate de la realización de actividades de exploración y explotación minera y de hidrocarburos, teniendo como parámetro los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad, condición que, se reitera, esa Corporación judicial no ha establecido que se deba realizar de manera previa, pues ello llevaría a desconocer el principio de autonomía territorial contenido en el artículo 287 de la Constitución.

Por último, con respecto a la supuesta falta de aplicación del artículo 167 del CGP⁴², relacionado con el deber de probar la realización de la concertación de manera previa, lo cual en sentir de la entidad demandante no cumplieron las autoridades del municipio, la Sala se relevará de su estudio por sustracción de materia pues como quedó indicado en precedencia, no requiere que se lleve a cabo de manera previa.

⁴² **ARTÍCULO 167. CARGA DE LA PRUEBA.** *Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares. Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código. Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.*

Lo anteriormente expuesto, permite concluir que la decisión objeto de tacha constitucional no incurrió en el defecto alegado por desconocimiento de las sentencias C-123 de 2014, C-035 de 2016 y C-276 de 2016, ni del artículo 167 del CGP.

5.2.2. Segundo problema jurídico: ¿El Tribunal Administrativo de Santander desconoció el artículo 21 de la Ley 1757 de 2015, en tanto pasó por alto, presuntamente, realizar control de constitucionalidad material a la pregunta que se va a poner a consideración de la ciudadanía Peñonera, estudio que únicamente delimitó a la actividad minera pasando por alto que también se está consultando sobre cuestiones de hidrocarburos?

Observa la Sala que la autoridad judicial accionada realizó un estudio de forma y de fondo del mecanismo de participación ciudadana (consulta popular), por cuanto se verificó cada uno de los aspectos que establecen las Leyes 134 de 1994 y 1757 de 2015, cuando se trata de iniciativas de origen gubernamental a nivel territorial. En este sentido, expresó lo siguiente:

“Previo al estudio de constitucionalidad por el Tribunal Administrativo, deberá existir la convocatoria realizada por el Alcalde Municipal de El Peñón suscrita por los secretarios de Despacho, el concepto favorable emitido por el Concejo Municipal respectivo, a su conveniencia, trámite que se cumplió conforme a los documentos que se anexaron con la petición de revisión.”

Asimismo, en relación con la viabilidad jurídica de la consulta popular adelantada por un alcalde municipal sobre proyectos mineros y energéticos, el Tribunal efectuó un análisis juicioso a partir de los pronunciamientos emanados de la Corte Constitucional, en los siguientes términos:

“Ahora, frente a la actividad minera, la H. Corte Constitucional ha estudiado el impacto en los territorios donde se desarrolla o donde se pretende desarrollar, la actividad minera concluyendo que indefectiblemente dicha actividad tiene la potencialidad de afectar el medio ambiente, el suelo, subsuelo de los territorios, otras industrias productivas, el orden público en un municipio y por ende afectar este tipo de actividades.

Resaltó además que “(...) resulta evidente que la adecuada participación en las decisiones que afectan a los habitantes de un municipio debe ser imperativo

necesario para dotar de legitimidad las decisiones de la administración en todo orden, y tal como lo estableció la H. Corte Constitucional, la consulta popular de carácter municipal es un mecanismo de participación que le permite a los habitantes manifestar su opinión de cara a un aspecto específico, y en esa medida el componente ambiental no está excluido de su órbita de competencias (...)”.

También abordó el estudio de la pregunta que se pondrá a consideración de la ciudadanía Peñonera (¿está usted de acuerdo sí o no con que en la jurisdicción del municipio de El Peñón Santander, se realicen actividades de exploración y explotación minera y petrolera?), respecto de la cual determinó que no era confusa ni sugestiva, por lo que brindaba plena claridad al ciudadano. En concreto expresó:

“Se insiste, la pregunta no es sugestiva ni confusa. Al contrario, es simple y clara, dirigida al ciudadano común y contiene la información básica para que no haya lugar a equívocos por parte de la comunidad. Por lo que en conclusión, la pregunta tal y como está formulada, no ofrece ningún reparo, pues señala los límites geográficos en los cuales se ejecutaría eventualmente las actividades sobre las cuales se requiere preguntar a la población, no es sugestiva, pues no promueve una respuesta negativa o afirmativa por parte del elector y determina en concreto la actividad a realizarse, esto es, actividad minera y petrolera”.

Lo dicho por la autoridad judicial demandada permite colegir que la pregunta aprobada por el Concejo Municipal de El Peñón, no desconoce la exigencia constitucional (C-551 de 2003) de lealtad y claridad, en tanto no fue redactada con la intención de manipular o de direccionar la voluntad de ciudadano, análisis que para la Sala es razonable. Agréguese a lo anterior, como lo sostuvo la Corte Constitucional en la sentencia T-445 de 2016⁴³, que en el control de constitucionalidad de las consultas populares *“los tribunales administrativos deben en la medida de lo posible limitarse a ejercer el control constitucional de la manera más garantista posible al derecho de participación ciudadana (formal-participativo)”*, pues respecto de la norma jurídica que resulte proceden los medios judiciales de control previstos en el ordenamiento jurídico contra los actos administrativos o las leyes de la República.

⁴³ M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Para concluir, en lo que se refiere al cargo relativo a que el fallo objeto de tutela no dijo nada sobre la actividad de exploración y explotación de hidrocarburos en algunos apartes, se debe aclarar que la lectura de la providencia no puede realizarse de manera aislada, puesto que del análisis sistemático de la misma se desprende que el estudio recayó sobre la totalidad de la pregunta de la consulta popular, lo que sugiere que están incluidas las actividades minera y la de hidrocarburos.

En definitiva, la Sala no observa el desconocimiento del artículo 21 de la Ley 1757 de 2015, en tanto el control efectuado por el Tribunal demandado incluyó el análisis formal y material de la pregunta puesta a su consideración, así como lo relativo a la actividad hidrocarburífera.

5.2.3. Tercer problema jurídico: ¿El Tribunal demandado incurrió en desconocimiento del precedente judicial contenido en la sentencia de tutela de 30 de mayo de 2017⁴⁴, emanada de la Sección Cuarta del Consejo de Estado en el marco de la consulta popular de hidrocarburos del municipio de Cumaral?

Aun cuando la entidad demandante no es clara y precisa en relación con este defecto, pues solo se limitó a indicar que no se hizo un análisis profundo de la línea jurisprudencial precisada por la Corte Constitucional en el control abstracto de constitucionalidad (C-123 de 2014, C-035 de 2016 y C-276 de 2016), lo que ya fue abordado en precedencia, hace alusión, adicionalmente, a la sentencia dictada el 30 de mayo de 2017 con ocasión de la acción de tutela promovida contra el fallo proferido por el Tribunal Administrativo del Meta que declaró la constitucionalidad de la pregunta que se puso a consideración de la ciudadanía de Cumaral, sin sustentar en qué radica su desconocimiento.

Empero, a juicio de la Sala los asuntos abordados en esa oportunidad distan del que ahora se debe decidir, pues en aquella ocasión se cuestionó (i) si fue irregular el trámite de la consulta popular por haber mutado de consulta popular a consulta de origen gubernamental, iniciativa que no contó con el respectivo análisis de financiación y de impacto fiscal previsto en el artículo 7 de la Ley 819 de 2003; (ii) si la entidad territorial tenía competencia para convocar a la consulta popular sobre el desarrollo de actividades de la industria de hidrocarburos y (iii) si el estudio de constitucionalidad de la pregunta atendió los parámetros fijados en los artículos

⁴⁴ M. P. (E) Stella Jeannette Carvajal Basto. Exp. 11001-03-15-000-2017-01198-00.

52 de la Ley 134 de 1994 y 38 literal b) de la Ley 1757 de 2015, cuestiones que en nada coinciden con el estudio efectuado en esta oportunidad.

Lo anteriormente expuesto, es suficiente para concluir que no se desconoció la sentencia dictada el 30 de mayo de 2017, pues a pesar de que el debate gravitó en una consulta popular, los problemas jurídicos que se abordaron y resolvieron en aquel entonces, como se acaba de indicar, fueron diametralmente opuestos a los que ocupan la atención de la Sala. De esta manera, no se advierte un desconocimiento del precedente judicial, en los términos planteados por el Ministerio de Minas y Energía.

6. Cuestión final: Los efectos de la decisión adoptada en la consulta popular

La entidad demandante se refirió, también, a los efectos de la consulta popular minera y de hidrocarburos, para lo cual trajo a colación el precitado fallo de tutela de 30 de mayo de 2017 (folio 19 del escrito de tutela).

La Sala debe insistir en que la decisión que adopta el pueblo es definitiva, en cuanto pone fin al proceso de consulta popular, lo que no supone la imposibilidad de que las autoridades nacionales y territoriales puedan realizar un ejercicio de concertación *ex post* que permita la construcción de una política minera e hidrocarburífera sostenible, conforme a los principios que consagra el artículo 288 superior. Además, es obligatoria, porque exige al gobernante incorporarla al ordenamiento jurídico, mediante una ley, reglamento o acto administrativo de contenido particular y concreto, si es del caso, como pasa a explicarse.

Después de cumplir los requisitos y el procedimiento previsto en la ley para la consulta popular, se procede a la votación. Para aprobar la consulta popular se requiere el voto afirmativo de la mitad más uno de los sufragios válidos y que participen no menos de la tercera parte de los electores que componen el respectivo censo electoral. Si la pregunta sometida a consulta no supera ese umbral mínimo de participación, la consulta popular no prospera y finaliza la actuación.

La decisión que cumple con el umbral mínimo de participación exigido es definitiva y obligatoria, tal y como lo establecen los artículos 104⁴⁵ CP, 55⁴⁶ de la Ley 134 de 1994 y 41⁴⁷, literal c), de la Ley 1757 de 2015. Justamente por el carácter definitivo y obligatorio de la decisión, la Corte Constitucional⁴⁸ ha sostenido que la consulta popular es una manifestación de contenido político con plenas consecuencias jurídicas, en tanto el pueblo se pronuncia sobre una cuestión importante de interés nacional, regional o local. Luego, ese pronunciamiento obliga al gobernante y debe incorporarse al ordenamiento jurídico nacional, regional o local, según sea el caso, mediante la expedición de leyes, reglamentos o actos administrativos de contenido particular y concreto.

En el nivel territorial, que es el que aquí interesa, debe tenerse en cuenta el contenido de la consulta popular, pues si la consulta abordó asuntos de carácter general, la decisión dará lugar a la expedición de reglamentos⁴⁹, actos normativos: decretos, acuerdos municipales u ordenanzas departamentales, según el caso. Pero si se trató de asuntos particulares y concretos, la decisión dará lugar a la expedición de actos administrativos de contenido particular y concreto.

⁴⁵ Artículo 104. El Presidente de la República, con la firma de todos los ministros y previo concepto favorable del Senado de la República, podrá consultar al pueblo decisiones de trascendencia nacional. **La decisión del pueblo será obligatoria.** La consulta no podrá realizarse en concurrencia con otra elección.

⁴⁶ Artículo 55º.- *Decisión del pueblo. La decisión tomada por el pueblo en la consulta, será obligatoria.* Se entenderá que ha habido una decisión obligatoria del pueblo, cuando la pregunta que le ha sido sometida ha obtenido el voto afirmativo de la mitad más uno de los sufragios válidos, siempre y cuando haya participado no menos de la tercera parte de los electores que componen el respectivo censo electoral.

⁴⁷ Artículo 41. Carácter de la decisión y requisitos. **La decisión del pueblo será obligatoria** en todo mecanismo de participación democrática cuando se cumpla con los siguientes requisitos:

(...)

c) En la Consulta popular que la pregunta sometida al pueblo haya obtenido el voto afirmativo de la mitad más uno de los sufragios válidos, siempre y cuando haya participado no menos de la tercera parte de los electores que componen el respectivo censo electoral;

⁴⁸ Ver, entre otras, la sentencia T 123 de 2009.

⁴⁹ El acto normativo o reglamento es el llamado también acto administrativo de contenido general, impersonal y abstracto, por cuanto, al igual que la ley, de modo general, manda, prohíbe, permite y sanciona. Es fuente secundaria de derecho administrativo. El acto administrativo de contenido particular y concreto, en cambio, es el que denominamos propiamente acto administrativo, en cuanto materializa o particulariza la ley y el propio reglamento a una situación específica. Es el que aplica al caso las fuentes del derecho administrativo. La expresión «acto administrativo» suele utilizarse indistintamente para denotar una u otra figura. Pero sin duda son categorías bien distintas.

Resulta de suma importancia determinar cuáles son los efectos que producen esos actos jurídicos que se expiden en virtud de la decisión del pueblo, en especial, de los actos normativos o reglamentos, pues de ese modo se determina qué pasará con las situaciones jurídicas de los sujetos que, al amparo de la normativa anterior, ganaron un derecho o tuvieron que cumplir una carga.

Los actos administrativos y los actos reglamentos tienen como característica la ejecutividad. Es decir, que tienen fuerza normativa y, por ende, obligan tanto a la autoridad que lo profiere como a los destinatarios del acto. En virtud de esa fuerza normativa, dichos actos empiezan a regir desde el momento en que adquieren firmeza⁵⁰ y quedan debidamente notificados o publicados. En palabras de la Corte Constitucional⁵¹: *«La regla general es que el acto administrativo entre en vigencia desde el momento de su expedición, siempre y cuando se hayan cumplido los requisitos de publicación o notificación según sea el caso. En consecuencia, el acto administrativo que no haya sido publicado o notificado será un acto ineficaz, esto es que no producirá efectos, lo que no quiere decir, desde luego, que sea nulo o inexistente. El acto administrativo es válido desde que se expide, pero su contenido únicamente vincula y se impone desde el momento en que se cumplen los requisitos de publicación o notificación, según se trate de actos de contenido general y abstracto o de actos de contenido particular y concreto respectivamente».*

De modo que si la decisión del pueblo en una consulta popular impone la expedición de actos administrativos normativos, reglamentos, los efectos de la decisión serán hacia el futuro, es decir, empiezan a regir desde el momento en que se profiere y publica. Solo desde la publicación en el medio autorizado tendrán efectos vinculantes y siempre hacia futuro.

Esa precisión es importante porque los ciudadanos conservarán los derechos o cargas que se otorgaron o impusieron hasta antes de la expedición del acto jurídico (acto administrativo o

⁵⁰ Según el artículo 87 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA), la firmeza ocurre:

1. Cuando contra ellos no proceda ningún recurso, desde el día siguiente al de su notificación, comunicación o publicación según el caso.
2. Desde el día siguiente a la publicación, comunicación o notificación de la decisión sobre los recursos interpuestos.
3. Desde el día siguiente al del vencimiento del término para interponer los recursos, si estos no fueron interpuestos, o se hubiere renunciado expresamente a ellos.
4. Desde el día siguiente al de la notificación de la aceptación del desistimiento de los recursos.
5. Desde el día siguiente al de la protocolización a que alude el artículo 85 para el silencio administrativo positivo.

⁵¹ Sentencia C 646 de 2000.

reglamento). Así, si un particular, bajo la normatividad anterior ganó o consiguió determinado derecho, quiere decir que consolidó una situación jurídica favorable, que incluso pudo haber entrado a su patrimonio económico o moral. Y un acto normativo contrario que se expida para ejecutar la decisión del pueblo no puede afectar esa situación particular ya consolidada.

Ahora bien, si bajo determinada ley o norma, un particular debió atender una obligación o desprenderse definitivamente de cierto derecho, eso significa que surgió, a su vez, un derecho en favor de otro, que bien pudo consolidar una situación favorable para aquel pero desfavorable para la otra parte. En este último caso también existen situaciones jurídicas consolidadas para ambos sujetos jurídicos.

Como en el asunto objeto de estudio la consulta popular de El Peñón se refiere a actividades mineras y de hidrocarburos, se trata de un asunto general en tanto interesa y afecta a toda la comunidad de ese territorio, lo que significa que la decisión que se adopte deberá incorporarse al ordenamiento jurídico mediante la expedición del respectivo acto normativo, el cual empezará a surtir efectos hacia el futuro a partir de su publicación. En tal virtud, se deben respetar las situaciones jurídicas particulares consolidadas de quienes obtuvieron licencias, concesiones, permisos y autorizaciones para desarrollar actividades mineras y de hidrocarburos, lo que con base en los principios de buena fe y confianza legítima conlleva garantizar seguridad jurídica.

7. Razón de la decisión

La Sala denegará las pretensiones de la acción de tutela promovida por el Ministerio de Minas y Energía y, los coadyuvantes de la parte actora, contra el Tribunal Administrativo de Santander, en tanto (i) no se desconocieron las sentencias C-123 de 2014, C-035 de 2016 y C-276 de 2016, en las que se precisó el deber de concertación entre el Estado y las entidades territoriales en materia minera y de hidrocarburos atendiendo los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad contenidos en el artículo 288 de la Carta Política; (ii) la autoridad judicial accionada no desconoció el alcance del control de constitucionalidad previo contenido en el artículo 21 de la Ley 1757 de 2015, el cual realizó desde el punto de vista formal y material y (iii) no se desatendió la sentencia de tutela dictada por esta Sala el 30 de mayo de 2017, por cuanto el debate allí resuelto, si bien hacía relación con una consulta popular de hidrocarburos, los problemas jurídicos que se abordaron y resolvieron fueron

diferentes a los propuestos por el Ministerio de Minas y Energía en la solicitud de tutela objeto de estudio.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero.- TÉNGANSE COMO COADYUVANTES de la parte demandante a la Asociación Colombiana del Petróleo, a Ecopetrol S.A. y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (ANDJE).

Segundo.- NIÉGANSE las pretensiones de la acción de tutela, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Tercero.- RECONÓCESE personería a la doctora Maciel María Osorio Madiedo, como apoderada judicial de Ecopetrol S. A.

Cuarto.- NOTIFÍQUESE esta decisión por el medio más eficaz y expedito posible, como lo dispone el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Quinto.- En caso de no ser impugnada esta providencia, **REMÍTASE** el expediente de tutela a la Corte Constitucional para que surta el trámite de eventual revisión previsto en el artículo 86 de la Constitución Política.

Cópiese, notifíquese y cúmplase,

STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO

Presidenta de la Sección

MILTON CHAVES GARCÍA

Consejero

JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ

Consejero

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ

RAMÍREZ

Consejero

ACLARA VOTO

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA	
RADICADO:	11001-03-15-000-2017-02516-00
DEMANDANTE:	MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA
DEMANDADO:	TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER
APODERADO:	CAMILO ANDRÉS TOVAR

TEMA GENERAL / Específico

Acción de tutela contra providencia judicial / Defecto sustantivo, desconocimiento del precedente y violación directa de la constitución. Sentencia proferida dentro de control previo de constitucionalidad a la consulta previa a realizar en el municipio de El Peñón / No se realizó concertación previa.

PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala establecer si en el presente caso la autoridad judicial demandada incurrió en defecto sustantivo, desconocimiento del precedente y violación directa de la constitución, al declarar la constitucionalidad de la pregunta que se estableció para la consulta popular que se realizará en el municipio El Peñón, establecido por la Corte Constitucional en la sentencia C-123 de 2014, C-035 de 2016 y C-273 de 2016, por otra parte, la sentencia de 30 de mayo de 2017, dictada por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, en los que se impone la obligación de realizar una concertación previa a la celebración del mencionado mecanismo de participación ciudadana. Igualmente, considera que en la providencia atacada se incurrió en violación directa del artículo 288 de la Constitución Política, el cual establece

el principio de coordinación, concurrencia y subsidiariedad entre la Nación y las entidades territoriales.

RAZÓN DE LA DECISIÓN

NIEGA. En el asunto bajo estudio, la autoridad judicial demandada no incurrió en los defectos alegados.