

CÓDIGO DE MINAS - Zonas reservadas, excluidas y restringidas / PROHIBICION LEGAL A LAS AUTORIDADES REGIONALES, LOCALES O SECCIONALES PARA ESTABLECER QUE ZONAS DEL TERRITORIO QUEDAN EXCLUIDAS DE MANERA PERMANENTE O TEMPORAL DE ACTIVIDAD MINERA – Artículo 37 del Código de Minas / ACTIVIDADES DE EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN MINERA - Acuerdo con las entidades territoriales para la protección del medio ambiente sano / SENTENCIA DE CONSTITUCIONALIDAD C 123 DE 2014 – Exequibilidad condicionada del artículo 37 de la Ley 685 de 2001 / REGLAMENTACIÓN DEL GOBIERNO NACIONAL – Del artículo 37 de la Ley 685 de 2001 en cumplimiento a la orden de la sentencia C 123 de 2014 / FALTA DE COMPETENCIA DEL GOBIERNO NACIONAL – Para reglamentar el 37 del Código de Minas creando un procedimiento no previsto en la Constitución y en la Ley / PRINCIPIOS DE AUTONOMÍA TERRITORIAL COLABORACIÓN Y CONCURRENCIA – Vulneración / SENTENCIA DE CONSTITUCIONALIDAD C 123 DE 2014 – Desconocimiento / PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y RESERVA DE LEY – Vulneración

Tal y como ha quedado observado en los antecedentes de esta providencia, el citado acto administrativo fue expedido con el objeto de reglamentar el artículo 37 de la Ley 685 de 2011, cuestión que impele a aludir al contenido de tal norma legal y a las cuatro (4) sentencias que han analizado su exequibilidad; estas son, C-891 de 2002, C-395 de 2012, C-123 de 2014, y C-273 de 2016, la última de las cuales, como ya se reseñó, declaró su inconstitucionalidad, razón por la cual no será objeto de estudio. La disposición en cita hace parte del Capítulo III, “Zonas reservadas, excluidas y restringidas”, del Título I, “Disposiciones Generales”, de la enunciada Ley. [...] en la Sentencia C-123 de 2014, esa Corporación adujo que el problema consistía en determinar: “si una prohibición absoluta que consagre la ley para que los concejos municipales excluyan zonas de su territorio de la realización de actividades de exploración y explotación minera, prohibición que a su vez implica la imposibilidad de que los planes de ordenamiento territorial consagren restricciones en ese sentido, resulta una limitación desproporcionada a la competencia de regular los usos del suelo dentro del territorio del municipio en cabeza de los concejos municipales y distritales, de acuerdo a los artículos 311 y 313 numeral 7 de la Constitución.” [...] Observando tal discernimiento, declaró la exequibilidad del artículo 37 del Código de Minas “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.” El Gobierno Nacional expidió el Decreto 2691 de 2014, asumiendo que era el llamado a regular los criterios de coordinación a que se ha hecho referencia. Para ello, tal y como quedó claro en su parte considerativa y en el artículo primero, consideró que debía crear un procedimiento administrativo que determinara, además, la manera en que podrían tomarse medidas de conservación ambiental frente a las actividades mineras [...] Lo que se discute entonces es si el Decreto 2691 de 2014 contempló un procedimiento no previsto en la Constitución y en la Ley, en el que, además, se crearon e impusieron obligaciones a los entes territoriales sin respaldo de norma superior alguna. En tal contexto, se destaca que, de un lado, la decisión de la Corte Constitucional sobre la necesidad de “regular” un sistema que garantice la materialización de los principios de coordinación y concurrencia en la adopción de decisiones como las

concernientes a la protección de áreas en territorio en el cual se permitan actividades mineras no fue encomendada al Gobierno Nacional. [...] De hecho, el siguiente aparte indica que fue una labor asignada al Congreso de la República [...] Y es que no podría ser de otra manera, teniendo en cuenta que, si bien era necesario diseñar un procedimiento para hacer efectivo dicho pronunciamiento judicial, lo cierto es que esa tarea sólo podría ser adelantada por el Legislador, pues el encargo consiste en diseñar un procedimiento administrativo en el que se conciten principios fundantes de nuestro Estado como el Unitario y el de autonomía territorial, dada la tensión que se explicó en líneas precedentes por la misma Corte Constitucional. [...] A tono con lo expuesto, encuentra asidero el razonamiento que expuso la parte accionante al considerar que el reglamento impugnado constituía violación del principio de reserva legal, aduciendo que no tenía respaldo en norma de rango superior y que, por lo mismo, había excedido la potestad reglamentaria, debido a que se habían creado obligaciones a cargo de los municipios y distritos que tampoco contaban con fundamento normativo de ninguna índole. [...] En el escenario descrito y habida cuenta de que el diseño de las etapas propias de un procedimiento de este talante involucra nada menos que el principio de autonomía de las entidades territoriales, es claro para la Sala que el mismo debía estar inspirado en esa garantía bajo la arista del entendimiento que la Corte Constitucional efectuó sobre ese preciso aspecto cuando decidió declarar la exequibilidad condicionada del artículo 37 de la Ley 685 de 2001. [...] Tal panorama no deja más que concluir que, dado el carácter reglamentario de la norma que se censura (Decreto 2691 de 2014), y habida cuenta de la creación de un procedimiento administrativo que regulaba nada menos que principios de raigambre constitucional que se erigen como fundantes de nuestro Estado Social de Derecho, lo que procede es estimar la pretensión de nulidad invocada por los demandantes por violación del principio de reserva legal y el evidente desconocimiento del principio de autonomía de las entidades territoriales.

CONTROL DE LEGALIDAD DE ACTO ADMINISTRATIVO CUYO FUNDAMENTO LEGAL FUE DECLARADO INEXEQUIBLE – Sentencia de inexecuibilidad de la Corte Constitucional del artículo 37 de la Ley 685 de 2001 que fue reglamentado por el decreto demandado / PÉRDIDA DE EJECUTORIEDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO - Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho / SENTENCIA DE INEXEQUIBILIDAD – Efectos ex nunc / DECAIMIENTO / CONTROL DE LEGALIDAD DE ACTO ADMINISTRATIVO CUYO FUNDAMENTO LEGAL FUE DECLARADO INEXEQUIBLE – Debe efectuarse en lo que respecta al tiempo durante el cual produjo efectos / REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

Como quedó referido en el auto por medio del cual fue desatada la petición cautelariva en el asunto de la referencia, la Corte Constitucional, en sentencia C-273 de 2016, declaró la inexecuibilidad del artículo 37 de la Ley 685 de 2001, que fue la disposición objeto de reglamentación por medio del Decreto 2691 de 2014, cuya validez es reprochada en el asunto de la referencia. En efecto, en la ratio decidendi del anotado fallo se adujo que, en tratándose de la regulación legal de temas relacionados con el ordenamiento del territorio y los usos del suelo, el procedimiento que debía llevarse a cabo para esa finalidad era el de una ley orgánica [...] Visto lo anterior, es diáfano que el Decreto aquí censurado perdió fuerza ejecutoria al haber desaparecido el fundamento legal que le dio origen, esto es, el artículo 37 del Código de Minas, por haber sido declarado inexecuible, [...] Ahora, la ocurrencia de tal fenómeno se relaciona con uno de los atributos del acto administrativo, es decir, la ejecutoriedad u obligatoriedad de las decisiones unilaterales de la Administración, lo cual supone el nacimiento a la vida jurídica de tal decisión, sólo que por alguna de las circunstancias anunciadas en la normativa

transcrita deja de producir efectos. Lo expuesto permite concluir que, ante supuestos como el descrito, el control de legalidad es procedente, pues este último se relaciona con la validez del acto administrativo, que no es otra cosa que la concordancia del acto con el orden jurídico superior al momento en que fue expedido en atención a elementos tales como la competencia, la motivación, su forma de expedición, el respeto al debido proceso y al derecho de audiencia y defensa y la atención a los fines para los cuales se erigió. [...]Bajo tal perspectiva, y visto que procede el control de legalidad a través del medio de control previsto en el artículo 137 del CPACA., pasará la Sala a adentrarse en el estudio de fondo de los cargos de nulidad propuestos por los accionantes, no sin antes delimitar el alcance de la disposición que se censura, toda vez que muchos de los planteamientos que se esgrimieron por dicho extremo de la controversia surgen a partir de una lectura particular de la normativa acusada.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 91 NUMERAL 2 / LEY 685 DE 2011 – ARTÍCULO 37 /

NORMA DEMANDADA: DECRETO 2691 DE 2014 (23 de diciembre) GOBIERNO NACIONAL (Anulado)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Consejero ponente: OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

Bogotá, D.C, veintinueve (29) de octubre de dos mil veinte (2020)

Radicación número.: 11001-03-24-000-2015-00236-00

Actor: FUNDACIÓN FORO NACIONAL POR COLOMBIA, RED NACIONAL DE MUJERES, CORPORACIÓN CONCIUDADANÍA, FABIO ENRIQUE VELASQUEZ CARRILLO Y OTROS, RODRIGO ELÍAS NEGRETE MONTES Y LAURA JULIANA SANTACOLOMA MÉNDEZ.

Demandado: PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, MINISTERIO DEL INTERIOR - MININTERIOR, MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL - MINAGRICULTURA, MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA - MINMINAS, MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE - MINAMBIENTE

Referencia: NULIDAD

Tesis: Es cierto que el acto demandado contempla un procedimiento no previsto en la Constitución y en la Ley.

Es nulo por falta de competencia el acto por medio del cual se crea un procedimiento no previsto en la Constitución y en la Ley, que prevé que los municipios y distritos deben presentar una solicitud al Ministerio de Minas y Energía a efectos de adoptar medidas de protección ambiental sobre zonas en las que pretendan adelantarse actividades de minería y la entidad del nivel nacional resuelve si accede a esa petición o no.

Es cierto que el acto administrativo acusado sometió a los municipios a acatar las medidas que el Ministerio de Minas y Energía adoptara para la

protección del medio ambiente en las áreas afectadas por proyectos, obras o actividades de carácter minero.

Se vulneró el principio de autonomía territorial el acto por medio del cual se crea un procedimiento no previsto en la Constitución y en la Ley, que prevé que los municipios y distritos deben presentar una solicitud al Ministerio de Minas y Energía a efectos de adoptar medidas de protección ambiental sobre zonas en las que pretendan adelantarse actividades de minería y la entidad del nivel nacional resuelve si accede a esa petición o no.

De encontrar positiva la respuesta a la anterior cuestión, deberá resolverse si ello vulnera los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad (artículo 4 de la Ley 136 de 1994).

NULIDAD – ÚNICA INSTANCIA

La Sala procede a decidir el medio de control de nulidad de la referencia promovido por la Fundación Foro Nacional por Colombia, la Red Nacional de Mujeres, la Corporación Conciudadanía y los señores Rodrigo Elías Negrete Montes y Laura Juliana Santacoloma Méndez contra el Decreto 2691 del 23 de diciembre de 2014, *“por el cual se reglamenta el artículo 37 de la Ley 685 de 2001 y se definen los mecanismos para acordar con las autoridades territoriales 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, en desarrollo del proceso de autorización de actividades de exploración y explotación minera”*, expedido por el Presidente de la República, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, el Ministerio de Minas y Energía y Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible”.

I. LA DEMANDA

1.1. Pretensiones

La Fundación Foro Nacional por Colombia, la Red Nacional de Mujeres, la Corporación Conciudadanía y los señores Rodrigo Elías Negrete Montes y Laura Juliana Santacoloma Méndez presentaron demanda en ejercicio del medio de control de nulidad consagrado en el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante CPACA), en la cual solicitó lo siguiente¹:

¹ Folio 69 del Cuaderno Principal.

“Que se declare la nulidad por inconstitucional del Decreto 2691 de 23 de diciembre de 2014 por violar de manera perturbante la Cartera Política de 1991 al desconocer la Sentencia C-123 de 2014 de la Corte Constitucional, los principios de legalidad y reserva de ley, desconocer la autonomía de las entidades territoriales para ordenar su suelo y adoptar las medidas de defensa del patrimonio ecológico, el alcance del principio de Estado Unitario, desconocimiento de los principios de coordinación y concurrencia, el deber calificado de protección ambiental en cabeza del Estado, al acceso a la administración de justicia y participación ciudadana.

De igual manera, se solicita pronunciarse sobre la nulidad de las demás disposiciones constitucionales que puedan ser vulneradas por el Decreto 2691 de 2014 y sobre las normas que conforman unidad normativa, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 135 de la Ley 1437 de 2011”.

1.2. El acto cuestionado

“DECRETO 2691 DE 2014

(Diciembre 23)

Por el cual se reglamenta el artículo 37 de la Ley 685 de 2001 y se definen los mecanismos para acordar con las autoridades territoriales 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, en desarrollo del proceso de autorización de actividades de exploración y explotación minera.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,

en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial las previstas en el numeral 11 del artículo 189 Constitución Política y en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley 685 de 2001, y

CONSIDERANDO:

Que el artículo 332 de la Constitución Política establece que el Estado es propietario de los recursos del subsuelo y de los recursos naturales no renovables.

Que el artículo 334 de la Carta Fundamental señala que el Estado intervendrá, por mandato legal, en la explotación de los recursos naturales para racionalizar la economía con el fin de mejorar, en el plano nacional y territorial, la calidad de vida de sus habitantes.

Que de conformidad con el artículo 311 de la Constitución Política corresponde a los municipios ordenar el desarrollo del territorio, lo que se materializa en la reglamentación de los usos del suelo, que por mandato constitucional contenido en el numeral 7 del artículo 313 compete a los concejos municipales.

Que mediante Sentencia C-123 de 2014 la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del artículo 37 de la Ley 685 de 2001 en el entendido de que “en desarrollo del proceso por medio del cual se autorice la realización de actividades de exploración y explotación minera, /as autoridades 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”.

Que tal como lo manifiesta la sentencia de la Corte Constitucional, la declaración de exequibilidad del artículo 37 de la Ley 685 de 2001, se fundamenta en la necesidad de armonizar la forma unitaria del Estado colombiano y el privilegio de la Nación en la determinación de las políticas relativas a la explotación de los recursos naturales con los principios de descentralización y autonomía de las entidades territoriales, y los principios de coordinación y concurrencia que se

deben acatar en el reparto de competencias entre la Nación y los municipios y distritos.

Que por disposición del Decreto Ejecutivo 381 del 16 de febrero de 2012, corresponde al Ministerio de Minas y Energía 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.

Que por virtud del Decreto–ley 4134 de 2011, la Agencia Nacional de Minería es la autoridad nacional minera concedente en todo el territorio colombiano.

Que con el fin de aplicar el artículo 37 de la Ley 685 de 2001 en los términos de la exequibilidad declarada por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-123 de 2014, se hace necesario diseñar un procedimiento que permita al Ministerio de Minas y Energía, en relación con la autoridad minera nacional concedente como partícipe en el desarrollo del proceso por medio del cual se autoriza a los particulares la realización de actividades de exploración y explotación minera y a la autoridad nacional o regional competente, acordar con las entidades 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.

DECRETA:

CAPÍTULO I

Disposiciones Generales

Artículo 1°. Objeto. *El objeto de este decreto es regular el procedimiento que deben seguir los municipios y distritos para acordar*

con el Ministerio de Minas y Energía medidas, de 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, frente a las posibles afectaciones que pueden derivarse de la actividad minera.

Artículo 2°. *Ámbito de aplicación.* *Las medidas de protección que se adopten en virtud de este decreto, se aplicarán a las solicitudes de concesión en trámite a la fecha de publicación del presente decreto y a las presentadas con posterioridad a la fecha de entrada en vigencia del mismo.*

Artículo 3°. *Solicitud de acuerdo de las autoridades territoriales.* *Los concejos municipales o distritales podrán solicitar ante el Ministerio de Minas y Energía, previo acuerdo municipal o distrital, medidas de 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, frente a las posibles afectaciones que pueden derivarse de la actividad minera, en áreas previamente delimitadas de su circunscripción territorial.*

CAPÍTULO II

Procedimiento

Artículo 4°. *Estudio de soporte.* *En virtud de lo previsto en el artículo 3° de este decreto, en el acuerdo del respectivo concejo municipal o distrital se concretará la intención de establecer las medidas de protección referidas, se indicarán las causas y se establecerán los fines perseguidos.*

Las medidas de protección deben fundamentarse en estudios técnicos elaborados a cargo del respectivo municipio o distrito, los cuales deben contener el análisis de los efectos sociales, culturales, económicos o ambientales que podrían derivarse de la aplicación de las citadas medidas en relación con los impactos que puede generar la actividad

minera. Los costos de estos estudios serán asumidos por el Municipio solicitante.

Los estudios aludidos deberán acompañarse a la solicitud y estarán en concordancia con los planes de ordenamiento territorial, planes básicos de ordenamiento territorial y esquemas de ordenamiento territorial, según el caso.

Artículo 5°. Término para el ejercicio del derecho. *Los concejos municipales o distritales podrán ejercer el derecho previsto en este decreto cada vez que se modifiquen sus planes de ordenamiento territorial, planes básicos de ordenamiento territorial y esquemas de ordenamiento territorial, según el caso.*

Parágrafo transitorio. *Dentro del término de noventa (90) días, contados a partir de la fecha de publicación de este decreto, los concejos municipales o distritales podrán presentar por primera vez ante el Ministerio de Minas y Energía, la solicitud señalada en el artículo 3°.*

Artículo 6°. Trámite de la solicitud. *Recibida la solicitud del concejo municipal o distrital, el Ministerio de Minas y Energía lo enviará dentro de los diez (10) días siguientes al recibo de la misma, a la autoridad nacional con competencia en las materias a que se refiere el estudio técnico de soporte para su respectivo concepto. Este concepto podrá expedirse con apoyo en los dictámenes de las distintas entidades del sector. En el mismo lapso, se reportará a la Agencia Nacional de Minería los municipios o distritos que elevaron solicitud, con el fin de que se dé aplicación a lo dispuesto en el artículo 11 de este decreto.*

Parágrafo. *Si la solicitud del ente territorial no cumple con los requisitos establecidos en este decreto, el Ministerio de Minas y Energía lo requerirá por una sola vez para que en el término de quince (15) días contados a partir de la fecha del requerimiento, subsane la deficiencia, so pena de dar por terminado el trámite.*

Artículo 7°. Valoración de la solicitud. La autoridad nacional competente valorará la solicitud del concejo municipal o distrital y presentará ante el Ministerio de Minas y Energía, en un término no mayor a veinte (20) días, contados a partir de la fecha de recibo de la misma, un concepto técnico sobre las razones que sustentan las medidas de protección solicitadas y su procedencia y, de ser el caso, de sus condiciones. El término antes referido podrá ser prorrogado, a solicitud de la autoridad nacional competente, por una sola vez y por el mismo lapso.

De estimarlo conveniente, el Ministerio de Minas y Energía podrá solicitar concepto al Departamento Nacional de Planeación o a otra entidad pertinente, con el fin de establecer el impacto económico de las medidas de protección requeridas. Así mismo, se podrá consultar a las empresas que tengan interés en el área o al gremio minero, respecto de la conveniencia de los proyectos que pretenden desarrollarse, en relación con las medidas que han sido solicitadas por los entes territoriales, lo cual se tendrá en cuenta para la toma de la decisión.

Artículo 8°. Reunión. Vencido el término señalado en el artículo 7°, el Ministerio de Minas y Energía en un plazo no mayor a diez (10) días, convocará por una sola vez, a una reunión al concejo municipal o distrital solicitante, o a su delegado, y a la autoridad nacional competente para que respectivamente expongan las razones de la solicitud y del concepto. La reunión podrá suspenderse por una sola vez, siempre que medie causa justificada y la segunda reunión deberá celebrarse en un término no menor a diez (10) días ni mayor a treinta (30) días, contados a partir de la fecha de suspensión de la primera reunión. El Ministerio de Minas y Energía levantará un acta con el desarrollo detallado de la reunión.

Parágrafo. El Ministerio de Minas y Energía podrá convocar a esta reunión a las entidades y organismos que considere pertinentes.

Artículo 9°. Decisión. El Ministerio de Minas y Energía, en un término no mayor a quince (15) días, contados a partir de la fecha de finalización de la reunión, mediante acto administrativo debidamente

motivado, decidirá sobre las medidas solicitadas por la entidad territorial, con fundamento en los principios de desarrollo sostenible, fortalecimiento económico y social del país, propiedad estatal de los recursos naturales no renovables y el aprovechamiento eficiente de los mismos.

Una vez en firme, el acto administrativo será remitido a la Agencia Nacional de Minería y a la autoridad competente para su conocimiento.

La decisión consistirá en la adopción o no, de 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.

Artículo 10. Imposición de las medidas. *Las medidas concretas de protección serán impuestas y supervisadas, durante la ejecución del contrato, por la autoridad competente o quien esta designe, es decir, por aquella que emitió concepto técnico sobre las razones que sustentan las medidas de protección solicitadas.*

En materia ambiental la supervisión de las medidas adoptadas será realizada por la autoridad competente para la evaluación, seguimiento y control de los efectos ambientales de la actividad minera.

Artículo 11. Régimen de transición. *La Autoridad Minera Nacional tramitará dentro de los términos legales establecidos para el efecto, las solicitudes presentadas antes de la fecha de publicación de este decreto. No obstante, a estas solicitudes, les serán aplicables las medidas de protección que adopte el Ministerio de Minas y Energía como resultado de los acuerdos logrados con las entidades territoriales concernidas en los términos establecidos en este decreto.*

Las solicitudes presentadas con posterioridad a la fecha de publicación de este decreto no serán objeto de contrato de concesión por parte de la Autoridad Nacional Minera durante el término establecido para que los municipios o distritos manifiesten por primera vez su intención de acordar medidas de protección.

De acuerdo al párrafo anterior, las áreas sobre las cuales los municipios o distritos hayan ejercido dicha facultad, no se otorgarán en concesión, hasta tanto se haya agotado el procedimiento establecido en este decreto.

Las áreas que no hayan sido objeto de requerimiento por parte de los entes territoriales podrán ser otorgadas en concesión por parte de la Autoridad Minera Nacional.

Los contratos de concesión suscritos y no inscritos en el Registro Minero Nacional no serán objeto de las medidas de que trata este acto administrativo, Por lo anterior, la Agencia Nacional de Minería procederá a la inscripción de los mismos de manera inmediata.

Artículo 12. Vigencia. *El presente decreto entra en vigencia a partir de la fecha de su publicación.”.*

Publíquese y Cúmplase

Dado en Bogotá, D.C., a 23 de diciembre de 2014

JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN

El Ministro del Interior

Juan Fernando Cristo Bustos

El Ministro de Agricultura y Desarrollo Territorial

Aurelio Iragorri Valencia

El Ministro de Minas y Energía

Tomás González Estrada

El Ministro de Ambiente y Desarrollo Sostenible

Gabriel Vallejo López”.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación

La parte actora sostuvo que el acto acusado es violatorio del preámbulo, los artículos 1, 2, 4, 6, 8, 29, 58, 79, 80, 93, 95, 150, 189 (numeral 11), 209, 229, 241,

243, 287, 288, 311, 313 y 333 de la Constitución Política, 35, 37, de la Ley 685 de 2001, 10 de la Ley 388 de 1997, 23 de la Ley 136 de 1994 y la Ley 507 de 1999.

A continuación se realiza una síntesis del concepto de violación esgrimido:

Como anotaciones previas a la formulación de los cargos, la parte actora adujo que la norma demandada desconoce: (i) la autonomía de las entidades territoriales para ordenar su suelo y adoptar las medidas de defensa del patrimonio ecológico establecida en los numerales 7 y 9 del artículo 313 de la Constitución Política², (ii) el principio de Estado Unitario consagrado en el artículo 1 *ibídem*³, (iii) los principios de coordinación y concurrencia de que trata el artículo 288 *ibídem* y que fueron desarrollados en el artículo 4 de la Ley 136 de 1994⁴, (iv) el deber de protección del medio ambiente⁵ y el derecho fundamental de las comunidades locales a la participación ciudadana previstos en los artículos 8, 79 y 80 de la Carta Política⁶.

A su vez, consideró desatendida la orden emitida por la Corte Constitucional en la sentencia C-123 de 2014, en la que se declaró constitucional el artículo 37 del Código de Minas⁷, *“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”*, pues estimó que en la norma demandada no se dio aplicación a los principios de colaboración y concurrencia y, por el contrario, se fijaron imposiciones por parte del Gobierno a las entidades territoriales.

Alegó que el Gobierno Nacional carece de competencia para expedir el acto administrativo demandado, pues por medio de aquel se modificaron algunas

² Establecidas en los numerales 7 y 9 del artículo 313 de la Constitución.

³ Consagrado en el artículo 1º de la Constitución.

⁴ Establecidos en el artículo 288 de la Constitución y desarrollados en el artículo 4 de la Ley 136 de 1994.

⁵ Establecido en los artículos 8 y 80 de la Constitución.

⁶ Artículo 79 de la Constitución.

⁷ Ley 685 de 2001.

disposiciones contenidas en las Leyes 136 de 1994, 388 de 1997 y 507 de 1999, vulnerándose así el principio de reserva de ley, situación que, adicionalmente, constituye una violación de los principios de legalidad y debido proceso, consagrados en el artículo 29 superior.

Por último, indicó que el acto demandado es una norma regresiva y arbitraria debido a que reduce las medidas de protección sobre los recursos naturales renovables, desconoce los principios de prevención, precaución y la estructura constitucional del Estado.

Para explicar el contexto en el que se emitió el acto demandado, la parte actora se refirió a los artículos 34, 35, 36 y 37 de la Ley 685 del 2001, Código de Minas, así como a las sentencias de constitucionalidad que hasta el momento se habían emitido sobre aquellos⁸, esto es, la C-339 de 2002 acerca del artículo 34 y la C-123 del 2014 sobre el 37, con el fin de ilustrar cuáles son las zonas que pueden excluirse de actividad minera (artículo 35), las que tienen esa acción restringida (artículo 35), los efectos de dicha limitación (artículo 36) y, finalmente, la necesidad de concertación entre la autoridad competente del nivel nacional y las autoridades territoriales sobre las medidas necesarias para la protección del ambiente sano⁹, en el desarrollo del proceso por medio del cual se autorice la realización de actividades de exploración y explotación minera en los entes territoriales.

De esa descripción los accionantes concluyeron que, contrario a lo dispuesto en la norma demandada, bajo los lineamientos del mencionado artículo 35 ibídem y la sentencia C-339 de 2002, es posible que los municipios excluyan de su perímetro urbano de la realización de actividades mineras. Asimismo, que en virtud de los artículos 34 y 35, la posibilidad de exceptuar zonas del territorio para el desarrollo de actividades mineras no solo está en cabeza del Ministerio de Minas y Energía, sino también de las autoridades ambientales¹⁰, territoriales¹¹, el Ministerio de Cultura y el Instituto Colombiano de Antropología e Historia (ICANH)¹², quienes al

⁸ La demanda se radicó el 30 de abril de 2015. El artículo 37 de la Ley 685 de 2001 fue declarado inexecutable mediante sentencia C- 273 de 2016.

⁹ Así como el desarrollo económico, social, cultural de sus comunidades y la salubridad de la población.

¹⁰ Artículo 34 de Ley 685 de 2001.

¹¹ Literal a) del artículo 35 de la Ley 685 de 2001.

¹² Literal c) del artículo 35 de la Ley 685 de 2001

contar con esa facultad legal, no deben solicitar autorización alguna al primero de los ministerios citados, tal como lo dispone el acto demandado.

Al mismo tiempo, señalaron que la Corte Constitucional, en sentencia C-123 de 2014, determinó que las autoridades competentes del nivel nacional en aplicación de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad, deben llegar a acuerdos con las entidades territoriales afectadas por un proceso de autorización de actividades mineras, el cual debe versar sobre las medidas necesarias para la protección del ambiente sano, en especial, de sus cuencas hídricas, el desarrollo económico, social, cultural de sus comunidades y la salubridad de la población. No obstante, el Decreto demandado desconoce tal decisión y, en cambio, establece que para la toma de las aludidas medidas de protección se debe adelantar un procedimiento de autorización ante el Ministerio de Minas y Energía, quien decidirá si las adopta o no, con lo que se desconoce que el artículo 313 constitucional adjudicó a los concejos municipales la competencia de reglamentar, entre otros asuntos, los referidos a los usos del suelo, la protección del patrimonio ecológico a través de la expedición de las normas destinadas a tal fin, así como adoptar los planes y programas de desarrollo económico y social y de obras públicas, sin sujeción a la autorización previa de ninguna otra autoridad, vulnerándose con ello el régimen de autonomía de que tratan los artículos 287 y 311.

Sobre este último aspecto, la parte actora hizo énfasis en los artículos 10 de la Ley 388 de 1997 y 23 de la Ley 136 de 1994. En cuanto al primero, expresó que en él se estipularon los componentes determinantes que los municipios y distritos deben tener en cuenta al elaborar y adoptar los Planes de Ordenamiento Territorial (en adelante POT), sin que dentro de éstos se haya relacionado la minería, ni establecido que dichos entes territoriales deban someterse a los requisitos y procedimientos definidos en la norma demandada, razón por la cual consideran que mediante un acto administrativo se están imponiendo obligaciones a los entes territoriales que solo pueden ser objeto de determinación legal, desconociéndose así el principio de legalidad y la reserva de ley.

Frente al artículo 23 de la Ley 136 de 1994 que regula el período de sesiones de los concejos municipales, indican que es desconocido, por cuanto: (i) el decreto enjuiciado dispone que a partir de la fecha de su publicación se debe expedir un acuerdo municipal para solicitar ante el Ministerio de Minas y Energía las medidas

de protección del medio ambiente, presupuesto que no fue previsto para el acuerdo a que se refiere la sentencia C-123 de 2014, (ii) no se tienen en cuenta los tiempos y periodos de sesiones que por expreso mandato de la ley deben acatar esos entes colegiados, lo que se traduce en la desatención del régimen de autonomía y las competencias de los concejos, pues ello implica determinar las áreas de su circunscripción territorial respecto de las que se debe realizar tal solicitud y la elaboración de los estudios ambientales que la justifiquen, lo cual toma un tiempo superior al otorgado en el acto acusado.

1.3.1. Primer cargo: violación de los principios de autonomía territorial, colaboración y concurrencia entre los niveles central y descentralizado y el derecho fundamental a la participación.

1.3.1.1. La parte actora señala que la organización del país como Estado Unitario y descentralizado implica que los entes territoriales son autónomos para la gestión de sus intereses dentro de los límites de la Constitución y la Ley, lo que significa que es necesario un equilibrio entre las decisiones que adoptan y los lineamientos del gobierno central, aspecto que cobra especial relevancia en materia minera, pues debe existir complementariedad entre las funciones que ejercen las autoridades del orden nacional y territorial, debido a que de conformidad con el artículo 95 del Código de Minas, se trata de la explotación de recursos del suelo y del subsuelo de la Nación, y ello interesa a los entes nacionales como directores de la política de desarrollo económico del país, en tanto el Estado es el propietario del subsuelo, y a los entes territoriales quienes mayormente soportan los impactos directos en el suelo, el ambiente y las dinámicas sociales y económicas de las poblaciones¹³.

Aducen que es imprescindible la colaboración y concurrencia de las funciones diferenciadas, pero complementarias, que en materia minera ejecutan las autoridades del orden nacional y territorial. En efecto, explican, que aun cuando el artículo 311 de la Constitución establece que los municipios son las entidades fundamentales de la división político-administrativa del Estado, lo cierto es que el trabajo colaborativo y concurrente del Ministerio de Minas y Energía, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, la Agencia Nacional de Minería, las Corporaciones Autónomas Regionales, las Alcaldías, los Concejos Municipales o

¹³ En cuanto a los impactos, los accionantes citan apartes de la sentencia C-339 de 2002 y hacen referencia a la T-154 de 2013.

Distritales y la comunidad es fundamental para obtener de la actividad minera el mayor beneficio económico y social posible.

Exponen que, tratándose de proyectos mineros, los intereses de las autoridades nacionales y territoriales concurren en términos de los artículos 1 y 2 de la Constitución en lo que se refiere al cumplimiento de los fines esenciales del Estado, por lo que el Legislador a través de la Ley 388 de 1997 estableció que la función pública de ordenar el territorio debe tener como finalidad el cumplimiento de los principios que amparan la función social y ecológica de la propiedad, así como el interés general y la distribución equitativa de las cargas y beneficios, para posibilitar el acceso a infraestructuras, espacios y servicios públicos, regular el uso del suelo a fin de garantizar un desarrollo sostenible y condiciones de seguridad física para mejorar la calidad de vida de los habitantes¹⁴.

En ese contexto, sostuvieron que de conformidad con el artículo 8 *ejusdem* se deben adoptar por parte de las entidades territoriales medidas urbanísticas encaminadas a atender la problemática espacial y los conflictos derivados de su distribución con fundamento en criterios demográficos, ecológicos, físicos, rurales, económicos y sociológicos; sin embargo, con el artículo 9 del decreto demandado se desconocen tales competencias dejando en manos del nivel nacional todas las funciones que se enumeran en el mencionado artículo 8 de la Ley 388 de 1997, a excepción de la primera.

En este punto, los accionantes citan la sentencia C-149 de 2010, por medio de la cual se declaró inexecutable el artículo 79 del Plan de Desarrollo 2006 – 2010¹⁵, por desplazar, de forma similar a la norma demandada, las competencias asignadas a los cabildos municipales en materia de adopción, revisión y ejecución de los POT, en asuntos de alto impacto para el desarrollo de los municipios o distritos¹⁶.

Precisaron que la norma demandada establece una sujeción de los entes territoriales a las disposiciones sobre la reglamentación de uso del suelo que el Gobierno Nacional establezca, situación que implica que la planeación a corto, mediano y largo plazo de tales entes territoriales deba variar las veces que este y su política minera lo estime, generando inseguridad jurídica en las actuaciones

¹⁴ Folio 99 del expediente.

¹⁵ Ley 1151 de 2007.

¹⁶ Folio 101 del expediente.

urbanísticas de las autoridades locales, lo cual se agrava cada vez que se otorga una licencia minera sin consultar con los municipios, más aún con la subordinación establecida en el Decreto 2691 de 2014, pues se limita el cumplimiento de dos (2) funciones fundamentales de los concejos municipales: la regulación del suelo y la defensa del patrimonio ecológico.

1.3.1.2. Por lo anterior, los demandantes reiteraron que la actividad minera no es una determinante que deba tenerse en cuenta al momento de adoptar los POT ni prima sobre este; y para sustentar tal aserto citaron la sentencia proferida el 18 de marzo de 2018 por esta Sección en el proceso de radicación número 11001-03-24-000-2005-00185-01, en la que se estudió la validez del Decreto 2201 de 2003, por el cual se reglamentó el artículo 10 de la Ley 388 de 1997, y se señaló que los proyectos, obras o actividades que no guarden relación o no se enmarquen en las cuatro determinantes allí establecidas no gozan de la preeminencia prevista en el mencionado artículo.

También hicieron referencia al artículo 14 de la Ley 388 de 1997 que define el componente rural del POT con el fin de señalar que la regulación de los usos del suelo es integral e involucra decisiones sobre actividades que, como las mineras, afectan el territorio. En esa línea, pusieron de presente que el artículo 35 del Código de Minas, analizado en el contexto de la sentencia C-339 de 2002, dispone que a través de los POT es factible prohibir la minería en el suelo urbano de los municipios y distritos, aspecto que se desconoce con la expedición del acto censurado si se tiene en cuenta que dicho acto somete a los municipios a un procedimiento no previsto en la Constitución ni en la Ley para ordenar y proteger su territorio.

1.3.1.3. Sobre el principio de autonomía territorial los demandantes pusieron de presente que tiene un reducto mínimo, conformado, principalmente, por el derecho de las entidades territoriales a gobernarse por autoridades propias, a ejercer las competencias que la Constitución les otorgó y a que los concejos municipales y las asambleas departamentales adopten los planes y programas de desarrollo económico, y social, así como el de obras públicas.

Frente a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad citaron el artículo 4 de la Ley 136 de 1994, para indicar que el primero de ellos hace referencia a la obligación de conciliar la actuación de las autoridades municipales

con las de otras entidades estatales de diferentes niveles; el segundo a que en autoridades de diferentes ordenes pueden coexistir competencias comunes sobre un mismo tema, para cuya ejecución es necesaria la realización de convenios o formas asociativas entre aquellas; y el último, que consiste en que si las entidades de menor desarrollo económico y social no están en capacidad de ejercer debidamente sus competencias, la Nación, las entidades territoriales y los esquemas de integración particular las apoyarán.

Respecto de estos principios manifestaron que fueron completamente desconocidos por el Gobierno Nacional al expedir la norma demandada, pues en aquella no se tuvieron en cuenta las competencias de las autoridades territoriales, debido a que se les sometió a las medidas que adoptara el Ministerio de Minas y Energía para la protección del medio ambiente en las áreas afectadas por proyectos, obras o actividades de carácter minero en sus jurisdicciones, pese a que, de acuerdo con lo señalado por la Corte Constitucional, las autoridades de los diferentes órdenes deberían llegar a un acuerdo en cuanto al mencionado amparo.

a. Así mismo, manifestaron en relación con el artículo 1 del Decreto enjuiciado, que quien debería acordar con los entes territoriales el procedimiento para otorgar títulos mineros es la Agencia Nacional de Minería, y no el Ministerio de Minas y Energía, pues aquella es la encargada de otorgar los títulos mineros.

b. Respecto del artículo 2, adujeron que las medidas de protección deberían aplicarse desde el 5 de marzo de 2014, fecha en que se profirió la sentencia C-123 de 2014, y no solo a las solicitudes de concesión en trámite a la fecha de publicación de la norma demandada, razón por la cual deben revocarse los títulos mineros otorgados con posterioridad al 5 de marzo de 2014.

c. También cuestionaron el artículo 3 con fundamento en que invierte el orden constitucional al señalar que son los municipios quienes deben solicitar al Ministerio de Minas y Energía las medidas de protección ordenadas por la Corte Constitucional, pese a que aquellas son la materialización de los deberes del Estado consagrados en los artículos 2, 8, 79 y 80 de la Constitución, cuyo cumplimiento no está sujeto a la solicitud de su protección por parte de los entes territoriales a la mentada cartera, máxime cuando, recalcan, de conformidad con

el artículo 10 de la Ley 388 de 1997, la actividad minera no constituye una determinante del ordenamiento territorial.

d. En relación con el artículo 4, expresaron que imponerle a los municipios la obligación de realizar los estudios de soporte que justifiquen las medidas de protección, desatiende el orden constitucional, pues pone en cabeza de los entes territoriales obligaciones que no les están asignadas por ley; además, desconoce que el Estado debe actuar en defensa del ambiente, tal como lo prevé la Ley 99 de 1993 cuando señala que es obligación de los interesados en adelantar los proyectos, obras o actividades, realizar los estudios de impacto ambiental, y la facultad de los entes territoriales de defender su patrimonio ecológico, en los términos del numeral 9º del artículo 313 Superior.

e. En cuanto al artículo 5, arguyeron que también desconoce el régimen legal contenido en la Ley 136 de 1994 para expedir acuerdos municipales o distritales, particularmente las que se relacionan con los POT regulados por las Leyes 388 de 1997 y 507 de 1999. Adicionalmente indicaron que el plazo de noventa (90) días para expedir el acuerdo municipal que solicite al Ministerio de Minas y Energía la protección de áreas afectadas es insuficiente para tal fin.

f. Respecto de los artículos 6, 7, 8, 9 y 10 mencionaron que al contemplar que debe mediar una solicitud por parte de autoridades municipales para la protección de los recursos naturales se ignora el régimen de autonomía municipal y el deber de protección ambiental en cabeza del Estado, y se subordina el interés general al particular representado en las actividades de exploración y explotación minera, convirtiendo en un mero trámite el deber de protección ambiental que corresponde al Estado.

g. Por último, en lo que toca con el artículo 11 que se refiere al régimen de transición añadieron que es lesivo para la conservación ambiental porque concede un lapso muy corto para la contratación y realización de estudios ambientales por parte de los entes territoriales, quienes se ven obligados a solicitar la autorización de medidas de protección ambiental al Ministerio de Minas y Energía, pese a que no se trata de un superior jerárquico o funcional, y en caso que no se logre radicar dicha solicitud por cualquier razón, los proyectos mineros tendrán viabilidad sin consideración a los impactos que puedan tener en el ambiente de cada territorio.

1.3.2. Segundo cargo: Violación por desconocimiento de sentencia de constitucionalidad, principios de legalidad y reserva de ley por extralimitación de funciones.

1.3.2.1. Plantearon los accionantes que con la expedición del Decreto 2691 de 2014 el Gobierno Nacional desconoció la orden impartida por la Corte Constitucional en la sentencia C-123 de 2014, ya que aquel no estableció un proceso de acuerdo entre las autoridades, sino que, por el contrario, como se explicó en el cargo desarrollado en el numeral 13.4.3., creó e impuso un procedimiento a los entes territoriales que implicó, de un lado, creación de obligaciones no previstas ni en la mencionada providencia de exequibilidad condicionada ni en la Constitución y la Ley; y de otro, el despojó de sus funciones para determinar los usos del suelo y la imposición de obligaciones que no les corresponde, subordinándolos al Ministerio de Minas y Energía en materia de proyectos, obras o actividades de exploración o explotación minera.

Al respecto, concluyó que:

“Como conclusión, se puede señalar que para el presente caso, en desarrollo del común accionar del poder ejecutivo, resultó desconociendo lo dispuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia C-123 de 2014 y arrojándose funciones propias del legislador por cuanto el decreto desarrolla asuntos que se encuentran fuera del marco establecido por las normas, como ordenar a los municipios la realización de un estudio de impacto ambiental, la delimitación de zonas de protección, la expedición de un acuerdo, la realización de solicitud de autorización del Ministerio de Minas y Energía para que sea esa entidad la que determine si las medidas de protección tienen validez o no”.¹⁷

1.3.2.2. En cuanto a los principios de reserva de ley y legalidad, aseguraron que en la norma demandada se adoptaron disposiciones que desbordan el ámbito de competencia del Gobierno Nacional, al radicar en los municipios obligaciones que deben establecerse mediante leyes, y no actos administrativos reglamentarios y sobre materias relacionadas con la organización y funcionamiento dichos entes, las cuales cuentan con un marco regulatorio de mayor jerarquía, consagrado en las Leyes 136 de 1994, 388 de 1997 y 507 de 1999, el cual resulta desconocido.

¹⁷ Folio 126 del Cuaderno número 1.

En ese mismo sentido, adujeron que el Decreto acusado subvertía el orden constitucional frente a la especialidad de las funciones a cargo de las entidades del Estado, lo cual redundaba en una extralimitación de sus facultades, máxime cuando se trasladaba al Ministerio de Minas y Energía atribuciones de carácter ambiental.

Sostuvieron que las Leyes 136 de 1994, 388 de 1997 y 507 de 1999 regulan aspectos relacionados con la organización y funcionamiento de los municipios, periodos de sesiones de los Concejos Municipales y concertación de los POT con las autoridades ambientales, respectivamente; todo lo cual es desconocido al ordenar un estudio de impacto ambiental, delimitar zonas del territorio con especial importancia ambiental, expedir un acuerdo municipal en unos tiempos fuera de los previstos en la ley, solicitar al Ministerio de Minas y Energía autorización para que sea éste quien decida si es pertinente o no adoptar medidas de protección ambiental, social, económica o cultural frente a las actividades de minería y modificar el POT de acuerdo con dichas disposiciones.

A manera de correlato expreso que:

“En este sentido, al expedir el Decreto 2691 de 2014 el gobierno nacional desconoció el principio de legalidad al que debe sujetarse por mandato de la Constitución Política y la reserva de Ley, al regular obligaciones en cabeza de los municipios y facultar de manera insólita al Ministerio de Minas y Energía para que decida sobre el desarrollo social, económico, cultural y sobre la salubridad pública municipal; además, castiga a los municipios, estableciendo que en las zonas en las que no plateen medidas de protección se otorgarán títulos mineros sin ninguna consideración sobre los intereses locales (Sic). Así mismo, el decreto demandado se expidió omitiendo lo establecido en la Sentencia C-123 de 2014 de la Corte Constitucional, el marco constitucional y legal que rige la facultad reglamentaria del gobierno nacional, los principios de legalidad, y la reserva de ley y por ende debe ser declarado nulo.”¹⁸

1.3.2.3. Aseguraron que era evidente la violación del ejercicio de la potestad reglamentaria y de lo dispuesto en el artículo 6 Superior y apoyándose en el a

¹⁸ Folios 126 y 127 del Cuaderno número 1.

Sentencia C-710 de 2001, concluyeron que las obligaciones que se enuncian no cuentan con ningún respaldo legal ni menos constitucional, razón por la cual la actividad de reglamentación en esas materias queda sin sustento:

- *“Obtener recursos no previstos para realizar estudios técnicos que deben contener análisis de los efectos sociales, culturales, económicos o ambientales sobre los impactos que puede generar la actividad minera, los cuales no son de su resorte.*
- *Expedir un acuerdo para solicitar medidas de protección ambiental ante el Ministerio de Minas y Energía.*
- *Solicitar dentro de los 90 días contados a partir de la publicación del referido decreto, un acuerdo por fuera de los períodos de sesiones y términos señalados en la Ley 136 de 1994.*
- *Establecer modificaciones al contenido de los planes de ordenamiento territorial regulados por las Leyes 388 de 1997 y 507 de 1999 de manera que se incluya lo previsto en los estudios ambientales que sirven de fundamento a las medidas de protección a solicitar al Ministerio de Minas y Energía, las cuales quedará incorporadas en el POT, aún en el evento que sean autorizadas por dicho ministerio.*
- *Someter a los municipios a solicitar ante el Ministerio de Minas y Energía, medidas de protección del ambiente sano, y en especial de sus cuencas hidrográficas, el desarrollo económico, social, cultural de sus comunidades y la salubridad de la población, frente a las posibles afectaciones que pueden derivarse de la actividad minera, aun cuando no sean autoridades competentes en esa materia.*
- *Delimitar previamente las áreas para las cuales solicitará la protección ambiental.*
- *Someterse a la decisión del Ministerio de Minas y Energía para la defensa de su patrimonio ecológico.*
- *Someterse a que las áreas del territorio nacional para las que no se soliciten medidas de protección, sean destinadas para el desarrollo de actividades mineras, sin contar con su concurso, ni respetando sus intereses.*

Los aspectos citados no solo desconocen el principio de legalidad, sino además el de reserva de ley, por cuanto solamente podría ser el Congreso de la República, atendiendo la unidad de materia prevista en el

artículo 158 de la Constitución Política, quien podría efectuar cambios legislativos a las Leyes 136 de 1994, 388 de 1997 y 507 de 1999”.¹⁹

Sobre el particular afirmó que *“la actuación desbordada del gobierno se centra en que se superan los límites que han sido definidos para el ejercicio de la potestad reglamentaria, concebida en la Constitución, debido a que mediante el Decreto demandado impone al municipio las medidas antes enunciadas que desbordan el marco de las atribuciones del ejecutivo y sometiendo a los municipios al imperio del Ministerio de Minas y Energía para defender su patrimonio ecológico, de manera que se están viendo violados los principios de legalidad, reserva de ley, coordinación, concurrencia, subsidiariedad y el régimen de autonomía municipal. Dichos límites han sido desarrollados por la jurisprudencia contencioso administrativa bajo una concepción eminentemente finalística es decir para la ejecución de las leyes (art. 189 -11 CN), lo cual busca “concretar el enunciado abstracto de la ley y encauzarla a su operatividad efectiva, lo que es propio y característico del accionar del ejecutivo-fungió de legislador”²⁰²¹.*

1.3.3. Tercer cargo: Violación por desconocimiento del deber calificado y progresivo del Estado de proteger las riquezas naturales de la Nación y garantizar el derecho a gozar de un ambiente sano.

La minería, ilustró la parte actora, implica la remoción de la capa vegetal, el suelo y todos los organismos que en él habitan, afecta las aguas superficiales y subterráneas, elimina el ecosistema y desplaza las especies y cambia la destinación del suelo y las actividades diarias de las comunidades locales, étnicas o campesinas, de ahí que esta situación en Colombia, que es el país con mayor biodiversidad por metro cuadrado en el planeta, conlleva a su pérdida y el incumplimiento del Convenio sobre Biodiversidad Biológica aprobado mediante Ley 165 de 1994.

Lo anteriormente descrito no sería grave, afirmó, si el sistema de protección ambiental del país fuera robusto, pero no es así y por eso, pese al deber calificado de protección de las riquezas naturales del Estado, aquellas han sufrido una importante reducción. Dicho deber supone que el Estado, principalmente a través

¹⁹ Folio 123 del Cuaderno Principal.

²⁰ CDE Sala De Lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera. CP: Danilo Rojas Betancourth. Agosto 29 de 2012. Rad: 11001-03-26-000-2009-00116-00 (37785).

²¹ Folio 125 del Cuaderno número 1.

del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y de manera concurrente con lo municipio en aplicación del artículo 313 de la Carta Suprema, sean los primeros llamados a establecer mecanismos adecuados para su conservación y gestión, debido a que la complejidad técnica, jurídica y social de cada proyecto desborda la capacidad institucional y a los intereses privados en la explotación de minerales del suelo y el subsuelo.

Esto es así, adujo, porque los concejos municipales representan los intereses de sus comunidades y a través de aquellos estas últimas participan en la adopción de medidas para la protección de los recursos naturales.

Dicha protección, plantearon, se ve reforzada por la función ecológica de la propiedad privada consagrada en el artículo 58 de la Constitución, y por la limitación que tienen la libertad económica y la iniciativa privada en el bien común, así como por el principio de desarrollo sostenible, que busca que se garanticen las necesidades de las generaciones presentes y futuras, es decir, que la utilización de los recursos sea racional.

1.3.3.1. En esa línea, indicaron no entender las razones por las cuales en el Decreto enjuiciado se permitió que fuera el Ministerio de Minas y Energía el encargado de determinar la aplicación de medidas de protección de las áreas de influencia de proyectos, obras o actividades para los cuales se esté pidiendo autorización, abriendo paso a la exploración y explotación indiscriminada en los territorios que no pudieron presentar la documentación correspondiente en el plazo indicado.

1.3.3.2. Agregaron que se desconoce el Principio de Precaución y de no regresividad cuando el Decreto 2691 de 2014: (i) obliga a los municipios a asumir los costos de realización de estudios ambientales que corresponden por ley a los interesados en realizar actividades mineras (que por demás superaría el presupuesto de muchos entes para el funcionamiento y cumplimiento de sus metas dado su alto costo), (ii) obliga a dichos entes a que soliciten al Ministerio de Minas y Energía medidas de protección al territorio y (iii) permiten la concesión de títulos mineros si los distritos o municipios no presentan la solicitud a que se alude en el artículo 3º del acto cuestionado la mencionada cartera ministerial considera que no cumple con los requisitos, todo lo cual redundaría en una titulación sin consideración a los intereses locales ni al deber de protección ambiental.

Así, se está trasladando la carga de la prueba a los municipios, en contravía del principio precautorio, según el cual es el interesado en el proyecto minero de que se trate, quien tiene la carga de probar que su actividad no va a causar un daño irreversible y que por tanto es posible gestionarlo.

Adujo que el acto impugnado, específicamente el artículo 9, reemplaza los principios de autonomía, precaución, rigor subsidiario y conservación del medio ambiente por los de fortalecimiento económico y social, propiedad estatal de los recursos naturales no renovables y el aprovechamiento del mismo, lo cual representa un claro ejemplo de desregulación en materia de protección ambiental, lo que, a su vez, vulnera el artículo 11 del Protocolo de San Salvador, el parágrafo 20 del texto final de la Cumbre de Río del 2012 y los artículos 8, 79, 80 y 313, numeral noveno, de la Constitución.

1.3.3.3. Adicionalmente, expusieron que la entidad que debe determinar la adopción de las medidas de protección al ambiente en los territorios municipales o distritales es la misma a la que compete fomentar la actividad minera, lo que consideran atenta contra los postulados y principios que rigen la función administrativa previstos en el artículo 209 de la Carta Política y las Leyes 489 de 1998 y 1437 de 2011, pues las autoridades mineras actúan como juez y parte en el procedimiento administrativo creado en la norma acusada en tanto que la autoridad que define las áreas que pueden ser objeto de protección es la misma encargada de fomentar la actividad minera.

En última medida, citan la sentencia C-433 de 2009 para concluir que con la norma demandada el Gobierno Nacional desconoció el deber de protección ambiental que le corresponde, privilegiando el desarrollo de una actividad sectorial de alto impacto en los recursos naturales.

1.3.4. Cuarto cargo: violación al derecho fundamental al acceso a la administración de justicia.

La parte actora endilga la violación de este derecho al Estado como consecuencia del desconocimiento de la sentencia C-123 de 2014, toda vez que estima que el Decreto 2691 de 2014 dejó en cabeza de una sola autoridad la posibilidad de proteger y afectar el territorio municipal o distrital, en este caso, del Ministerio de

Minas y Energía, sin tener en consideración que dicha decisión judicial condicionó la exequibilidad del artículo 37 del Código de Minas a que se lograra un acuerdo entre el nivel central y el descentralizado, es decir que, de manera conciliada o convenida se adopten las medidas necesarias para la protección del ambiente sano, y en especial de sus comunidades y la salubridad de la población. Todo lo anterior rompe con el sistema de pesos y contrapesos diseñado en la Constitución para asegurar el equilibrio institucional.

Por otro lado, reiteró la inconformidad con el hecho de que en el artículo 4 del acto enjuiciado obligue a los municipios a adelantar los estudios que deben realizar los particulares que pretendan desarrollar las obras de exploración y explotación de los recursos naturales, en el entendido que esto implica la modificación de los planes y esquemas de ordenamiento territorial y que los aludidos estudios deben concordar con los POT.

Finalmente, expuso que el artículo 7º, en el que se autoriza al Ministerio de Minas y Energía a pedir concepto a las empresas privadas interesada en el desarrollo de los proyectos, que servirán de soporte para la toma de la decisión de adoptar o no las medidas de protección propuestas por las entidades territoriales, era una medida desproporcionada, que desconocía el derecho de las comunidades a participar cuando es esta a quien se va a afectar y que estaba transfiriendo un deber estatal a un particular.

2. LAS CONTESTACIONES

2.1. La Nación – Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural

2.1.1. Frente al primer cargo, esta entidad hizo manifiesto su desacuerdo con el demandante, señalando que la autonomía de las entidades territoriales no puede ser apreciada como absoluta e ilimitada respecto de los procedimientos y regulación minera, debido a que de conformidad con los artículos 151 y 288 de la Constitución, es en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial la que se establecen las competencias de las entidades territoriales para su respectiva organización. Asimismo, porque en virtud del artículo 322 constitucional, el Estado es propietario del subsuelo y de sus recursos naturales renovables y no renovables, lo que significa que puede intervenir en su explotación en pro de la sostenibilidad económica y ambiental de los habitantes, lo que justifica la

existencia de una regulación que fije el marco de acción del Estado en la actividad minera.

Señaló que los artículos 5 y 6 de la Ley 388 de 1997 evidencian que la norma demandada era necesaria, puesto que a pesar de que en el Código de Minas se dispuso como de interés público fomentar y estimular la exploración y explotación de los recursos mineros de propiedad estatal y privada, no se había regulado en detalle la materia, y en ese sentido, la supuesta competencia que según la parte actora poseen las entidades territoriales en la ordenación del suelo, el subsuelo y las cuencas hídricas, no podía ser asumida de manera independiente, desconociendo los procedimientos establecidos en la ley para ejecutar tales actividades, como por ejemplo, la obtención de licencias y permisos emitidos por la autoridad minera y la ambiental.

Expuso que el Estado al ser el único dueño del subsuelo tiene la potestad para disponer de los yacimientos de minerales y diseñar los procedimientos que propendan por un óptimo desarrollo del país, de ahí que la autonomía en materia minera no puede ser definida como la independencia que tienen las Asambleas y los Concejos para disponer, como les parezca, del uso del subsuelo y sus minerales, siendo necesaria la articulación de las autoridades de diferentes niveles de la administración para alcanzar los objetivos fijados por el sector de Minas y Energía de conformidad con los artículos 2 del Decreto 0381 de 2012 y 59 de la Ley 489 de 1998.

Manifestó que el acto administrativo demandado, de forma innovadora, concedió a los municipios la posibilidad de participar en la actividad minera y, además, definió los mecanismos para la protección del ambiente sano, el desarrollo económico, social, cultural de sus comunidades y la salubridad de la población de las actividades de exploración y explotación minera, que debe fundarse en procedimientos transparentes.

2.1.2. Respecto al segundo cargo, adujo que los accionantes efectuaron una interpretación errada de la sentencia C-123 de 2014, pues contrario a lo expresado por ellos, no se establecen procedimientos forzados, ni se fijaron requisitos impositivos a las autoridades territoriales, sino que por el contrario, lo que pretende la norma demandada es garantizar el cumplimiento efectivo del

artículo 37 del Código de Minas, estableciendo las pautas para su participación en los procesos de otorgamiento de títulos mineros como lo estableció la Corte.

2.1.3. En lo que se refiere al tercer cargo, indicó que el Ministerio de Minas y Energía es la entidad encargada de *“formular, adoptar, dirigir u coordinar la política sobre las actividades relacionadas con el aprovechamiento integral de los recursos naturales no renovables y de la totalidad de las fuentes energéticas del país”*, por lo que está facultado para crear políticas sobre el impacto ambiental de la actividad minera, mientras que al ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible compete este mismo asunto respecto de la conservación de los recursos naturales renovables.

Por ultimo, consideró necesario que el accionante tuviera en cuenta que el acto demandado *“bajo ninguna órbita puede afectar ni poner en riesgo la conservación de los recursos naturales ni del medio ambiente, por el contrario, como se ha expuesto, su objetivo no es otro que mantener la sostenibilidad ambiental y económica del país bajo procedimientos abiertamente razonables bajo los cuales se garantice el desarrollo económico del país”*²².

2.2. La Nación – Ministerio de Minas y Energía

2.2.1 Arguyó que las afirmaciones contenidas en las consideraciones previas de la demanda podrían hacer referencia a los efectos de la minería ilegal, informal o de barequeo, más no serían predicables de la minería legal, licenciada, organizada y controlada, evidenciando un desconocimiento de la historia de esta actividad y su evolución hacia el desarrollo sostenible, en el que confluyen las normas y la jurisprudencia al proteger el interés general y el medio ambiente.

2.2.2 En cuanto al supuesto incumplimiento de la Sentencia C-123 de 2014, señaló que los cargos planteados hacen referencia a la interpretación que los accionantes hacen de lo allí decidido, más no a una situación que obedezca a la realidad, pues se mencionan apartes de manera descontextualizada, dando a entender cosas que la sentencia no dice y desconociendo tanto el concepto emitido por la Procuraduría General de la Nación, como el salvamento de voto de la conjuez.

²² Folio 216 del expediente.

2.2.3 Alegó, luego de hacer referencia a los artículos 287 y 288 de la Constitución en lo que al principio de autonomía se refiere, que el Decreto atacado no implica amenaza a la competencia de las entidades territoriales, en el entendido que tiene como finalidad que las autoridades de los diferentes niveles interactúen y coordinen los proyectos entre ellas, proceso en el que *“la opinión del ente municipal siempre tendrá Valdez (Sic)”*²³.

Destacó que la atribución de ordenamiento territorial y reglamentación del uso del suelo por parte de las autoridades municipales y distritales se encuentra regulada en la Ley 388 de 1997, en la que se establecieron los mecanismos que les permiten, en ejercicio de su autonomía, promover el ordenamiento de su territorio, el uso equitativo y racional del suelo, la preservación y defensa del patrimonio ecológico de su jurisdicción, adelantar acciones político-administrativas tendientes a disponer de herramientas eficaces para orientar el desarrollo del territorio bajo su jurisdicción, definir de manera democrática, participativa, racional y planificada el uso y desarrollo de su territorio con base en parámetros de orden demográfico, urbanístico, ecológico biofísico, sociológico, económico y cultural, que involucra interrelación y articulación entre los miembros de la sociedad y su entorno cultural y natural.

Pues bien, para dejar claro su punto de vista sobre la materia, transcribió el salvamento de voto que la Doctora Ligia López Díaz en calidad de conjuer de la Corte Constitucional presentó frente a la sentencia C-123 de 2014, en el que planteó que debió declararse la exequibilidad del artículo 37 de Código de Minas sin condicionamientos, en tanto no puede confundirse soberanía con autonomía, queriendo decir con ello que si bien es cierto que los concejos municipales pueden, por ejemplo, reglamentar los usos del suelo, el Estado tiene a cargo la dirección general de la economía y está facultado para intervenir en la explotación de los recursos naturales como propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, y en esa medida, si de la protección del ambiente se trata, el ordenamiento jurídico tiene a disposición de los ciudadanos suficientes y variados mecanismos eficientes que les permiten velar por ese fin.

Explicó que con la norma demandada no se pretende imponer las decisiones del Ministerio de Minas y Energía a las autoridades del orden territorial, ni establecer a esa autoridad como la única competente para adelantar e intervenir en los

²³ Folio 220 del expediente.

procesos de otorgamiento de títulos mineros, ya que el acto demandado no modifica las competencias de otras autoridades del orden nacional a las que concierna el proceso.

Negó que los principios de autonomía territorial, colaboración y concurrencia hubiesen sido violados por el acto enjuiciado, anotando que los cargos de los accionantes obedecen a especulaciones, toca vez que no se hace mención alguna de situaciones o casos concretos en los que efectivamente se haya presentado tal vulneración. Ahora, en cuanto al artículo 288 constitucional, señaló que los demandantes, al plantear sus cargos, olvidaron que la Corte Constitucional se pronunció sobre la materia ordenando que se adelantara un proceso concertado entre municipios y autoridades del orden nacional, razón por la que el Decreto antes que alejarse de sus designios los acató debidamente.

Señaló que es falso que el acto atacado excluya a los municipios y distritos de la definición de “*Estado propietario de los recursos del subsuelo*”²⁴ porque tal caracterización se encuentra en los artículos 332 y 360 Superiores, y a esos entes territoriales siempre se les han garantizado sus derechos, como por ejemplo al pago de regalías.

2.2.4. Negó que el acto atacado implique el desconocimiento de las competencias que tienen diferentes autoridades nacionales en materia minera, quienes pueden adelantar procedimientos administrativos que consideren oportunos, incluso de tipo sancionatorio, y en tal sentido, tampoco se desatienden las obligaciones constitucionales de protección del ambiente a cargo del Estado, pues lo cierto es que, pese a que la actividad minera conlleva efectos negativos para el medio ambiente, cada autoridad cumple con sus funciones cuando se presentan omisiones o fallas del servicio y están prestas a ordenar indemnizar, mitigar o remediar fenómenos anormales, e intervenir directamente cuando se amerite.

Expuso que no es cierto que el Decreto demandado desconozca el deber calificado y progresivo del Estado de proteger las riquezas de la Nación y el derecho a gozar de un ambiente sano, en razón a que la sentencia C-035 de 2016 dispuso una herramienta adicional de protección del medio ambiente que no es tenida en cuenta por los accionantes. Frente a la discusión de cuáles actividades deben ser priorizadas, si los proyectos extractivos o la preservación y desarrollo

²⁴ Folio 225 del expediente.

de otras actividades como las agrícolas, consideró que es una decisión del Congreso en el marco de los postulados constitucionales, sin olvidar los beneficios que las actividades mineras y petroleras han representado para el Estado.

En lo que hace a la falta de competencia que se alega, puso de presente que el Decreto demandado cuenta con la firma de cuatro (4) Ministros y únicamente desarrolla la voluntad del Legislador, porque por medio de aquel únicamente se materializó la potestad reglamentaria del ejecutivo frente a las Leyes para el debido cumplimiento del artículo 37 del Código de Minas a la luz de la sentencia C-123 de 2014, estableciendo unas pautas generales que garantizaran la participación de las entidades territoriales en el proceso de otorgamiento de títulos mineros.

Admitió que tradicionalmente la adopción de medidas de protección del ambiente en ese tipo de procesos de autorización para la explotación minera se presentaban en el licenciamiento ambiental, pero con la norma demandada se ampliaron las oportunidades para tal fin incluso antes del mismo. En consecuencia, la realización de los estudios técnicos, elaborados y costeados por la municipalidad, lejos de constituir una carga, implican una garantía de que al momento de analizar las medidas de protección, de tal manera que ellos garantizarán la transparencia y seriedad en el proceso, así como fundamentación suficiente pues no obedecerán al capricho de la autoridad territorial.

2.2.5. Respecto a la afirmación de que el acto enjuiciado viola los artículos 8, 49, 79, 80 y 95.8 de la Constitución al priorizar la actividad minera sobre las finalidades constitucionales de conservación del medio ambiente, los recursos hídricos y la producción de alimentos, afirmó que el decreto acusado en ninguno de sus apartes hace mención a prelación de esa naturaleza, sino que por el contrario, las políticas estatales están diseñadas para que el desarrollo de la actividad minera sea sostenible y amigable con el medioambiente y la población en la que se desarrolle.

2.2.6. En relación con la vigencia de la disposición acusada aseveró que:

“De igual forma vale la pena adicionar que a partir de dicho pronunciamiento judicial (Sentencia C -123 de 2014 de la Corte Constitucional) el Gobierno Nacional atendió la regla establecida a

través de la expedición del Decreto 2691 de 2014, que de paso se hace necesario advertir al Despacho, que el mismo fue incluido en las derogatorias de manera integral por el Decreto Único Reglamentario del Sector Minas y Energía No. 1073 de 2015 del 26 de mayo de 2015, en su artículo 3.1.1. Título Disposiciones Finales, Derogatorias y Vigencia, numeral 4º “Igualmente, quedan excluidas de esta derogatorias las normas de naturaleza reglamentaria de este sector administrativo que, a la fecha de expedición del presente decreto, se encuentren suspendidas por la Jurisdicción Contencioso Administrativa, las cuales serán compiladas en este decreto, en caso de recuperar su eficacia jurídica”., Quedando la norma demandada Sub Judice y dependiendo de si soporta el estudio de legalidad recuperará su vigencia jurídica, o de lo contrario, se operará (Sic) el decaimiento administrativo del Decreto 2691 de 2014.6 (Sic)”²⁵.

2.3. La Nación – Ministerio del Interior

2.3.1. Con el fin de responder a la que consideró fue una inconformidad de los demandantes frente a los términos utilizados para dar cumplimiento a la Sentencia C-123 de 2014, precisó que las expresiones utilizadas en el acto enjuiciado son apropiadas e idóneas para lograr una retroalimentación entre los niveles central y territorial, así como el respeto de la autonomía de este último. Por ello, se refirió al termino solicitar del artículo 3 de la norma enjuiciada, indicando que aunque no refleja el significado de la expresión acordar, utilizada por la Corte en su sentencia, si se lee en contexto y de manera sistemática, cumple la finalidad que tenía ese Alto Tribunal al declarar la exequibilidad condicionada del artículo 37 del Código de Minas.

2.3.2. Señaló que el citado código contempla unas restricciones claras para la explotación y exploración de hidrocarburos en sus artículos 34 y 35, pero deja por fuera otras que deben ser puestas en marcha por la entidades que tienen conocimientos acerca de la conveniencia o inconveniencia de ejecutar actividades mineras en los territorios, siendo entonces necesario establecer un procedimiento que surgiera a partir del interés de los municipios y distritos, cuya participación no se limita únicamente a la presentación de la solicitud, sino que, como lo establece

²⁵ Folio 227 del Cuaderno número 2.

el artículo 8º de decreto demandado, trasciende a espacios de diálogo entre las autoridades, convirtiéndolo en un proceso adecuado.

Recordó que no es el acto demandado sino el artículo 37 del Código de Minas el que establece la prohibición de que las autoridades locales pongan límite a la actividad minera, y sobre esta norma se definió un condicionamiento para declarar su exequibilidad, el cual dio origen al acto enjuiciado, y cuyo propósito consistió en clarificar un contenido que la Corte consideró insuficiente, por lo que no es justo atribuirle a éste un alcance restrictivo que no tiene.

2.3.3. Por otro lado, argumentó que la participación del Ministerio de Minas y Energía en la resolución de estas solicitudes no es exclusiva, puesto que la norma demandada no desplaza las competencias de otras autoridades encargadas de la protección del medio ambiente; además que el decreto en sus artículos 6 y 7 es claro al señalar que se trata de un proceso deliberativo al que concurren las autoridades competentes en las materias a que se refiere el estudio técnico que soporta la solicitud, como el Ministerio del Ambiente y Desarrollo Sostenible, entre otras, de lo que concluye que es falso que este procedimiento establezca una imposición por parte de una sola autoridad del ejecutivo a los entes territoriales o que implique un veto al ejercicio de las facultades regladas de otras entidades que cuenten con los conocimientos necesarios para dictaminar si las medidas de protección propuestas son necesarias o no.

2.3.4. Adujo que resulta lógico que sea el Ministerio de Minas y Energía como autoridad nacional que por mandato constitucional y legal encargada de la implementación de las políticas minero energética quien concorra a la concertación con los entes territoriales y el gobierno central.

Agregó que, el procedimiento para conseguir un acuerdo respecto de las medidas necesarias para garantizar un ambiente sano fue reglado en el acto demandado que surgió como consecuencia de lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-123 de 2014, circunstancia que hace impreciso asegurar que existen pautas que pudieran sugerir que éste debería invertirse o hacerse de otra manera, máxime cuando la exigencia que se hace a las entidades territoriales no se opone al ordenamiento jurídico, en la medida que éstas pese a tener prohibido imponer restricciones a esas actividades, encuentran en este procedimiento la oportunidad de contradecir y presentar objeciones a la concesión de un título minero,

aportando estudios que, junto con los realizados por los interesados en la obra, serán analizados por el Ministerio para determinar si hay o no lugar a conceder las medidas de protección, significando esto que el gobierno no desbordó sus competencias al expedir la norma demandada en la que únicamente se desarrolló el artículo 37 del Código de Minas.

2.3.5. En cuanto a la solicitud de medidas de protección, los planes de ordenamiento territorial y el cumplimiento de postulados ambientales, expuso que a la luz de los artículos 3, 4, 5, 6, 9 y 14 de la Ley 388 de 1997 el propósito de los POT es asegurar que a la hora de desarrollar el principio de planeación las entidades tomen en cuenta todos los aspectos que gravitan en torno del desarrollo urbanístico y económico de las regiones, para armonizarlos con las necesidades de las comunidades. Igualmente, que se trata de una herramienta que, además de materializar los principios de participación democrática y planeación, permite actualizar los postulados que gobiernan la interrelación con otros entes territoriales, y direccionan la gestión institucional hacia el desarrollo.

Reprochó el entendimiento referido a que en todos los casos en los que se identifiquen zonas de interés ambiental, hídrico, social y económico en la jurisdicción de los entes territoriales deban adelantarse trámites propios de un POT para poder radicar la solicitud de medidas de protección a que se refiere la norma demandada, en la medida que tal actuación debió previamente adelantarse por cada una de esas entidades al formular el aludido instrumento de planeación, dentro del cual deben contemplarse la ejecución de macroproyectos; de ahí que sostuvo que no es dable concluir que el acto acusado ponga obstáculos administrativos o de participación que resulten insuperables, si se parte de la consideración que los municipios y los distritos han cumplido con el deber de organizar el territorio en el marco de su autonomía.

Cuestionó la utilidad de los argumentos relacionados con la prohibición de la minería en territorio urbano, en tanto el Decreto demandado no hace mención alguna a ese tema, debido a que no es tratado por el artículo 37 del Código de Minas.

2.3.6. Con motivo de los cargos que los accionantes plantean frente a la omisión del Estado en el cumplimiento de los deberes de conservación del medioambiente y las riquezas naturales del país, alegó que se trata de conjeturas de mala fe,

proscritas por el artículo 83 constitucional, que no pueden considerarse como argumentos que demuestren contradicción alguna en derecho. Adicionalmente, expuso que malintencionadamente y sin prueba alguna, los accionantes pretenden que el Consejo de Estado, excediendo sus competencias, parta de un estado de cosas inconstitucionales en materia minera, y declare la ilegalidad del acto demandado, pues equivocadamente le endilgan las fallas en el sistema de participación ciudadana.

Manifestó que comparte las preocupaciones en cuanto a participación y protección del medioambiente, pero recordó que nuestra legislación ofrece una amplia gama de medios procesales para la obtención de tal fin.

Por último, sostuvo que de lo expuesto por los demandantes no se logra establecer las razones por las cuales el principio de subsidiariedad se considera transgredido.

Como corolario de lo hasta aquí expuesto, solicitó denegar las pretensiones de nulidad.

2.4. La **Presidencia de la República**, pese a haber sido vinculada en debida forma al proceso, guardó silencio.

III. AUDIENCIA INICIAL

El día 18 de septiembre de 2020, se llevó a cabo audiencia inicial, en la que se fijó el litigio de la siguiente manera²⁶:

“Vistas las intervenciones de las partes lo que encuentra la Sala es que concuerdan en que mediante sentencia C-123 de 2014, la Corte Constitucional estudió la exequibilidad del artículo 37 de la Ley 685 de 2001 (Código de Minas).

También convienen en que el Decreto 2691 de 2014 (acusado) reglamentó lo dispuesto en la citada disposición legal acatando la orden emitida por la mencionada providencia dado que condicionó su exequibilidad

²⁶ Folios 109 a 116 y 178 a 186 del Cuaderno Principal.

Adicionalmente, presentan acuerdo en que al efectuar la enunciada labora de reglamentación, el Presidente creó un procedimiento para dar cumplimiento a la mencionada sentencia C-123 de 2014 emitida por la Corte Constitucional.

Siendo ello así, habrá que definirse el alcance de la citada disposición, habida cuenta de que, como ya se dejó dicho, el mencionado pronunciamiento jurisprudencial condicionó su constitucionalidad.

No obstante, primero que nada, la Sala deberá pronunciarse sobre el fenómeno de decaimiento a que se aludió en el auto que negó la suspensión provisional, toda vez que también en Sentencia C-273 de 2016, el citado Alto Tribunal analizó la exequibilidad del artículo 37 del Código de Minas, concluyendo que era inexecutable.

Resuelto lo anterior, la Sala se adentrará en el análisis de los cuatro reproches de nulidad por violación de normas superiores invocados por los demandantes, a saber: (i) violación de los principios de autonomía territorial, colaboración y concurrencia, (ii) desconocimiento de la sentencia C-123 de 2014, y de los principios de legalidad y reserva de ley, (iii) desconocimiento del deber del Estado de proteger las riquezas naturales de la Nación y garantizar el derecho a gozar de un ambiente sano y (iv) vulneración al derecho fundamental de acceso a la administración de justicia.

En consecuencia, previa verificación del cumplimiento de la carga argumentativa que corresponde al demandante y teniendo en cuenta la congruencia de que trata el artículo 187 del CPACA y 281 del CGP, así como las excepciones propuestas y las que de oficio se encontraren probadas, en los términos del artículo 282 del mismo Código, la Sala deberá resolver los puntos enunciados a continuación:

2.1. Violación de los principios de autonomía territorial, colaboración y concurrencia entre los niveles centrales y descentralizados y el derecho fundamental a la participación.

2.1.1. *La Sala deberá dilucidar si con la expedición del acto administrativo acusado se vulneró el principio de autonomía territorial y con ello, los artículos 8, 10 y 14 de la Ley 388 de 1997, si dicho acto somete a los municipios a un procedimiento no previsto ni en la Constitución ni en la Ley para ordenar y proteger su territorio frente a actividades mineras.*

2.1.1.1. *No obstante, de manera previa tendrá que definirse si es cierto que el Decreto 2691 de 2014 contempla un procedimiento no previsto en la Constitución y en la Ley.*

2.1.2. *Deberá resolverse es si es cierto que el acto administrativo acusado sometió a los municipios a acatar las medidas que el Ministerio de Minas y Energía adoptara para la protección del medio ambiente en las áreas afectadas por proyectos, obras o actividades de carácter minero.*

2.1.2.1. *De encontrar positiva la respuesta a la anterior cuestión, deberá resolverse si ello vulnera los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad (artículo 4 de la Ley 136 de 1994).*

2.1.3. *También habrá de dilucidarse si el competente para participar en el procedimiento diseñado en el acto censurado es el Ministerio de Minas y Energía o la Agencia Nacional de Minería, pues en. Apego al orden jurídico es la última entidad a quien le compete otorgar títulos en lo concerniente a las actividades mineras.*

2.1.4. *Tendrá que resolverse si las medidas de protección que resulten del agotamiento del procedimiento descrito en deben estar vigentes desde la fecha de expedición de la sentencia C-123 de 2014.*

2.1.5. *La Sala se ocupará de definir si se infringen los artículos 2, 8, 79 y 80 de la Constitución, si se obliga a los municipios a solicitar al Ministerio de Minas y Energía las medidas de protección que la Corte Constitucional ordenó en la Sentencia C-123 de 2014.*

2.1.6. *Deberá resolverse si es cierto que la realización de estudios de soporte que justifiquen las medidas de protección que los Municipios deben solicitar al Ministerio de Minas y Energía no tiene respaldo constitucional ni legal.*

2.1.6.1. De advertir que es afirmativa la respuesta al anterior interrogante, la Sala de la Sección Primera definirá si ello vulnera lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 313 Superior así como lo dispuesto en la Ley 99 de 1993.

2.1.7. *Adicionalmente, tendrá que resolverse si la orden de expedición del acuerdo de que trata el artículo 5º del Decreto 2691 de 2014, trasgrede lo dispuesto en las Leyes 136 de 1994, 388 de 1997 y 507 de 1999.*

2.1.8. *Al mismo tiempo, y en relación con la disposición reglamentaria a que se alude en el numeral anterior, la Sala determinará si el plazo otorgado para ese efecto (90 días) es insuficiente para lograr el cometido que allí se indica.*

2.1.9. *A su turno, deberá establecerse si los artículos 6, 7, 8, 9 y 10 de la decisión acusada, desconocen el principio de autonomía territorial si contemplan la necesidad de que ente territorial solicite medidas de protección ambiental al Ministerio de Minas y Energía.*

2.1.10. *También se esclarecerá si es cierto que el lapso que concede el artículo 11 del Decreto 2691 de 2014 es muy corto para la contratación y realización de estudios ambientales por parte de los entes territoriales.*

2.1.10.1. De responderse de forma positiva el anterior interrogante, deberá la Sala establecer si ello conduce a declarar la nulidad de la mencionada disposición.

2.2. ***Desconocimiento de la sentencia C-123 de 2014, y de los principios de legalidad y reserva de ley.***

2.2.1. *Lo primero que deberá definirse es si es cierto que con la expedición del Decreto 2691 de 2014, se desconoció la sentencia C-123 de 2014 proferida por la Corte Constitucional que declaró la exequibilidad condicionada del artículo 37 de la Ley 685 de 2001, que fue reglamentado mediante el acto censurado, si se creó un procedimiento que implicó la creación de obligaciones no previstas en dicha providencia ni en la Constitución ni en la Ley.*

2.2.2. *También se ocupará la Sala de establecer si es cierto que con el acto impugnado se despojó a los municipios y distritos de las funciones de determinación de los usos del suelo.*

2.2.3. *Definido si lo anterior corresponde a la realidad, tendrá la Sala que dilucidar si ello se traduce en la necesidad de decretar la nulidad del decreto demandado.*

2.2.4. *Corresponde a la Sala de la Sección Primera puntualizar si es cierto que con la expedición de la decisión enjuiciada se crean obligaciones a cargo de los municipios tales como expedición de acuerdos municipales en tiempos diferentes a los establecidos en la Ley, solicitar al Ministerio de Minas y Energía que decida si es pertinente dictar medidas de protección ambiental respecto de actividades mineras, ordenar estudios de impacto ambiental, etc.*

2.2.4.1. *Definido lo anterior y en caso de que la respuesta al anterior interrogante sea afirmativa, la Sala responderá si ello excede la potestad reglamentaria del Presidente de la República.*

2.2.4.2. *De igual forma, y en el evento de que la respuesta a la cuestión vista en el numeral 7.2.4. sea positiva, se determinará si ello vulnera lo dispuesto en las leyes 136 de 1994, 388 de 1997 y 507 de 1999.*

2.3. ***Desconocimiento del deber calificado y progreso del Estado de proteger las riquezas naturales de la Nación y garantizar el derecho a gozar de un ambiente sano.***

2.3.1. *Sobre este particular cargo, tendrá que dilucidarse si la expedición del decreto objeto de la presente Litis desconoce el artículo 209 de la Carta Fundamental y el deber de protección de las riquezas naturales, si radica la competencia en el Ministerio de Minas y Energía para fijar políticas ambientales frente a actividades mineras.*

2.3.1.1. *Sin embargo, de manera previa a responder tal problema, la Sala definirá si es cierto que radica la competencia en el Ministerio de Minas y Energía para fijar políticas ambientales frente a actividades mineras.*

2.3.2. *De igual forma, tendrá que puntualizar si es cierto que el Decreto acusado hace que el Ministerio de Minas y Energía desempeñe dos roles opuestos al ser quien de acuerdo con su contenido establezca las medidas de protección ambiental, pero al mismo tiempo se erija como el ente encargado en el nivel nacional de fomentar la producción minera en el país.*

2.3.3. *De advertir que alguna de las respuestas a las cuestiones planteadas en afirmativa, tendrá que resolverse si ello conduce a declarar la nulidad de la disposición censurada.*

2.4. Violación al derecho fundamental de acceso a la administración de justicia.

2.4.1. *Finalmente, la Sala se ocupará de determinar si la expedición del acto desconoce el principio de precaución, si traslada a los municipios la carga de acreditar que la actividad del concesionario minero no va a generar efectos adversos e irreversibles al medio ambiente.*

2.4.1.1. *Considerando entonces una respuesta positiva a lo dicho, se precisará si ello redundará en la nulidad de la norma impugnada.²⁷*

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

²⁷ Folios 181 a 183 del Cuaderno Principal.

4.1. Finalizada la audiencia inicial llevada a cabo el 18 de septiembre de 2020, el Despacho sustanciador corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión²⁸.

4.2. La **parte accionante**, presentó alegatos de conclusión reiterando lo expuesto en la demanda y aludiendo a la operancia del fenómeno del decaimiento por virtud de la Sentencia C-273 de 2016, toda vez que a través de esa providencia se declaró la inexequibilidad del artículo 37 de la Ley 685 de 2001, que se reglamentó a través del acto cuestionado, lo que condujo a que perdiera el fundamento de derecho.

4.2. De igual forma, la **Presidencia de la República** señaló que el acto impugnado había perdido ejecutoriedad por la razón que adujo la parte actora. Sostuvo que para el omento en que fue expedido el Decreto 2691 de 2014, gozaba de todos los atributos de legalidad y que había sido concebido para lograr coordinación necesaria entre el nivel nacional y el territorial en una materia sensible, cual es, la del aprovechamiento de recursos naturales, lo que supone una necesaria tensión entre el desarrollo económico y el medio ambiente.

4.3. el **Ministerio del Interior** coadyuvó la posición de la Presidencia de la República, resaltando que el principio de la autonomía territorial no podría ser entendido como un derecho absoluto que marginara los demás.

4.4. El **Ministerio de Minas y Energía** reiteró lo expuesto en la contestación de la demanda.

4.5. El **Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural** reiteró lo expuesto en la contestación de la demanda.

4.6. El **Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible** guardó silencio.

IV. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El **Agente del Ministerio Público** no asistió a la diligencia convocada para el 18 de septiembre de 2020, excusádo su comparecencia.

²⁸ Folio 185 del Cuaderno Principal.

VI. DECISIÓN

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir el asunto *sub lite*, previas las siguientes

VII. CONSIDERACIONES

7.1. Competencia.

De conformidad con lo expuesto en el artículo 237 de la Constitución Política y de lo previsto en los artículos 11, 13, 34, 36, 39 y 49 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, así como de lo expuesto en el artículo 149 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y del artículo 13 del Acuerdo 080 de 2019 expedido por la Sala Plena de esta Corporación, el Consejo de Estado es competente para conocer del asunto de la referencia.

Atendiendo lo expuesto en la fijación del litigio y en aplicación al orden allí dispuesto, la Sala procede a resolver cada uno de los cuestionamientos de las partes así:

7.2. Sentencia C-273 de 2016 y decaimiento

Como quedó referido en el auto por medio del cual fue desatada la petición cautelariva en el asunto de la referencia, la Corte Constitucional, en sentencia C-273 de 2016, declaró la inexecutable del artículo 37 de la Ley 685 de 2001, que fue la disposición objeto de reglamentación por medio del Decreto 2691 de 2014, cuya validez es reprochada en el asunto de la referencia.

En efecto, en la *ratio decidendi* del anotado fallo se adujo que, en tratándose de la regulación legal de temas relacionados con el ordenamiento del territorio y los usos del suelo, el procedimiento que debía llevarse a cabo para esa finalidad era el de una ley orgánica; veamos:

“35. Sin embargo, como lo estableció la Corte en los fundamentos jurídicos 10 a 14 de esta Sentencia, el constituyente no sólo estableció una serie de garantías institucionales de orden sustancial para garantizar la ponderación entre autonomía y el carácter unitario del

Estado. Para efectos del análisis del presente caso, resulta aún más importante que el constituyente creó, además, una serie de **garantías atinentes al procedimiento de toma de decisiones al interior del Congreso en estas materias.** Como ya se dijo, por medio de dichas garantías se persigue, por un lado, darle mayor estabilidad a la distribución de dichas competencias. Por el otro, se pretende garantizar que los procesos de toma de decisiones al interior del Congreso obedezcan a las reglas claras preestablecidas en leyes orgánicas, y que las decisiones se tomen con fundamento en una voluntad democrática fortalecida mediante la exigencia de mayorías absolutas. Finalmente, es necesario reiterar que la reserva de ley orgánica constituye un mecanismo que, lejos de excluir determinadas materias del ámbito de competencia del Legislador, como ocurre en otros contextos, le atribuyen a éste la potestad para ponderar los bienes jurídicos en tensión, conforme a los principios de subsidiariedad, concurrencia y coordinación dentro del margen de configuración que es propio de este tipo de decisiones.

36. Estas garantías institucionales, tanto las de naturaleza sustantiva como las de tipo procedimental, se ven reforzadas cuandoquiera que toquen competencias esenciales de las entidades territoriales. Una de estas competencias esenciales es la de reglamentar los usos del suelo dentro del territorio de la respectiva entidad. Así lo estableció la Corte en la **Sentencia C-123 de 2014** varias veces citada, que al respecto dijo:

“La regulación sobre ordenamiento territorial atañe a aspectos que resultan esenciales para la vida de los pobladores del distrito o municipio, sea que estos se encuentren en un área urbana, suburbana o rural. **La función de ordenamiento territorial, y dentro de ella con especial relevancia la de determinar los usos del suelo,** afectan aspectos axiales a la vida en comunidad y llegan a determinar el modelo de desarrollo y, por consiguiente, las condiciones de vida en aspectos como el económico, el social, el cultural, el ambiental, el urbanístico, entre otros.”

*El carácter esencial de la función de ordenamiento territorial de los municipios y departamentos también fue un aspecto determinante en la decisión adoptada en la **Sentencia C-035 de 2016** respecto del artículo 20 de la Ley 1753 de 2015. En aquella oportunidad la Corte sostuvo:*

29. Acorde con lo anterior, la libertad del Legislador para determinar la distribución de competencias entre uno y otro nivel competencial no puede obviar las expresas atribuciones reconocidas a los municipios por las precitadas disposiciones constitucionales. Ello implica que la legislación no puede desconocer que, cualquiera que sea la distribución competencial que establezca, la misma no puede anular el contenido específico del principio de autonomía territorial que se manifiesta en la posibilidad de que los municipios reglamenten los usos del suelo dentro de su respectivo territorio.

37. De lo anterior es claro que las garantías institucionales se ven reforzadas en la medida en que el Legislador intervenga sobre competencias atribuidas constitucionalmente a las entidades territoriales. Más aún, las garantías institucionales de orden procedimental, como la reserva de ley orgánica, adquieren especial relevancia en la medida en que concurren competencias que tengan un claro fundamento constitucional. En tales casos adquieren especial importancia la estabilidad, transparencia y el fortalecimiento democrático que otorga la reserva de ley orgánica al proceso de toma de decisiones al interior del Congreso.

38. En el presente caso, la disposición demandada prohíbe a las entidades de los órdenes “regional, seccional o local” excluir temporal o permanentemente la actividad minera. Más aun, esta prohibición cubre expresamente los planes de ordenamiento territorial. Al hacerlo 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

Por lo anterior, la Corte declarará la inexecutable del artículo 37 de la Ley 685 de 2001.” (Subrayas de la Sala).

Visto lo anterior, es diáfano que el Decreto aquí censurado perdió fuerza ejecutoria al haber desaparecido el fundamento legal que le dio origen, esto es, el artículo 37 del Código de Minas, por haber sido declarado inexecutable, todo lo cual nos ubica en el contexto del numeral 2 del artículo 91 del CPACA:

“Artículo 91. Pérdida de ejecutoriedad del acto administrativo. *Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos en firme serán obligatorios mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Perderán obligatoriedad y, por lo tanto, no podrán ser ejecutados en los siguientes casos:*

1. Cuando sean suspendidos provisionalmente sus efectos por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho.

3. Cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la autoridad no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos.

4. Cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto.

5. Cuando pierdan vigencia”. (Subrayas de la Sala).

Ahora, la ocurrencia de tal fenómeno se relaciona con uno de los atributos del acto administrativo, es decir, la ejecutoriedad u obligatoriedad de las decisiones unilaterales de la Administración, lo cual supone el nacimiento a la vida jurídica de tal decisión, sólo que por alguna de las circunstancias anunciadas en la normativa transcrita deja de producir efectos.

Lo expuesto permite concluir que, ante supuestos como el descrito, el control de legalidad es procedente, pues este último se relaciona con la validez del acto administrativo, que no es otra cosa que la concordancia del acto con el orden

jurídico superior al momento en que fue expedido en atención a elementos tales como la competencia, la motivación, su forma de expedición, el respeto al debido proceso y al derecho de audiencia y defensa y la atención a los fines para los cuales se erigió.

La jurisprudencia de esta Corporación ha sido uniforme, pacífica y reiterada en este sentido²⁹:

*“Pese a que de acuerdo con lo expuesto la norma legal en la que se fundamentó la Circular acusada, que se dirigió a todas las entidades públicas, fue declarada inexecutable, **la pérdida de fuerza ejecutoria de un acto administrativo** cuando han desaparecido sus fundamentos de derecho, no impide la revisión de su legalidad, dado que el decaimiento del acto no tiene que ver con la validez del mismo, como lo ha sostenido la Corporación en varias oportunidades³⁰. En efecto la validez del acto está referida a la concordancia de éste, para el momento de su nacimiento con el ordenamiento jurídico superior, si éste infringió las normas en las que debía fundarse, si fue expedido con falta de competencia, en forma irregular o con desconocimiento del derecho de audiencias o defensa o mediante falsa motivación o con desviación de las atribuciones propias de quien lo expidió (art. 84 C. C. A); en tanto que la fuerza ejecutoria del mismo se relaciona con una de sus características, como es el de la obligatoriedad, cuando a pesar de que el acto cobró firmeza, hay cesación de sus efectos jurídicos ante la ocurrencia de algunos de las causas enlistadas en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, consistentes en que el acto fue suspendido provisionalmente, desaparecieron sus fundamentos de hecho o de derecho, al cabo de cinco años de estar en firme, la administración no realizó los actos correspondientes para su ejecución,*

²⁹ Los siguientes apartes han sido acogidos en diversos pronunciamientos entre los cuales vale la pena resaltar: Sección Quinta, Sentencia del 23 de agosto de 2018. Proceso número 52001-23-31-000-2011-00002-01. M.P: Alberto Yepes Barreiro; Sección Primera. Sentencia del 10 de mayo de 2012. Radicación número: 66001-23-31-000-2006-00353-01. C.P. María Claudia Rojas Lasso; Sección Primera. Sentencia del 26 de julio de 2018. Expediente número 11001-03-24-000-2010-00199-00. M.P. María Elizabeth García González. Sección Primera. Fallo del 15 de noviembre de 2019. Proceso número 11001-03-24-000-00163-01. C.P. Hernando Sánchez Sánchez.

³⁰ Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencias de 3 de agosto de 2000, M. P. Olga Inés Navarrete Rodríguez, exp. No. 5722, actor: Luis Fernando Velandia Rodríguez; 9 de diciembre de 2004, M. P. María Inés Ortiz Barbosa, exp. No. 14152, actor: Exportamérica de Colombia S. A; sentencia de 4 de noviembre de 2004, M.P. María Inés Ortiz Barbosa, exp. No. 13822, actor: Pedro Enrique Sarmiento Pérez.

no se cumplió la condición resolutoria a que se encontraba sometido. La Sala en sentencia de 3 de julio de 2003 al respecto dijo:

*“(…) en primer lugar, que la pérdida de fuerza ejecutoria o decaimiento del acto administrativo por desaparicimiento de los fundamentos de hecho o de derecho **no es causal de nulidad de los actos administrativos** pues tal pérdida de ejecutoria hace que el acto no esté llamado a producir efectos, y por ende impide que la Administración les dé cumplimiento porque se torna inoponible; la situación de pérdida de fuerza ejecutoria alegada () no es circunstancia que ataque la validez del acto como tampoco lo es el desaparicimiento del fundamento jurídico toda vez que esta es causal de dicha pérdida de ejecutoria. Recuérdese que el C. C. A en sus artículos 84 y 85 C. C. A. - y la reiterada jurisprudencia dictada con base en dicho principio de legalidad - señalan que las causales de nulidad de los actos administrativos son taxativas y destacan que la pérdida de fuerza ejecutoria o el decaimiento del acto no son causales de nulidad; que la pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos puede provenir de la anulación por la jurisdicción contencioso administrativa, entre otros (art. 66)*

***En segundo lugar,** es necesario aclarar que el decaimiento del acto se predica de actos en firme porque es la característica de firmeza la que puede en principio ocasionar la ejecutoriedad y ejecutividad de la decisión, según el caso, y la pérdida de fuerza ejecutoria en caso de ocurrir algunas de las causales previstas en la ley”.³¹*

Por consiguiente, el decaimiento del acto administrativo por algunas de las situaciones enunciadas, se produce a partir de su acaecimiento y hacia el futuro y no comprende los efectos producidos por él mientras estuvo vigente, situación que además le da una razón más al pronunciamiento en sede jurisdiccional de nulidad, sobre la validez del acto, cuando ha perdido fuerza ejecutoria por desaparición de sus

³¹ Sección Tercera. Radicación número: 11001-03-26-000-1995-01215-01. Actor: Sociedad Minera 'Las Peñas' Consejero Ponente: Dra. María Elena Giraldo Gómez. Referencia: No. Interno 11.215.

fundamentos de hecho o de derecho, sumado a que no existe en esta Jurisdicción una acción autónoma a través de la cual se pueda solicitar la declaratoria de pérdida de fuerza ejecutoria de un acto”³².

En fallo del 26 de agosto de 2010, la Subsección “B” de la Sección Segunda también se manifestó en el sentido expuesto:

“El decaimiento es una figura que opera en sede administrativa al haber perdido el acto administrativo unos de sus caracteres principales, el de ser ejecutorio, lo que implica que la administración no puede hacerlo cumplir. En este orden, el decaimiento no es procedente de ser declarado judicialmente, porque este decaimiento o pérdida de fuerza ejecutoria no está previsto como causal de nulidad de los actos administrativos, y, porque no existe dentro del ordenamiento contencioso administrativo una acción encaminada a tal fin.

La no aplicación de esta figura en sede judicial, no impide que el juez administrativo emita un juicio de legalidad frente a estos actos respecto de los cuales se ha producido el fenómeno del decaimiento por haber desaparecido los fundamentos de derecho, si contra ellos se ha ejercitado la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en la medida en que el acto con efectos particulares continúa vigente dada la presunción de legalidad que lo ampara y que puede ser controvertida a través del proceso ordinario en el que se aduzca la existencia de una cualquiera de las causales que dan lugar a la anulación de los actos administrativos y que se describen en el artículo 84 del C.C.A.

El anterior razonamiento es válido si en cuenta se tiene que en el proceso ordinario de nulidad se ataca la configuración de los elementos del acto administrativo al momento de su nacimiento, y su concordancia con el régimen jurídico que debió respetar tanto en su jerarquía normativa como en el procedimiento que se siguió para su expedición, mientras que, el fenómeno producido por la desaparición del fundamento de derecho de un acto, tiene efectos hacia el futuro sin

³² Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 11 de agosto de 2005. Proceso número 1001-03-26-000-2000-08345-01 (18345). M.P. María Elena Giradlo López.

*afectar la validez del acto por todo el tiempo de su existencia jurídica. Así lo concluyó esta Corporación en sentencia del 11 de marzo de 2004*³³:

“...En efecto, en la práctica bien pudo haberse producido la expedición de actos administrativos creadores de situaciones jurídicas particulares y concretas con base en aquel del que se predica el fenómeno del decaimiento, por declaratoria de inexecutable de la ley o por declaratoria de nulidad de la norma sustento de derecho y, como quiera que tal fenómeno en nada afecta la validez del acto administrativo, no se afecta el principio de la presunción de legalidad del acto administrativo, ya que el juzgamiento de la legalidad de un acto administrativo debe hacerse con relación a las circunstancias vigentes al momento de su expedición.

*No hay, por tanto, razón alguna que imposibilite proferir fallo de fondo con respecto a la legalidad de un acto respecto del cual se ha producido el fenómeno del decaimiento, entendiendo que dicho fallo abarcará el lapso durante el cual dicho acto administrativo estuvo vigente, lapso durante el cual el acto administrativo gozó de presunción de legalidad. (...) pues sólo el fallo de nulidad, al producir efectos ex tunc, desvirtúa la presunción de legalidad que acompañó al acto administrativo mientras éste produjo sus efectos. (...)*³⁴.

Bajo tal perspectiva, y visto que procede el control de legalidad a través del medio de control previsto en el artículo 137 del CPACA., pasará la Sala a adentrarse en el estudio de fondo de los cargos de nulidad propuestos por los accionantes, no sin antes delimitar el alcance de la disposición que se censura, toda vez que muchos de los planteamientos que se esgrimieron por dicho extremo de la controversia surgen a partir de una lectura particular de la normativa acusada.

7.3. Alcance del Decreto 2691 de 2014

³³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. C.P. Dr. Camilo Arciniegas Andrade. No. de Referencia 1998-0035.

³⁴ Dictado en proceso número 68001-23-15-000-2000-01275-01 (2333-08). M.P. Gerardo Arenas Monsalve.

7.3.1. Tal y como ha quedado observado en los antecedentes de esta providencia, el citado acto administrativo fue expedido con el objeto de reglamentar el artículo 37 de la Ley 685 de 2011, cuestión que impele a aludir al contenido de tal norma legal y a las cuatro (4) sentencias que han analizado su exequibilidad; estas son, C-891 de 2002, C-395 de 2012, C-123 de 2014, y C-273 de 2016, la última de las cuales, como ya se reseñó, declaró su inconstitucionalidad, razón por la cual no será objeto de estudio.

La disposición en cita hace parte del Capítulo III, “Zonas reservadas, excluidas y restringidas”, del Título I, “Disposiciones Generales”, de la enunciada Ley. El siguiente era su tenor literal:

“Artículo 37. 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”.

7.3.1.1. Ahora bien, en Sentencia C-891 de 2002, la Corte Constitucional definió los siguientes dos aspectos: si la aprobación del artículo 37 acusado había desconocido el derecho a la participación indígena y si tal disposición resultaba contraria a la Carta por desconocer el carácter pluricultural de la Nación y la autonomía reconocida a las comunidades indígenas.

Sobre el primero de los cargos, concluyó que no encontraba “reproche constitucional que admitir frente al proceso de consulta que se surtió en relación con la expedición de la ley parcialmente demandada, por cuanto los canales de participación indígena fueron razonables y suficientes, a pesar de no haberse podido llegar a un acuerdo entre los interlocutores.” Adicionalmente indicó “que esta consulta previa a la ley, es adicional a la participación que se les debe dar a los pueblos indígenas a partir de su entrada en vigencia, esto es, con posterioridad a la expedición de la respectiva ley; destacándose el especial cuidado que deben observar las autoridades que tienen a su cargo el desarrollo

administrativo de la misma, particularmente en lo tocante a la adopción de las medidas administrativas susceptibles de afectar directamente los intereses de tales pueblos.”

En lo atinente al segundo punto, señaló que *“las autoridades indígenas no están privadas del derecho a intervenir en una decisión para ellos trascendental, como es la de definir las zonas mineras indígenas”*, agregando que, de una lectura sistemática del Código de Minas, se encuentra que las autoridades indígenas tienen la competencia para puntualizar, *“dentro de la zona minera indígena, los lugares que no pueden ser objeto de exploraciones o explotaciones mineras por tener especial significado cultural, social y económico para la comunidad o grupo aborígen, de acuerdo con sus creencias, usos y costumbres, tal como lo dispone el artículo 127 de dicho ordenamiento.”*

A su turno, en la Sentencia C-395 de 2012 el Máximo Tribunal Constitucional se ocupó de establecer si era cierto que los artículos 11 y 37 de la Ley 685 de 2001 desconocían el principio de coordinación al no permitir *“a las entidades territoriales participar en la determinación de los lugares donde se pueden realizar actividades mineras cuando se trata de zonas rurales y de expansión, pues a pesar de que son las encargadas de regular los usos del suelo tal competencia se ve vaciada por el legislador al dar total y exclusiva primacía a la autoridad minera para determinar el uso del suelo dondequiera que se vayan a realizar las actividades de minería.”*

La Corte absolvió tal problema sosteniendo *“que en el marco que la Constitución ha previsto para la explotación de los recursos naturales, cabe que el legislador, al resolver para el caso concreto la tensión entre los principios unitario y autonómico, dé prelación al primero, en razón a los objetivos de interés público, plasmados en el mismo ordenamiento Superior, que están presentes en la actividad minera.”* De acuerdo con ello el Legislador está habilitado para disponer *“la prevalencia del principio unitario, orientado a establecer un régimen único para la explotación de los recursos mineros, y a evitar las decisiones aisladas que limiten o excluyan la explotación de unos recursos que son del Estado y que proveen de medios para la financiación de los fines que le son propios.”* En esa oportunidad resaltó *“que las disposiciones acusadas no resultan contrarias a la Constitución, sin perjuicio de la consideración conforme a la cual corresponde al propio legislador regular la manera de adelantar las distintas etapas de la*

actividad minera y el papel que en ellas puedan jugar las entidades territoriales, asunto que no es objeto de consideración por los demandantes.”

Por último, en la Sentencia C-123 de 2014, esa Corporación adujo que el problema consistía en determinar: *“si una prohibición absoluta que consagre la ley para que los concejos municipales excluyan zonas de su territorio de la realización de actividades de exploración y explotación minera, prohibición que a su vez implica la imposibilidad de que los planes de ordenamiento territorial consagren restricciones en ese sentido, resulta una limitación desproporcionada a la competencia de regular los usos del suelo dentro del territorio del municipio en cabeza de los concejos municipales y distritales, de acuerdo a los artículos 311 y 313 numeral 7 de la Constitución.”*

Al sintetizar las razones de su decisión la Corte sostuvo lo siguiente:

*“En este contexto, para la Sala no existe duda del gran impacto que la actividad minera puede tener en la función de ordenamiento del territorio y, adicionalmente, en la reglamentación que los usos del suelo por parte de los concejos distritales y municipales. **Por consiguiente, y en armonía con lo concluido anteriormente, una lectura del artículo 37 del Código de Minas que excluya de forma absoluta la participación de los municipios y distritos en la decisión sobre si en su territorio se realiza o no una exploración o explotación minera resulta contraria al contenido del principio de autonomía territorial –artículo 288 de la Constitución-, específicamente, a la garantía de gobernarse por autoridades propias^[28] –artículo 287, numeral 1º- y a la función de los concejos consistente en reglamentar los usos del suelo en el municipio –artículo 313, numeral 7º-.***

No obstante ser esta una conclusión derivada de la lectura del artículo 37 a la luz del principio de autonomía, el análisis precedente debe tener en cuenta el acuerdo que existe entre la disposición acusada y el principio de organización territorial unitaria del Estado, que para el caso de la minería impone obligaciones específicas al legislador en los artículos 332 y 334 de la Constitución.

Entra la Corte a hacer el análisis de la norma acusada de acuerdo con el parámetro que surge de la lectura conjunta de los principios en tensión.

5.4. Interpretación del artículo 37 a la luz de una lectura integral –y sistemática- de la Constitución

Al igual que no puede concluirse que el constituyente estableció un principio de autonomía territorial sin límite alguno, tampoco es válido afirmar que el principio de Estado unitario avala cualquier regulación legal que, en pos de distribuir competencias, establezca límites a contenidos esenciales del principio de autonomía territorial.

No podría la interpretación de alguno de estos principios vaciar de contenido, al punto de anular, el principio contrapuesto. Esta solución lejos estaría de la exigencia de lectura sistemática que conlleve a una interpretación armónica de las disposiciones constitucionales.

En el presente caso, observa la Sala que una lectura gramatical del artículo 37 del Código de Minas -ley 685 de 2001-, aunque tiene como objeto la creación de parámetros generales en la política de autorización de actividades de exploración y de explotación minera, lo cual es un fin legítimo a la luz del ordenamiento constitucional colombiano –artículos 1, 332 y 334 de la Constitución-, implica una limitación excesiva del principio de autonomía territorial establecido por la Constitución.

En efecto, lejos de reconocer que el principio de autonomía territorial garantiza la participación de los municipios en la reglamentación de los usos del suelo que se establezcan dentro de su territorio, el sentido normativo gramatical anula la competencia de los concejos municipales y distritales en la decisión relativa a la exclusión de la actividad minera en determinadas zonas del territorio municipal.

Esta limitación es una afectación relevante en la competencia de los concejos municipales para reglamentar el desarrollo de su territorio y los usos del suelo dentro del mismo, debido a los grandes impactos

que las actividades de esta naturaleza tienen en aspectos como el medio ambiente, el modelo de desarrollo económico que acoja un municipio, las fuentes de agua disponibles en el territorio y la vida cotidiana de los pobladores del municipio, entre otras. De esta forma, cercenar en absoluto las competencias de reglamentación que los concejos municipales tienen respecto de la exclusión de la actividad minera, no es algo accesorio o intrascendente respecto de la competencia general que la Constitución les reconoce en las tantas veces mencionados artículos 311 y 313 numeral 7.

El sentido que se extrae a partir de una lectura fundada exclusivamente en el criterio gramatical, aunque concreción del principio de organización unitaria del Estado, previene a los concejos municipales de tomar decisiones en asuntos que sin duda alguna afectan el fin que se deduce del principio de autonomía constitucional en el específico contenido que se concreta en los artículos 311 y 313 numeral 7: **que sea el órgano de representación popular más cercano a los ciudadanos el que participe en la decisiones sobre los principales asuntos en la vida de la comunidad;** participación que tiene lugar, entre otros mecanismos, por medio de la competencia reglamentaria prevista por el numeral 7 del artículo 313 de la Constitución.

Adicionalmente, en tanto dichas competencias deben realizarse dentro de los parámetros que determine la ley, excluir a los concejos (Sic) municipales del proceso de regulación y reglamentación de las mismas desconoce los principios de concurrencia y coordinación que deben inspirar la repartición de competencias entre los entes territoriales y las entidades del nivel nacional. Principios que son exigencias de rango constitucional, expresamente previstos por el artículo 288 de la Constitución como los parámetros a partir de los cuales se armonice el principio de autonomía territorial con un principio que, como el de forma unitaria del Estado, está en constante tensión con aquel. Se recuerda que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el principio de coordinación “parte de la existencia de competencias concurrentes 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. Esa coordinación debe darse desde el momento mismo de la asignación de competencias y tiene su manifestación más clara en la fase de ejecución de las mismas”^[29].

No debe olvidarse, sin embargo, que la lectura del artículo 37 del Código de Minas debe hacerse, también, a la luz del principio constitucional de organización unitaria del Estado –artículo 1º de la Constitución- y de la facultad que tiene el Estado para intervenir en la explotación de recursos naturales –artículo 334 de la Constitución-, en tanto es éste el propietario de subsuelo y de los recursos naturales no renovables –artículo 332 de la Constitución.

Estas disposiciones constitucionales hacen preceptivo que se establezcan estándares de alcance nacional que determinen los criterios generales en que el Estado tomará la decisión de permitir la exploración o la explotación minera en el territorio de un municipio o distrito. Esto por cuanto la política minera es concreción de las políticas a desarrollar en virtud de la propiedad del subsuelo y de los recursos naturales no renovables que en éste se encuentren.

La elección que el legislador realice en este aspecto debe tributar el principio de organización unitaria y los contenidos esenciales de los artículos 332 y 334 de la Constitución, así como los contenidos esenciales del principio de autonomía territorial, entre los que se cuenta el de gobernarse por autoridades propias y el de que el órgano de representación más inmediato al pueblo participe en la toma de las principales decisiones para el desarrollo de la vida local. Participación que deberá entenderse como aplicación de los principios constitucionales de coordinación y concurrencia de la Nación y los municipios o distritos, tal y como se deduce de un sistema en que existan distintos niveles competenciales.

Al ser esta la conclusión que surge de la aplicación de los contenidos constitucionales en tensión, una de las soluciones podría ser la declaratoria de inexecutable del artículo 37 de la ley 685 de 2001. Sin embargo, el principio de conservación del derecho –contenido

derivado del principio democrático en la creación de la ley- obliga a mantener dentro del ordenamiento jurídico los frutos de la actividad legislativa, siempre que exista fundamento para una interpretación que sea acorde con los términos constitucionales.

Considera la Sala que es posible interpretar el artículo 37 del Código de Minas en acuerdo con los dos principios constitucionales en tensión. No a partir del uso exclusivo del criterio gramatical, pero sí a partir de una lectura sistemática, que ubique el contenido de la disposición legal en acuerdo con los dos principios constitucionales en tensión.

A la luz de este método interpretativo el artículo 37 –cuyo contenido privilegia la organización unitaria del Estado- será 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.

*Esta solución implica, en acuerdo con los artículos 14 y siguientes del Código de Minas, que la Nación continúe participando en dicho proceso; pero que no sea 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 participen de una **forma activa y eficaz** en el proceso de toma de la misma. Es decir, que la opinión de éstos, expresada a través de sus órganos de representación, sea valorada adecuadamente y tenga una influencia apreciable en la toma de esta decisión, sobre todo en aspectos axiales a la vida del municipio, como son la protección de cuencas hídricas, la salubridad de la población y el desarrollo económico, social y cultural de sus comunidades.*

La implementación de esta decisión hace necesaria la creación de elementales criterios de coordinación que son indispensables siempre que existen niveles concurrentes en el ejercicio de alguna competencia de naturaleza pública. Se requiere una regulación en acuerdo con los mandatos de coordinación y concurrencia –artículo 288 de la Constitución- y, por consiguiente, que asegure la adecuada realización

del principio de autonomía territorial, contenido constitucional que, precisamente, es el que busca protegerse en el caso que estudia la Corte.

Una adecuada protección de los contenidos principales en tensión deberá permitir la participación de los municipios en la determinación de aspectos como i) los fines que la exclusión de la actividad de exploración y explotación minera en determinadas áreas del territorio busque alcanzar; 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.

Aspectos que no pueden ignorar contenidos constitucionales relevantes, verbigracia, en materia de protección del ambiente sano – artículo 79 de la Constitución-; en relación con la defensa del patrimonio arqueológico y cultural –artículo 72 de la Constitución-; relativos a la protección de los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos y las tierras de resguardo –artículo 63 de la Constitución-; cuyo objetivo sea la protección de las riquezas naturales –artículos 8 y 95 numeral 8º de la Constitución-, el desarrollo armónico de los municipios y distritos –artículo 311 de la Constitución-; y, sobre todo, aquellos que busquen asegurar los derechos fundamentales de los habitantes de las zonas en que se autorice la realización de actividades de exploración y explotación minera.

En este punto la Sala reitera el concepto de desarrollo sostenible, como parámetro que debe guiar la realización de acciones que, si bien buscan el progreso, no pueden conllevar a la destrucción de elementos protegidos por el orden constitucional y que, sobre todo, son presupuesto para la satisfacción de ciertas necesidades como el acceso a agua por parte del ser humano, el desarrollo social y económico adecuado y el desarrollo de la vida en condiciones satisfactorias de salubridad.

Son estos los espacios mínimos que el diálogo entre órbitas o esferas competenciales debe garantizar con miras a un desarrollo armónico y balanceado de los principios de autonomía territorial y organización unitaria del Estado en el tema de exclusión de territorios del desarrollo de actividad minera”. (Negritas del original) (Subrayas de la Sala).

Observando tal discernimiento, declaró la exequibilidad del artículo 37 del Código de Minas *“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.”*

7.3.1.2. El Gobierno Nacional expidió el Decreto 2691 de 2014, asumiendo que era el llamado a regular los criterios de coordinación a que se ha hecho referencia. Para ello, tal y como quedó claro en su parte considerativa y en el artículo primero, consideró que debía crear un procedimiento administrativo que determinara, además, la manera en que podrían tomarse medidas de conservación ambiental frente a las actividades mineras; veamos:

“Que con el fin de aplicar el artículo 37 de la Ley 685 de 2001 en los términos de la exequibilidad declarada por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-123 de 2014, se hace necesario diseñar un procedimiento que permita al Ministerio de Minas y Energía, en relación con la autoridad minera nacional concedente como partícipe en el desarrollo del proceso por medio del cual se autoriza a los particulares la realización de actividades de exploración y explotación minera y a la autoridad nacional o regional competente, acordar con las entidades 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”.

(...)

“Artículo 1°. Objeto. *El objeto de este decreto es regular el procedimiento que deben seguir los municipios y distritos para acordar con el Ministerio de Minas y Energía medidas, de 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, frente a las posibles afectaciones que pueden derivarse de la actividad minera”.*

De acuerdo con los artículos subsiguientes el siguiente fue el diseño de la actuación a que se ha aludido:

- a. Supone que los municipios y distritos efectúen un estudio técnico a su cargo, en el cual analicen los efectos sociales, culturales y ambientales “*frente a las posibles afectaciones que pueden derivarse de la actividad minera, en áreas previamente delimitadas de su circunscripción territorial*” (Artículos 3 y 4). Dicho estudio debe estar acorde con el Plan de Ordenamiento Territorial (en adelante POT), o el Plan Básico de Ordenamiento Territorial (en adelante PBOT) o el Esquema de Ordenamiento Territorial (en adelante EOT) (artículo 4 inciso final).
- b. El Concejo del respectivo municipio o distrito debe expedir un Acuerdo en el cual conste la voluntad de dicho ente para establecer las medidas de protección justificadas en el estudio técnico a que se ha aludido. (artículo 4).
- c. Agotado lo anterior, el Concejo correspondiente deberá radicar una solicitud de “*medidas de 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*”, ante el Ministerio de Minas y Energía, acompañada del Acuerdo y los estudios pertinentes (artículos 3 y 4). Dentro de los noventa (90) días siguientes a la publicación del Decreto acusado se podrá presentar por primera vez la mencionada solicitud y/o cada vez que se efectúe modificación de los POT, PBOT y EOT. (Parágrafo transitorio del artículo 5).

d. Recibida la solicitud el Ministerio de Minas y Energía decidirá si cumple o no los presupuestos y dependiendo de ello dará el siguiente trámite: si la solicitud no cumple con los requisitos entonces podrá requerir al ente territorial y concederá quince (15) días para que subsane. Si corrige, continúa el trámite; pero si no lo hace el Ministerio archivará la petición. (Parágrafo del artículo 6).

Si la solicitud cumple con lo exigido, el Ministerio de Minas y Energía, dentro de los diez (10) días siguientes, remitirá *a la autoridad nacional con competencia en las materias a que se refiere el estudio técnico de soporte para su respectivo concepto* que podrá expedirse con apoyo en las distintas entidades del sector, a la Agencia Nacional de Minería ubicada en la jurisdicción territorial respectiva y a cualquier otra entidad que considere conveniente, *“con el fin de establecer el impacto económico de las medidas de protección invocadas”*. Así mismo, *“podrá consultar a las empresas que tengan interés en el área o al gremio minero, respecto de la conveniencia de los proyectos que pretenden desarrollarse, en relación con las medidas que han sido solicitadas por los entes territoriales, lo cual se tendrá en cuenta para la toma de la decisión”*. (Artículos 6 y 7).

Las mencionadas entidades o particulares contarán con término de veinte (20) días siguientes al recibo de la solicitud a efectos de manifestarse *“sobre las razones que sustentan las medidas de protección solicitadas y su procedencia y, de ser el caso, de sus condiciones”*; dicho plazo será prorrogable por otro igual. (Artículos 6 y 7).

e. Vencido el término anunciado, y en un plazo no mayor a diez (10) días, el Ministerio de Minas y Energía convocará por una sola vez al Concejo Municipal o Distrital y a quienes considere, a una reunión *“para que respectivamente expongan las razones de la solicitud y del concepto”*, que podrá ser suspendida a petición de los intervinientes por una sola vez y siempre que medie causa justificada, y deberá reanudarse en un término no menor a diez (10) días ni superior a treinta (30). (Artículo 8).

f. Así, transcurridos quince (15) días siguientes a la finalización de la reunión, el Ministerio decidirá sobre las medidas solicitadas por el Concejo Distrital o Municipal *“con fundamento en los principios de desarrollo sostenible, fortalecimiento económico y social del país, propiedad estatal de los recursos naturales no renovables y el aprovechamiento eficiente de los mismos”*. El

alcance de la decisión será *“la adopción o no, de 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”*. (Artículo 9).

g. De adoptarse las medidas deberán supervisarse durante la ejecución de la actividad minera por la autoridad competente en la materia, es decir, por aquella que emitió el concepto técnico. (Artículo 10).

7.4. Análisis de legalidad del procedimiento creado

Acorde con el planteamiento expuesto en la fijación del litigio y luego de definir el alcance normativo de la disposición acusada, la Sala reitera que las partes no contrvirtieron el hecho de haberse creado de manera reglamentaria un procedimiento para dar cumplimiento a la orden contenida en la transcrita sentencia C-123 de 2014. Lo que se discute entonces es si el Decreto 2691 de 2014 contempló un procedimiento no previsto en la Constitución y en la Ley, en el que, además, se crearon e impusieron obligaciones a los entes territoriales sin respaldo de norma superior alguna.

En tal contexto, se destaca que, de un lado, la decisión de la Corte Constitucional sobre la necesidad de “regular” un sistema que garantice la materialización de los principios de coordinación y concurrencia en la adopción de decisiones como las concernientes a la protección de áreas en territorio en el cual se permitan actividades mineras no fue encomendada al Gobierno Nacional. Así se desprende del siguiente aparte de la citada providencia:

“La implementación de esta decisión hace necesaria la creación de elementales criterios de coordinación que son indispensables siempre que existen niveles concurrentes en el ejercicio de alguna competencia de naturaleza pública. Se requiere una regulación en acuerdo con los mandatos de coordinación y concurrencia –artículo 288 de la Constitución- y, por consiguiente, que asegure la adecuada realización del principio de autonomía territorial, contenido constitucional que, precisamente, es el que busca protegerse en el caso que estudia la Corte”.

De hecho, el siguiente aparte indica que fue una labor asignada al Congreso de la República; veamos:

“La elección que el legislador realice en este aspecto, debe tributar el principio de organización unitaria y los contenidos esenciales de los artículos 332 y 334 de la Constitución, así como los contenidos esenciales del principio de autonomía territorial, entre los que se cuenta el de gobernarse por autoridades propias y el de que el órgano de representación más inmediato al pueblo participe en la toma de las principales decisiones para el desarrollo de la vida local. Participación que deberá entenderse como aplicación de los principios constitucionales de coordinación y concurrencia de la Nación y los municipios o distritos, tal y como se deduce de un sistema en que existan distintos niveles competenciales”. (Negritas y subrayas de la Sala)

Y es que no podría ser de otra manera, teniendo en cuenta que, si bien era necesario diseñar un procedimiento para hacer efectivo dicho pronunciamiento judicial, lo cierto es que esa tarea sólo podría ser adelantada por el Legislador, pues el encargo consiste en diseñar un procedimiento administrativo en el que se conciten principios fundantes de nuestro Estado como el Unitario y el de autonomía territorial, dada la tensión que se explicó en líneas precedentes por la misma Corte Constitucional.

Nótese que, aunado a ello, la labor a desplegar debe propender por fijar aspectos axiales de la estructura estatal y del que penden intereses públicos y privados, que van desde el desarrollo sostenible hasta el cuidado por intereses colectivos tales como el medio ambiente, el patrimonio arqueológico, étnico, etc.

A tono con lo expuesto, encuentra asidero el razonamiento que expuso la parte accionante al considerar que el reglamento impugnado constituía violación del principio de reserva legal, aduciendo que no tenía respaldo en norma de rango superior y que, por lo mismo, había excedido la potestad reglamentaria, debido a que se habían creado obligaciones a cargo de los municipios y distritos que tampoco contaban con fundamento normativo de ninguna índole.

Nótese que, al crear etapas preclusivas, requisitos para la presentación de la solicitud en términos de tiempo y de condiciones, definir la supervisión o control, entre otros, el acto impugnado desconoce los artículos 29, 114 y numerales 1 y 2 del artículo 150 de la Constitución Política, según los cuales el único facultado de manera directa y exclusiva para la creación de procedimientos administrativos es el Legislador³⁵.

La sentencia C-034 de 2014 es ilustrativa sobre el particular:

“En ese marco, es posible concluir que (i) el Legislador posee una facultad de configuración de procedimientos administrativos de especial amplitud; (ii) dentro de esa potestad se incluye el diseño de los procedimientos, sus etapas, recursos y términos, entre otros aspectos; (iii) la regulación de esos procedimientos no puede desconocer los mínimos expresamente establecidos en la Constitución (artículo 29 y 228) y la jurisprudencia constitucional; (iv) además de esos mínimos, la regulación legislativa debe respetar los principios superiores de la Constitución, aspecto que (iv) corresponde verificar a este Tribunal, cuando así lo requiera fundadamente un ciudadano, y bajo los lineamientos de los principios de razonabilidad y proporcionalidad.”
(Subrayado del Despacho).

La Sección Tercera de ésta Corporación también se refirió al asunto en la forma que se expone a continuación:

“- La regulación de procedimientos administrativos es tarea propia del legislador y éste no la puede delegar ni siquiera en el Presidente de la República:

“El proceso de expedición de los actos administrativos definitivos o actuación administrativa y su control dentro del seno de la misma administración a través de los recursos de vía gubernativa (reposición

³⁵ La Sentencia C-740 de 2008 se refirió al tema de la creación de procedimientos administrativos para el caso de los trámites entre entidades públicas: *“Por otra parte, conforme a la jurisprudencia de esta corporación, el legislador goza de potestad de configuración para regular los procedimientos administrativos y judiciales (Arts. 29, 114 y 150, Num. 1 y 2, C. Pol.), con los límites impuestos por los valores, los principios y los derechos constitucionales. Así mismo, en virtud de lo previsto en el Art. 113 superior, los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines, lo cual es una característica del Estado democrático moderno.”*

y apelación) forman parte del código de lo contencioso administrativo, dentro del cual su normatividad correspondiente constituye su prima (sic) parte.

Dicho estatuto es así de carácter general, entendiendo esta nota en el sentido de que deberá aplicarse a todas aquellas materias que no poseen procedimientos especiales; lo que permite afirmar también que su carácter es subsidiario y no de regulador íntegro de la materia (art 1º del c.c.a.). Así, los procedimientos administrativos regulados en leyes especiales (mineros, agrarios, tributarios, etc, etc) se regirán por éstas, pero en lo no previsto se aplicarán las normas del citado código que les sean compatibles.

De acuerdo con el N° 2 del art. 150 de la carta le compete al legislador la expedición de los códigos y ni siquiera éste podrá investir al Presidente de la República para que por la vía de las facultades extraordinarias los expida, tal como lo tiene señalado la Corte Constitucional, en especial en su sentencia 252 de 26 de mayo de 1994.

(...)

Se infiere de lo transcrito que los procedimientos administrativos hacen parte del código administrativo y los especiales constituyen materia esencial y básica de su primera parte (como excepciones que son del procedimiento general establecido en el mismo código) hasta el punto que no podrán expedirse, a partir de la vigencia de la carta del 91, sino por el legislador.

Muestra lo hasta aquí expuesto que el procedimiento regulado en la ley 142 en sus arts 106 y ss para la expedición de actos administrativos que la desarrollen, no presenta objeción alguna, puesto que el legislador puede señalar, dada la naturaleza de ciertos asuntos, procedimientos propios diferentes al régimen general establecido en el código administrativo.

Pero si por este aspecto no existe reparo alguno, no sucede igual con el procedimiento especial que por autorización de la misma ley expidió la Comisión mediante la resolución 028 para el otorgamiento de las licencias a los operadores de telefonía de larga distancia nacional e internacional, porque ese procedimiento no lo podía establecer sino la ley.”³⁶

En otra oportunidad la misma Sección expuso que:

“La Sala, en primer lugar precisa que la competencia de establecer los procedimientos administrativos, con independencia de que éstos sean generales o especiales corresponde de forma exclusiva al legislador y no a la autoridad administrativa. Esta conclusión, como lo señala la doctrina especializada, se desprende directamente del artículo 150 de la Constitución, si se tiene en cuenta que asigna como competencia exclusiva de la rama legislativa la expedición de códigos y sucede que los procedimientos administrativos contenidos en disposiciones especiales se consideran parte integrante del Código Contencioso Administrativo³⁷.

Esta postura ha sido defendida por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la cual ha señalado que: “a partir de la Constitución de 1991, con la salvedad hecha en relación con los procedimientos especiales que puedan existir en el orden distrital, departamental y municipal, todo procedimiento administrativo especial debe regularse a través de ley, e incorporarse al Código Contencioso Administrativo como lo exige con fines de sistematización, el aparte final del artículo 158 de la Constitución Política,...”³⁸³⁹. (Subrayas de la Sala).

Tal discernimiento viene dado desde tiempos pretéritos en la Corporación, conforme se infiere de la lectura de la providencia del 8 de mayo de 1997, emitida

³⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 5 de mayo de 2005, Radicación número 11001-03-26-000-1996-01855-01 (11855). C.P. Alir Eduardo Hernández Enriquez.

³⁷ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II. Acto Administrativo. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 2003.

³⁸ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C – 252 de 1994. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa y Antonio Barrera Carbonell. En igual sentido, la sentencia C – 229 de marzo 18 de 2003. M. P. Rodrigo Escobar Gil.

³⁹ Consejo de Estado. Sección tercera. Sentencia del 14 de abril de 2010 proferida dentro del proceso número 11001-03-26-000-2008-00101-00 (36054)B.

en el proceso 3714, cuya ponencia correspondió al Magistrado Manuel Santiago Urueta Ayola; veamos:

“La resolución acusada, como se aprecia de su simple lectura, se refiere a materias reguladas en la parte primera del código contencioso administrativo, sobre los llamados “procedimientos administrativos”, como sucede con el trámite de los recursos, o a materias propias del código de procedimiento civil, como son las relacionadas con las pruebas, impedimentos y recusaciones, a manera de ejemplo. La competencia exclusiva y excluyente para regular materias de esta naturaleza es del Legislador; pues no puede éste siquiera otorgar facultades extraordinarias al Presidente de la República para expedir o reformar códigos.”

En el escenario descrito y habida cuenta de que el diseño de las etapas propias de un procedimiento de este talante involucra nada menos que el principio de autonomía de las entidades territoriales, es claro para la Sala que el mismo debía estar inspirado en esa garantía bajo la arista del entendimiento que la Corte Constitucional efectuó sobre ese preciso aspecto cuando decidió declarar la exequibilidad condicionada del artículo 37 de la Ley 685 de 2001. Vale la pena traer a colación nuevamente su parte resolutive:

*“**Primero.** Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 37 de la Ley 685 de 2001, 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”.* (Subrayado y resaltado de la Sala).

Sin duda la expresión “acordar” supone un proceso de deliberación en el que se imponga la mayoría. Así lo concibió la misma Corte en la parte considerativa de dicho proveído; veamos:

*“Lo primero que se debe resaltar es que el término **“acuerdo”** empleado en el inciso octavo del artículo 361 constitucional significa una “[r]esolución premeditada de una sola persona o de varias” o “[c]onvenio entre dos o más partes”⁴⁰. Un acuerdo es diferente a un consenso, entendido como un “[a]cuerdo producido por consentimiento entre todos los miembros de un grupo o entre varios grupos”⁴¹. En este orden de ideas, a partir de una interpretación textual, el término “acuerdo” no exige que todas las partes den su consentimiento, simplemente demanda una decisión respaldada por la mayoría de las partes involucradas.” (Subrayas y resaltado de la Sala).*

Así pues, la construcción del procedimiento debía atender la necesidad de armonizar los principios de autonomía de las entidades territoriales y Estado unitario para que de manera conjunta resolvieran si procedía o no excluir transitoria o permanentemente porciones del territorio de la actividad minera, visión que de lejos tampoco fue advertida por el Gobierno al expedir el Decreto 2691 de 2014 (acusado), toda vez que fue planteado para que la decisión de adoptar la medida de protección del medio ambiente dependiera de manera exclusiva del ejercicio de la potestad discrecional que sobre el particular ejerciera el Ministro de Minas y Energía, dado que es éste quien, como quedó ilustrado, de manera unilateral, determina si procede o no la solicitud que para esos mismos efectos presenten los entes territoriales.

Bajo esas premisas, siendo que no se observaron las formas ni la competencia para la creación de un necesario procedimiento que concite intereses locales y nacionales, es evidente que tampoco se cumplieron los requerimientos sustanciales, anulando la orden del mencionado “acuerdo” a la posibilidad de que municipios y distritos pidan a la mencionada cartera ministerial una medida que, aun cuando se encuentre respaldada técnicamente, incumbe sólo al orden nacional; por lo que, antes que un proceso de deliberación con las características de ser activo y eficaz, lo que creó la parte demandada en el acto censurado, fue una actuación administrativa en la que finalmente se impone la última autoridad sobre las necesidades territoriales.

⁴⁰ Cfr. Diccionario de la Real Academia de la Lengua. <http://lema.rae.es/drae/?val=acuerdo> Consultado el 30 de agosto de 2013.

⁴¹ *Ibíd.*

Lo dicho, no sólo desdibuja el mandato de la Corte Constitucional, sino los propios preceptos Superiores que otorgan autonomía a municipios, distritos y departamentos para la regulación del suelo. En este preciso aspecto, es importante tener en cuenta el siguiente aparte a efectos de entender el alcance del principio de autonomía en este caso:

*“Ante el CONSIDERACIONES jurídico planteado, la Corte concluye que la lectura y, por consiguiente, la determinación del sentido normativo que de dicha disposición se deduce debe hacerse en plena armonía con principios fundamentales del ordenamiento constitucional que, en el caso de la exploración y explotación minera, pueden entrar en tensión. Para la Corte, si bien la interpretación del artículo 37 del Código de Minas puede sustentarse en el principio constitucional de organización unitaria del Estado –artículo 1 de la Constitución- y los contenidos específicos de 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** deben tenerse en cuenta otros contenidos 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 de la Constitución-, que se deben acatar al hacer el reparto de competencias entre la Nación y, en este caso, los municipios y distritos.*

Por esta razón, y en procura de una solución que permita aplicar de forma armónica el contenido de los principios que se encuentran en tensión en este caso concreto, se concluye que el artículo 37 de la ley 685 de 2001 –Código de Minas- estará acorde con la Constitución, siempre y cuando 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.”⁴² (Subrayas de la Sala).

⁴² Sentencia C-123 de 2014.

Es claro que, en la manera como quedó diseñado el esquema constitucional colombiano, a los entes territoriales se les debe garantizar no sólo un sistema de participación formal en este tipo de decisiones, sino uno que materialice efectivamente que su voz sea valorada, ya que la actividad minera no sólo tiene implicaciones de índole político sino que tiene grandes e importantes repercusiones desde el punto de vista social y económico, como quiera que obliga a que sean las autoridades territoriales las que tracen políticas públicas derivadas de problemas como el aumento de la población, la alteración de las costumbres, la deserción escolar en jóvenes que ven en la minería la proyección de su futuro, el desplazamiento de la economía agrícola y pecuaria por la minera lo cual afecta el nivel alimentario, el aumento del costo de vida, alteraciones en los servicios requeridos por la población, la disminución de las fuentes de agua disponibles, etc.

En ese mismo sentido se pronunció la Corte en la sentencia que dio lugar a la expedición del Decreto 2691 de 2014:

*“El sentido que se extrae a partir de una lectura fundada exclusivamente en el criterio gramatical, aunque concreción del principio de organización unitaria del Estado, previene a los concejos municipales de tomar decisiones en asuntos que sin duda alguna afectan el fin que se deduce del principio de autonomía constitucional en el específico contenido que se concreta en los artículos 311 y 313 numeral 7: **que sea el órgano de representación popular más cercano a los ciudadanos el que participe en la decisiones sobre los principales asuntos en la vida de la comunidad**; participación que tiene lugar, entre otros mecanismos, por medio de la competencia reglamentaria prevista por el numeral 7 del artículo 313 de la Constitución.”⁴³.*

(...)

Considera la Sala que es posible interpretar el artículo 37 del Código de Minas en acuerdo con los dos principios constitucionales en tensión. No a partir del uso exclusivo del criterio gramatical, pero sí a partir de

⁴³ Ibídem.

una lectura sistemática, que ubique el contenido de la disposición legal en acuerdo con los dos principios constitucionales en tensión.

A la luz de este método interpretativo el artículo 37 –cuyo contenido privilegia la organización unitaria del Estado- será 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.

*Esta solución implica, en acuerdo con los artículos 14 y siguientes del Código de Minas, que la Nación continúe participando en dicho proceso; pero que no sea 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 participen de una **forma activa y eficaz** en el proceso de toma de la misma. Es decir, que la opinión de éstos, expresada a través de sus órganos de representación, sea valorada adecuadamente y tenga una influencia apreciable en la toma de esta decisión, sobre todo en aspectos axiales a la vida del municipio, como son la protección de cuencas hídricas, la salubridad de la población y el desarrollo económico, social y cultural de sus comunidades”.* (Subrayas y resaltado de la Sala).

Tal panorama no deja más que concluir que, dado el carácter reglamentario de la norma que se censura (Decreto 2691 de 2014), y habida cuenta de la creación de un procedimiento administrativo que regulaba nada menos que principios de raigambre constitucional que se erigen como fundantes de nuestro Estado Social de Derecho, lo que procede es estimar la pretensión de nulidad invocada por los demandantes por violación del principio de reserva legal y el evidente desconocimiento del principio de autonomía de las entidades territoriales.

Lo anterior no obsta para que en adelante, las autoridades territoriales y las nacionales puedan adelantar actuaciones tendientes a lograr el acuerdo frente a este tipo de actividades económicas atendiendo los criterios que han sido expuestos por la Corte Constitucional al analizar la exequibilidad del artículo 37

del Código de Minas, mientras se expide la regulación correspondiente por la autoridad competente, esto es, por el Congreso de la República.

Siendo ello así, se releva la Sala de estudiar los demás cargos de nulidad esgrimidos por los actores y que fueron definidos en la fijación del litigio.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

DECLARAR LA NULIDAD del Decreto 2691 de 2014, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del 29 de octubre de 2020.

Cópiese, notifíquese y cúmplase,

NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN

Presidenta

Consejera de Estado

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

Consejero de Estado

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ

Consejero de Estado

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

Consejero de Estado