

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD – Decreto reglamentario 943 de 2013 /
DECRETO REGLAMENTARIO 943 DE 2013 - Código de Minas / DECRETO
REGLAMENTARIO 943 DE 2013 – Naturaleza y límites / NORMA
DEMANDADA – Nulidad artículo 4, numeral 3.5 del Decreto 943 de 2013**

Debe resaltarse que el soporte legal invocado en el Decreto Reglamentario 943 de 2013 correspondió a la Ley 685 de 2001 contentiva del Código de Minas y a la modificación introducida por el artículo 108 de la Ley 1450 de 2011, en cuanto a los requerimientos de las prórrogas del contrato de la etapa de exploración, adoptada por el Congreso de la República. Finalmente, en relación con los hechos narrados por la parte actora, puede agregarse que las normas reglamentarias impugnadas en este proceso no corresponden a una reproducción de textos contenidos en la Ley 1382 de 2010, declarada inexecutable. Se hace notar que la reforma al artículo 77 del Código de Minas incluida en la ley 1382 de 2010 se fundaba en el supuesto de “negociar las condiciones de la prórroga”, el cual no se reprodujo en las disposiciones acusadas.

FUENTE FORMAL: LEY 685 DE 2001 / LEY 1450 DE 2011 – ARTÍCULO 108 /
LEY 1382 DE 2010 – ARTÍCULO 77

**DECRETO REGLAMENTARIO – No podía crear diferentes condiciones ni
requisitos a los fijados por el legislador**

Se tiene que concluir que la Ley 685 de 2001 cerraba el paso a las autoridades mineras para crear, a través de un decreto reglamentario, otras condiciones diferentes a las fijadas por el legislador, para el ejercicio de los derechos de los concesionarios y para la prórroga correspondiente. Dentro de ese contexto legislativo, en el caso concreto, los objetivos generales descritos en la Ley 685 de 2001 y los principios axiológicos del estado de derecho no pueden ser invocados por la autoridad minera, para soportar, por la vía reglamentaria, la fijación de los requisitos adicionales a los previstos en la ley. Como se observa de la citada legislación, el denominado Código de Minas delimitaba el alcance de la potestad reglamentaria y le impedía al poder ejecutivo generar requisitos nuevos adicionales a los contemplados en la ley. Por tanto, la Ley 685 de 2001 acotaba la potestad reglamentaria al desarrollo de aquellos requisitos o condicionamientos exigidos en la jerarquía normativa de orden legal. No sobra advertir que la misma Ley 685 de 2001 contempló las obligaciones medio ambientales, y que a su amparo el concesionario estaba obligado al cumplimiento de estas y otras cargas de origen legal en relación con el correspondiente contrato, lo que demuestra la improcedencia de los argumentos acerca de un supuesto vacío normativo sobre la imposición legal de este tipo de obligaciones.

FUENTE FORMAL: LEY 685 DE 2001

**LÍMITES DEL DECRETO REGLAMENTARIO / CRITERIOS DE LA POTESTAD
REGLAMENTARIA / DELIMITACIÓN DEL ALCANCE DE LA POTESTAD
REGLAMENTARIA / POTESTAD REGLAMENTARIA DE LA LEY / FALTA DE
COMPETENCIA DEL GOBIERNO NACIONAL / REQUISITOS DE LAS
PRÓRROGAS DE CONCESIONES MINERAS DEFINIDOS EN LA LEY /
REQUERIMIENTOS LEGALES PARA EL EJERCICIO DE LA CONCESIÓN
MINERA / AUTONOMÍA EMPRESARIAL DEL CONCESIONARIO / FASES Y
PERÍODOS DE PRÓRROGA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN**

El Decreto Reglamentario 943 de 2013 introdujo un requerimiento técnico predeterminado por el deber de proyectar inversiones “en nuevas tecnologías”, el

cual se aprecia como desbordado frente a la exigencia legal de acreditar el cumplimiento de obligaciones “correspondientes”, esto es, de las adquiridas en el contrato vigente. (...) no podía comprender la imposición específica de inversiones en nuevas tecnologías, sin perjuicio de que, en un caso particular existieran obligaciones “correspondientes” al contrato de concesión, en materia de inversiones, de acuerdo con las normas legales. En este orden de ideas se concluye que se excedió la potestad reglamentaria al imponer el condicionamiento u obligación de comprometerse con nuevas tecnologías para incrementar los niveles de producción. (...) se accederá a decretar la nulidad demandada, en relación con el literal e) del punto 3.1 del artículo 4 del Decreto 943 de 2013. (...) Resulta evidente que el requisito que se comenta excedió la ley, en la medida en que en la misma no se fijó un factor referido al número de empleos ni a las condiciones de los empleos existentes. (...) no se puede desplegar con el solo respaldo de un concepto genérico de justicia social, dado que, por esa vía, el Gobierno Nacional se estaba atribuyendo mayor competencia que aquella que la Ley le concedía para fijar requisitos y para que la autoridad minera pudiera adoptar la decisión de autorizar o no la prórroga de la concesión. (...) se accederá a decretar la nulidad en relación con el literal a) del punto 3.3 del artículo 4 del Decreto 943 de 2013. (...) la verificación del cumplimiento de las obligaciones correspondientes al contrato de concesión en materia medio ambiental estaba contemplada en la Ley 685 de 2001, dentro de los artículos 76 y 77 y podía ser exigida de acuerdo con la misma. Sin embargo, el factor objeto de impugnación contenido en el literal a) del punto 3.5 del artículo 4 fue más allá de la condición de cumplimiento de las obligaciones y se extendió a la exigencia de que no se hubieran impuesto sanciones. (...) la citada disposición legal no podía extenderse, por la vía de la reglamentación, a nuevos requerimientos que desbordaban la ley, como era el condicionamiento de que el concesionario no hubiera sido sancionado, el cual se pretendió incorporar como un requisito para acceder a la prórroga. (...) se accederá a decretar la nulidad demandada, en relación con el literal a) del punto 3.5 del artículo 4 del Decreto 943 de 2013”.

FUENTE FORMAL: LEY 685 DE 2001 –ARTÍCULO 76 / LEY 685 DE 2001 – ARTÍCULO 75

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Bogotá, D.C., primero (1) de marzo de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 11001-03-26-000-2013-00090-00(47694)B

Actor: MARGARITA RICAURTE RUEDA

Demandado: NACIÓN MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA

Referencia: MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD – DECRETO REGLAMENTARIO 943 DE 2013

Temas: Decreto 943 de 2013 – reglamentario de Código de Minas contenido en la Ley 685 de 2001, criterios de evaluación para la prórroga del contrato de concesión / accede parcialmente a las pretensiones de nulidad.

Conoce la Sala de la demanda de nulidad presentada por Margarita Ricaurte Rueda y Ricardo Andrés Ricardo Ezqueda, en ejercicio del medio de control de nulidad consagrado en el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (C.P.A.C.A.)¹, mediante el cual se pretende la nulidad de los siguientes apartes del Decreto Reglamentario 943 de 2013 que se transcriben a continuación: literal e) del numeral 3.1; literales a) de los numerales 3.3 y 3.5 del artículo 4 y el segmento normativo contenido en el inciso primero del artículo 5, (copia textual² incluso con errores):

“DECRETO 943 DE 2013

“(Mayo 14)

“Por el cual se reglamentan los artículos 74, 75, 76 y 77 de la Ley 685 de 2001 y 108 de la Ley Ley 1450 de 2011

“EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

“En uso de sus facultades constitucionales y legales, en especial las conferidas por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, y en desarrollo de los artículos y de Código de Minas y el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y en desarrollo de los artículos 74, 75, 76 y 77 del Código de Minas y el artículo 108 de la Ley 1450 de 2011, y

“(…).

“Artículo 4. Criterios de evaluación técnica para la prórroga del contrato de concesión. Para llevar a cabo una evaluación objetiva de la solicitud de prórroga

¹ “Artículo 137 C.P.A.C.A. Nulidad. Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.

“Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.

“(…).”

² Diario Oficial 48.790 de 14 de mayo de 2013, folios 26,27 y 28, cuaderno 1.

del contrato de concesión, la Autoridad Minera deberá considerar los siguientes aspectos:

“3.1 Técnicos:

“(…).

“e) Comprobar que se describan las inversiones que se realizarán en nuevas tecnologías, lo cual permitirá alcanzar nuevos niveles de producción y lograr un mayor aprovechamiento del recurso minero existente;

“(…).

“3.3 Sociales:

“a) Verificar que el número de empleos que ofrece el proyecto se mantenga durante la prórroga del título minero y que por lo menos se mejoren los existentes;

“(…).

“3.5 Jurídicos:

“a) Comprobar que el beneficiario del título minero no haya sido sancionado por el incumplimiento de las obligaciones minero-ambientales establecidas en el contrato de concesión y que la autoridad ambiental no haya sancionado el incumplimiento de las obligaciones de la Licencia Ambiental;

“(…).

“Artículo 5°. Si la Autoridad Minera encuentra que los aspectos señalados en el artículo anterior, han sido cumplidos por parte del Concesionario o que existiendo algunas omisiones estas puedan ser subsanadas, podrá consentir en que se modifique el contrato en cuanto al término de su vigencia y conceder la prórroga respectiva. En caso contrario, la Autoridad Minera deberá abstenerse de suscribir el acta de prórroga del contrato de concesión, y motivará su decisión mediante acto administrativo”³.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

La demanda se presentó el 2 de julio de 2013, con la pretensión de que se declare la nulidad de los textos antes citados, contenidos en el Decreto Reglamentario 943 de 2013.

2. Los hechos

Según narró la parte actora, en sentencia C-366 de 2011 la Corte Constitucional resolvió: “Declarar **INEXEQUIBLE** la Ley 1382 de 2010, por la cual se modifica la Ley 685 de 2001 Código de Minas”, decisión que se fundó en la omisión del trámite de consulta previa a las comunidades étnicas. En esa sentencia la Corte

³ Los textos subrayados corresponden a los segmentos normativos objeto de la demanda.

Constitucional consideró necesario diferir los efectos de la declaración de inexecuibilidad, por un lapso de dos años, con el objeto de permitir que se tramitara ante el Congreso de la República una nueva ley, lo cual no se logró.

De acuerdo con lo que indicó la parte actora, el mismo día que expiraba el plazo fijado por la Corte Constitucional, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Reglamentario 943 de 2013, *“recogiendo algunas de las disposiciones contenidas en la Ley 1382 de 2010 declarada inexecutable excediendo por tanto las facultades reglamentarias”*⁴, las cuales se desplegaron en relación con la reglamentación de los artículos 74 a 77 de la Ley 685 de 2001, contentiva del Código de Minas.

4. Concepto de violación

La demandante expuso los cargos de ilegalidad, soportándolos en que a través de las disposiciones impugnadas, el Decreto Reglamentario 943 de 2013 creó nuevos requisitos para acceder a la prórroga del contrato de concesión minera, *“vulnerando el alcance de la potestad reglamentaria y la ley minera vigente”*, es decir, excediendo la Ley 685 de 2001.

El detalle de los cargos se expondrá en el análisis del caso concreto.

5. Actuación procesal

5.1. Mediante providencia del 8 de octubre de 2013 se admitió la demanda y se dispuso la notificación al Ministerio de Minas y Energía, de acuerdo con el numeral 1 del artículo 171 del C.P.A.C.A.⁵

5.2. En auto de 9 de octubre de 2013, el Consejero Ponente accedió a la solicitud de suspensión provisional de las siguientes disposiciones: la letra e) del numeral 3.1 del artículo 4, la letra a) del numeral 3.3 del artículo 4 y la letra a) del numeral 3.5 del artículo 4⁶.

La parte actora no solicitó la suspensión provisional del segmento normativo del artículo 5 que, también, fue objeto de la demanda de nulidad.

⁴ Folio 3, cuaderno 1.

⁵ Folio 72 a 78 cuaderno 1.

⁶ Folios 1 a 27, cuaderno de suspensión provisional.

5.3. El Ministerio de Minas y Energía dio contestación a la demanda mediante escrito presentado el 24 de febrero de 2014. Negó los hechos relacionados con el supuesto de seguimiento de la Ley 1382 de 2010 declarada inexecutable. Observó que el Gobierno Nacional, al expedir el Decreto 943 de 2013, obró de acuerdo con su potestad reglamentaria, en congruencia con las disposiciones vigentes y los objetivos específicamente previstos en la Ley 685 de 2001.

Los argumentos expuestos en la contestación de los cargos se detallarán en el análisis del caso concreto.

En escrito separado, el Ministerio de Minas y Energía se opuso a la suspensión provisional de los actos acusados.

5.4. En providencia de 30 de abril de 2014, los otros dos Consejeros que integraron la Sala desataron el recurso de súplica interpuesto por el Ministerio de Minas y Energía, mediante auto en el cual se confirmó la suspensión provisional de las normas referidas⁷.

5.5. El 28 de agosto de 2014 se llevó a cabo la audiencia inicial del artículo 180 del C.P.A.C.A.⁸. Allí se advirtió que no había lugar a adelantar audiencia de pruebas, dada la naturaleza del medio de control y del asunto que se debatió.

5.6. Mediante escritos de 11 y 19 de noviembre de 2014, las partes presentaron sus alegatos de conclusión.

5.7. El Ministerio Público guardó silencio en su oportunidad.

En este estado del proceso y sin que se observe la configuración de causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a proferir sentencia, previo lo cual efectuará las siguientes consideraciones.

II. CONSIDERACIONES

⁷ Folio 53 a 63, cuaderno de suspensión provisional.

⁸ Folios 107 a 114, cuaderno 1.

La Sala seguirá el siguiente orden de razonamiento en el análisis del caso *sub lite*: **1)** jurisdicción y competencia; **2)** procedencia y oportunidad en el ejercicio del medio de control de nulidad; **3)** naturaleza y límites del Decreto Reglamentario 943 de 2013; **4)** modificaciones a las disposiciones impugnadas; **5)** el contrato de concesión minera fue regulado de manera especial en la Ley 685 de 2001 y de la misma forma lo fueron las disposiciones acerca de la prórroga; **6)** el caso concreto, análisis de los cargos y **7)** costas.

1. Jurisdicción y competencia

La Sala es competente para conocer del presente asunto en los términos del numeral 1 del artículo 149 del C.P.A.C.A.⁹, en tanto que las normas acusadas hacen parte de una disposición reglamentaria expedida por una autoridad del orden nacional, en este caso, el Gobierno Nacional, integrado para los efectos de la expedición del Decreto 943 de 2013, por el Presidente de la Republica y el Ministro de Minas y Energía¹⁰.

Igualmente, se confirma la competencia para conocer en única instancia, de conformidad con el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999, modificado por el artículo

⁹ “Artículo 149 C.P.A.C.A. Competencia del Consejo de Estado en única instancia .El Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de sus Secciones, Subsecciones o Salas especiales, con arreglo a la distribución de trabajo que la Sala disponga, conocerá en única instancia de los siguientes asuntos:

“1. De los de nulidad de los actos administrativos expedidos por las autoridades del orden nacional o por las personas o entidades de derecho privado cuando cumplan funciones administrativas del mismo orden”.

¹⁰ De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, emitida en frente a un acto de carácter contractual, (exp 48521), el C.P.A.C.A no derogó la regla especial de competencia consagrada en el artículo 295 de la Ley 685 de 2001. Sin embargo, se tiene en cuenta que esa última norma también regulaba la competencia del Consejo de Estado para conocer en única instancia de asuntos mineros sin cuantía, así:

“Ley 685 de 2001. Artículo 295. Competencia del Consejo de Estado. De las acciones que se promuevan sobre asuntos mineros, distintas de las contractuales y en los que la Nación o una entidad estatal nacional sea parte, conocerá el Consejo de Estado en única instancia”.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, Auto de 13 de Febrero de 2014, Radicación Número: 11001-03-26-000-2013-00127-00(48521), actor: Anátilde Arboleda Vda. de Hurtado, demandado: La Nación - Ministerio de Minas y Energía, referencia: acción de nulidad y restablecimiento del derecho // “Primero. Unifícase la jurisprudencia en torno a la competencia del Consejo de Estado para conocer de medios de control relacionados directamente con asuntos mineros en los que intervenga la Nación o una entidad del mismo orden, en única instancia, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia”.

1º del Acuerdo 55 de 2003¹¹ -ambos contentivos del Reglamento del Consejo de Estado-, en el cual, entre otras cuestiones, se asignó competencia a la Sección Tercera de esta Corporación para pronunciarse sobre las demandas de nulidad contra actos administrativos sin cuantía, expedidos por una autoridad del orden nacional, cuyo objeto lo constituya un asunto minero.

2. Procedencia y oportunidad en el ejercicio del medio de control de nulidad

La Sala observa que en el presente caso la parte actora indicó actuar en ejercicio del medio de control de nulidad, el cual, de conformidad con el numeral 1 del artículo 164 del C.P.A.C.A., procede *“en cualquier tiempo”*, cuando se pretenda la nulidad en los términos del artículo 137 del C.P.A.C.A.

Por tanto, se verifica que la demanda fue presentada en forma oportuna, dado que no opera la caducidad del medio de control de nulidad.

3. Naturaleza y límites del Decreto Reglamentario 943 de 2013

El Decreto 943 de 2013 se expidió en ejercicio del artículo 189 de la Constitución Política, numeral 11, referido a la potestad reglamentaria de la ley, que la Carta Constitucional consagra en cabeza del Presidente de la República para *“la cumplida ejecución de las leyes”*.

Desde esa perspectiva, el decreto reglamentario constituye un acto administrativo de carácter general¹², susceptible del medio de control de nulidad.

¹¹“Artículo 13.- Distribución de los negocios entre las Secciones.

“Para efectos de repartimiento, los negocios de que conoce la Sala de lo Contencioso Administrativo se distribuirán entre sus secciones atendiendo un criterio de especialización y de volumen de trabajo, así:

“(…).

“Sección Tercera:

“1-. Los procesos de simple nulidad de actos administrativos que versen sobre asuntos agrarios, contractuales, mineros y petroleros”.

¹² Corte Constitucional. Sentencia C-384 del 13 de mayo 2003. M.P.: Clara Inés Vargas Hernández

“La potestad reglamentaria, entendida como la capacidad de producir normas administrativas de carácter general, reguladoras de la actividad de los particulares y fundamento para la actuación de las autoridades públicas, la tiene asignada de manera general, en principio, el Presidente de la

En el mismo orden de ideas, se advierte que el decreto reglamentario no puede exceder la Ley y se encuentra sometido a ella. Por tanto, tratándose de normas expedidas en ejercicio de la referida potestad reglamentaria, el medio de control de nulidad se debe fundar en la imputación del desbordamiento de la respectiva competencia.

Lo anterior significa que, en últimas, la decisión jurisdiccional acerca de la nulidad del decreto reglamentario se remite al ejercicio de un control de legalidad, atribuido en este caso al Consejo de Estado.

El supuesto de comprobación o no de las causales de la nulidad parece simple en los casos de la reglamentación ordenada por el legislador bajo parámetros concretos, pero, sin duda, se torna más complejo en aquellos eventos en los cuales el legislador dispone sobre una materia de manera general, dejando al poder ejecutivo un campo de acción relativamente amplio.

Es importante hacer notar que en casos como el presente, lo cierto es que el medio de control de nulidad está circunscrito a los cargos propios de la legalidad de la disposición reglamentaria y la decisión no puede fundarse en argumentos de conveniencia o de política legislativa, acerca de lo que el actor o la defensa consideran que debería o no haberse reglamentado para lograr los cometidos de la ley.

Sin embargo, la anterior consideración no lleva a circunscribir la potestad del Juez de nulidad al simple cotejo de los textos, entre la ley y el acto reglamentario¹³. En

República, en virtud de lo dispuesto en el artículo 189-11 de la Carta Política, quien puede ejercerla en cualquier momento sin necesidad de que la ley así lo determine en cada caso”.

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera- Subsección A, Consejero Ponente (E): Hernán Andrade Rincón, sentencia de 15 de abril de 2015, radicación 11001032600020100000400 (38053), actor: Samuel Urueta Rojas, demandado: La Nación – Ministerio del Interior y de Justicia, acción; nulidad.

*“A la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo le corresponde la contención de los actos administrativos, cuya legalidad en caso de demanda, le compete definir con la fuerza de una sentencia judicial. Esto quiere decir que en tratándose de la acción de nulidad, el poder de contención, por antonomasia, reside en el control de legalidad de los actos administrativos. **La potestad de ese control implica necesariamente interpretar la ley para custodiar el imperio normativo de su contenido.** Por lo tanto, la Sala encuentra que el control de legalidad asignado a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en el ámbito del medio de control de nulidad, es integral, en caso alguno restringido a la parte formal del acto administrativo y tiene carácter irrenunciable. En apoyo de lo anterior se invocan las siguientes consideraciones de la Corte Constitucional (...). (la negrilla no es del texto).*

palabras de la Corte Constitucional:

“(...) Así, la confrontación del acto con el ordenamiento jurídico, a efectos de determinar su correspondencia con éste, tanto por los aspectos formales como por los sustanciales, la ejerce, entre nosotros, el juez contencioso, que como órgano diverso a aquel que profirió el acto, posee la competencia, la imparcialidad y la coerción para analizar la conducta de la administración y resolver con efectos vinculantes sobre la misma. Esta intervención de la jurisdicción, permite apoyar o desvirtuar la presunción de legalidad que sobre el acto administrativo recae, a través de las acciones concebidas para el efecto (...)”¹⁴.

Para concluir este acápite, se reiteran las consideraciones de la Sala Plena de la Sección Tercera acerca de los límites del decreto reglamentario:

“24.- Ahora bien, otro punto importante al estudiar la potestad reglamentaria es el referente a su contenido y alcance. (...). Es decir, la potestad normativa de la administración o de hacer normas rectoras de la actividad estatal, en cuanto privilegio funcional, es de naturaleza subordinada y dependiente de las normas de carácter superior. Sería absurdo pensar en la posibilidad de una potestad normativa de la administración ausente o inmune al principio de la legalidad.

“(...).

“30.- En cuanto a sus límites, esta Corporación ha indicado que “(...) el Presidente de la República en ejercicio de la potestad reglamentaria no puede dictar disposición alguna que viole una ley cualquiera, no sólo la que dice desarrollar o ejecutar sino todas las normas que tengan carácter legislativo (...)”¹⁵ y que so pretexto de reglamentar una norma, el decreto reglamentario no puede, en ejercicio de la facultad mencionada, modificar, ampliar o restringir el sentido de la ley dictando nuevas disposiciones o suprimiendo las contenidas en las mismas, porque ello no sería reglamentar sino legislar¹⁶.

“(...).

“34.- En este sentido, el Consejo de Estado ha establecido que la potestad reglamentaria se encuentra limitada por dos criterios, a saber: la competencia y la necesidad¹⁷. El primero se refiere a la extensión de la regulación que el Legislador

¹⁴ Sentencia C – 1436 de 2000.

¹⁵ Cita original de la sentencia: “CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección I, Sentencia del 15 de mayo de 1997. Exp. 4015-4068, C.P.: Juan Alberto Polo”.

¹⁶ Cita original de la sentencia: “CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección III. Auto del 2 de febrero de 2005. Exp. 28615, C.P.: Alíer Eduardo Hernández”.

¹⁷ Cita original de la sentencia: “CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 14 de abril de 2010, Exp.: 36054, C.P.: Enrique Gil Botero”.

defiere al Ejecutivo “de manera que le está prohibido, socapa de reglamentar la ley, adicionar nuevas disposiciones, por lo que debe entonces, para asegurar la legalidad de su actuación, limitarse al ámbito material desarrollado por el legislativo”¹⁸.

“35.- De otra parte, la necesidad del ejercicio de la potestad reglamentaria se funda en el carácter genérico de la ley. Así, si la regulación legal agota el objeto o materia regulada, la intervención del Ejecutivo no deviene indispensable”¹⁹. En este sentido, la jurisprudencia de esta Corporación estableció que:

‘Los límites del poder reglamentario de la Ley, los señala la necesidad de cumplir debidamente el estatuto desarrollado; si los ordenamientos expedidos por el Congreso, suministran todos los elementos necesarios para su ejecución, el órgano administrativo nada tendrá que agregar y por consiguiente, no habrá oportunidad para el ejercicio de la potestad reglamentaria. Pero, si en ella faltan los pormenores necesarios para su correcta aplicación, opera inmediatamente la potestad para efectos de proveer la regulación de esos detalles’.²⁰²¹

4. Modificaciones a las disposiciones impugnadas

4.1. Es importante hacer notar que el Decreto 943 de 2013 se expidió, también, con apoyo en el artículo 108 de la Ley 1450 de 2011²², en cuyo párrafo se consagraron de forma más descriptiva los requerimientos de la solicitud de las prórrogas de la etapa de exploración de los contratos de concesión, así:

*“Párrafo. En todos los contratos de concesión minera podrán solicitarse prórrogas de la etapa de exploración por periodos de dos años cada una, hasta por un término total de once (11) años, para lo cual **el concesionario deberá sustentar las razones técnicas y económicas respectivas, el cumplimiento Minero-Ambientales, describir y demostrar los trabajos de exploración ejecutados y los que faltan por realizar especificando su duración, las inversiones a efectuar y demostrar que se encuentra al día en las***

¹⁸ Cita original de la sentencia: “*Ibídem*”.

¹⁹ Cita original de la sentencia: “Cfr. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia de Septiembre 5 de 1997, Exp.: 8308. C. P.: Germán Ayala Mantilla y Sección Cuarta, Sentencia de mayo 5 de 2003. Exp.: 13212 C. P.: Ligia López Díaz”.

²⁰ Cita original de la sentencia: “Cfr. CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda, Sentencia de 21 de agosto de 2008, Exp. 0294-04 y 0295-04, C.P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren”.

²¹ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, sentencia de 2 de diciembre de 2013, radicación: 110010326000201100039 00 (41719). actor: Juan Carlos Castaño Posada, demandado: Presidencia de la República y otros, acción: nulidad simple. Denegó la nulidad de las normas acusadas contenidas en el artículo 82 del Decreto 4266 de 2010 - reglamentación de los servicios profesionales y de apoyo a la gestión “así como los relacionados con actividades operativas, logísticas, o asistenciales”.

²² Por la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014.

obligaciones de pago del canon superficiario y que mantiene vigente la póliza Minero-Ambiental” (la negrilla no es del texto).

Así las cosas, debe resaltarse que el soporte legal invocado en el Decreto Reglamentario 943 de 2013 correspondió a la Ley 685 de 2001 contentiva del Código de Minas y a la modificación introducida por el artículo 108 de la Ley 1450 de 2011, en cuanto a los requerimientos de las prórrogas del contrato de la etapa de exploración, adoptada por el Congreso de la República.

Finalmente, en relación con los hechos narrados por la parte actora, puede agregarse que las normas reglamentarias impugnadas en este proceso no corresponden a una reproducción de textos contenidos en la Ley 1382 de 2010, declarada inexecutable. Se hace notar que la reforma al artículo 77 del Código de Minas incluida en la ley 1382 de 2010 se fundaba en el supuesto *de “negociar las condiciones de la prórroga”*, el cual no se reprodujo en las disposiciones acusadas.

4.2. Por otra parte, en la ubicación normativa del Decreto 943 de 2013 debe tenerse presente que mediante el Decreto 1073 de 2015, con posterioridad a la demanda en este proceso, se *expidió el “Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Minas y Energía”²³*, en el cual se compilaron las normas del Decreto 943, en cuanto no hubieran sido objeto de la medida de suspensión provisional, tal como se observa en el artículo 2.2.5.2.2.5.

Este último artículo introdujo un título a la disposición y, en su contenido, repitió textualmente el artículo 5 del Decreto 943 de 2013, el cual fue invocado en la parte final de la respectiva norma, como se observa a continuación:

“Artículo 2.2.5.2.2.5. Cumplimiento de los aspectos. Si la Autoridad Minera encuentra que los aspectos señalados en el artículo anterior, han sido cumplidos por parte del Concesionario o que existiendo algunas omisiones estas puedan ser subsanadas, podrá consentir en que se modifique el contrato en cuanto al término de su vigencia y conceder la prórroga respectiva. En caso contrario, la Autoridad Minera deberá abstenerse de suscribir el acta de prórroga del contrato de concesión, y motivará su decisión mediante acto administrativo. Decreto 0943 de 2013, art. 5). (Suspendidos por medida cautelar contenido de la letra e) del numeral 3, 1, la letra a) del numeral 3, 3 y la letra a) del numeral 3, 5, del artículo 4 y 5 del Decreto Reglamentario 0943 del 14-05-2013)”.

²³ “Que por cuanto este decreto constituye un ejercicio de compilación de reglamentaciones preexistentes, los considerandos de los decretos fuente se entienden incorporados a su texto, aunque no se transcriban, para lo cual en cada artículo se indica el origen del mismo”.

4.3. Con posterioridad a la expedición de las normas reglamentarias demandadas en este proceso, cuando el Congreso de la República aprobó la Ley 1753 de 2015²⁴, se refirió a las prórrogas del contrato de concesión y a las potestades de la autoridad minera, en torno de la evaluación del costo beneficio, así:

“Artículo 53. Prórrogas de concesiones mineras. Como mínimo dos (2) años antes de vencerse el período de explotación y encontrándose a paz y salvo con todas las obligaciones derivadas del contrato, el concesionario podrá solicitar la prórroga del mismo hasta por treinta (30) años, la cual no será automática.

“Presentada la solicitud, la Autoridad Minera Nacional determinará si concede o no la prórroga, para lo cual realizará una evaluación del costo beneficio donde se establecerá la conveniencia de la misma para los intereses del Estado, teniendo en cuenta los criterios que establezca el Gobierno nacional, según la clasificación de la minería.

“En caso de solicitarse por parte de un titular minero la prórroga de un contrato de concesión, podrá exigirse por la Autoridad Minera Nacional nuevas condiciones frente a los contratos y pactar contraprestaciones adicionales a las regalías.

“Parágrafo Primero. Los beneficiarios de licencias de explotación que hayan optado por la prórroga de este título minero y los beneficiarios de contratos mineros de pequeña minería celebrados en áreas de aporte, tendrán derecho de preferencia para obtener nuevamente el área objeto del respectivo título minero mediante contrato de concesión en los términos y condiciones establecidos en el inciso segundo de este artículo. Lo anterior sin perjuicio de lo dispuesto por la ley para las zonas de exclusión.

“Lo anterior siempre y cuando acredite estar al día con todas sus obligaciones y alleguen los estudios técnicos que fundamenten la viabilidad de continuar con las actividades de explotación”.

4.4. Finalmente, en la jerarquía normativa reglamentaria se advierte que el Decreto 1975 de 2016 –norma que no es materia de análisis en este proceso– adicionó el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Minas y Energía, 1073 de 2015, en lo relacionado con integración de áreas y prórrogas de contratos de concesión, indicando los siguientes parámetros de evaluación de las solicitudes de prórroga de los contratos de concesión minera:

“Artículo 2.2.5.2.2.11. Evaluación Costo-Beneficio. En el marco de la evaluación de las solicitudes de prórroga de los contratos de concesión y del derecho de preferencia de títulos mineros, la evaluación costo-beneficio que realice la

²⁴ Por la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”.

Autoridad Minera, se hará teniendo en cuenta la clasificación de la minería y se efectuará de conformidad con los siguientes parámetros:

“1. El análisis costo-beneficio se realizará con fundamento en la evaluación financiera del proyecto minero propuesto, atendiendo al tipo de mineral, la ubicación geográfica del área, las características técnicas y operativas del proyecto, las condiciones del mercado nacional e internacional, y a la mayor extracción de reservas del mineral. Para lo cual, la Autoridad Minera Nacional establecerá los parámetros de evaluación.

“2. La Autoridad Minera verificará que el estimado del valor presente neto del proyecto minero prorrogado u objeto del derecho de preferencia, sea igual o superior al valor presente neto del proyecto en desarrollo, conforme al Programa de Trabajos y Obras y condiciones vigentes, sin perjuicio de que se exijan nuevas condiciones contractuales o se pacten contraprestaciones adicionales a las regalías.

“3. La Autoridad Minera definirá los factores para establecer la estimación del valor presente neto.

“Artículo 2.2.5.2.2.12. Criterios para la selección de las nuevas condiciones contractuales y contraprestaciones adicionales Una vez se haya efectuado la evaluación costo beneficio y se determine continuar con el trámite de la prórroga del respectivo contrato, la Autoridad Minera Nacional podrá exigir nuevas condiciones frente a los contratos y/o pactar contraprestaciones económicas adicionales a las regalías, de acuerdo con la clasificación de la minería, para lo cual deberá verificar que el contrato prorrogado garantice que las condiciones adicionales objeto de la negociación, favorezcan los intereses del Estado .

“Parágrafo. En la integración de áreas y prórroga de los títulos de pequeña minería podrían o no, exigirse nuevas condiciones contractuales, así mismo, podrían o no, pactarse contraprestaciones económicas adicionales.

“Artículo 2.2.5.2.2.13. El Ministerio de Minas y Energía podrá establecer las condiciones para el ejercicio del derecho de preferencia, de que trata el parágrafo primero del artículo 53 de la Ley 1753 de 2015”.

4.5. Para concluir este aparte, se advierte que, sin perjuicio de las modificaciones legislativas y reglamentarias que se presentaron al amparo de las leyes y decretos antes citados, la Sala estudiará la legalidad de las disposiciones acusadas en este proceso dentro del marco legal en el que fueron expedidas.

Lo anterior, toda vez que las mismas pueden tener efectos jurídicos al amparo de la legislación vigente en su momento, de manera que la competencia de la jurisdicción para conocer sobre la demanda de nulidad no se agota ni decae con

ocasión de las referidas modificaciones.

5. El contrato de concesión minera fue regulado de manera especial en la Ley 685 de 2001 y de la misma forma lo fueron las disposiciones acerca de la prórroga

Ahora bien, pasando a considerar el contenido legal del contrato de concesión minera contemplado en la Ley 685 de 2001 y la potestad reglamentaria acerca de los requisitos de su prórroga, a diferencia de lo que estimó el Ministerio de Minas y Energía en la contestación de la demanda, se advierte que la prórroga de la concesión minera no constituyó un aspecto totalmente deferido a la potestad reglamentaria de esa autoridad y tampoco a la decisión bilateral adoptada por la libre negociación entre la autoridad minera concedente y el respectivo concesionario.

De acuerdo con el referido Código de Minas, el contrato de concesión minera se sometió a una ley de carácter especial, desde la definición misma contenida en el artículo 45 que lo distinguió de otro tipo de concesiones y, por tanto, se enmarcó en una legislación específica en cuanto al contenido contractual y los requisitos de la prórroga, tal como puede reafirmarse de la lectura del artículo 46 *ibídem*²⁵.

La especialidad de los requisitos del contrato de concesión minera, que ahora se reitera, ha sido advertida por la jurisprudencia de esta Corporación²⁶.

²⁵ “Artículo 46. Normatividad del contrato. Al contrato de concesión le serán aplicables durante el término de su ejecución y durante sus prórrogas, las leyes mineras vigentes al tiempo de su perfeccionamiento, sin excepción o salvedad alguna. Si dichas leyes fueren modificadas o adicionadas con posterioridad, al concesionario le serán aplicables estas últimas en cuanto amplíen, confirmen o mejoren sus prerrogativas exceptuando aquellas que prevean modificaciones de las contraprestaciones económicas previstas en favor del Estado o de las de Entidades Territoriales”.

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, radicación 11001032600020100004200 (39082), sentencia de 12 de mayo de 2016, actor: Miguel Antonio Camacho Espejo, demandado: Ministerio de Minas Energía e Instituto Colombiano de Geología y Minería –INGEOMINAS.

“El Código de Minas vigente para la fecha en que se expidieron los actos acusados, contenido en la Ley 685 de 2001, reguló en forma especial la concesión de minas de conformidad con los artículos 45 a 63 del referido estatuto. En la citada codificación se estableció que las disposiciones generales de los contratos estatales y las relativas a los procedimientos precontractuales, ‘no serán aplicables a la formulación y trámite de las propuestas de concesión minera, ni a la suscripción, perfeccionamiento, validez, ejecución y terminación de ésta, salvo las referentes a la capacidad legal a que se refiere el artículo 17 del presente Código’. De la misma manera, el artículo 197 del citado Código de Minas dispuso la especialidad de la ley minera para efectos de la ‘celebración y perfeccionamiento del contrato de concesión y su inscripción en el registro minero nacional’. El Código de Minas también se ocupó de definir, de manera especial, las normas de procedimiento y

En lo que guarda relación con el presente análisis, puede citarse la siguiente sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado que describe aspectos particulares del contrato de concesión minera:

“(...). 5. El contrato de concesión minera da nacimiento a unas obligaciones de carácter legal que son propias de este tipo de contratos; el contenido del negocio jurídico (tanto los derechos como obligaciones de cada una de las partes) se encuentra previamente establecido en el código de minas, por ende, los estudios, trabajos y obras a que por virtud de la concesión queda comprometido el concesionario, son los expresamente señalados en este cuerpo normativo; de hecho, el legislador prohíbe su modificación o adición por parte de las autoridades. Este carácter se ve también reiterado por la categorización del contrato de concesión minera como un contrato de adhesión, puesto que su celebración no da lugar a prenegociar sus términos, condiciones y modalidades. 6. Como negocio jurídico típico de derecho administrativo, por expreso mandato de ley contiene cláusulas exorbitantes: la posibilidad de declarar la caducidad del contrato y la reversión una vez éste ha finalizado. De igual forma, se reconoce a la autoridad concedente la facultad de conminación mediante la imposición de multas en caso de presentarse alguna infracción de las obligaciones que recaen sobre el contratista”²⁷.

Debe destacarse que varias de las disposiciones de la Ley 685 de 2001 reafirmaban la especialidad de los requerimientos legales para el ejercicio de la concesión minera estipulados al amparo de esa legislación, previstos como una limitante a la potestad reglamentaria en relación con nuevos condicionamientos o requisitos:

“Artículo 4°. Regulación general. Los requisitos, formalidades, documentos y pruebas que señala expresamente este Código para la presentación, el trámite y resolución de los negocios mineros en su trámite administrativo hasta obtener su perfeccionamiento, serán los únicos exigibles a los interesados. Igual principio se aplicará en relación con los términos y condiciones establecidas en este Código para el ejercicio del derecho a explorar y explotar minerales y de las correspondientes servidumbres.

las del Registro Minero Nacional, en relación con los actos y contratos relativos a los derechos mineros”.

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero ponente: Enrique Gil Botero, sentencia de 3 de febrero de 2010, radicación número: 11001-03-26-000-2006-00052-01(33187), actor: Armando Estrada Salazar y otros, demandado: Gobierno Nacional

Primero. DECLÁRASE la nulidad del Decreto 1160 de 2006 y de la resolución 180986 del mismo año, con fundamento en las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta sentencia

“De conformidad con el artículo 84 de la Constitución Política, ninguna autoridad podrá establecer ni exigir, permisos, licencias o requisitos adicionales para la procedencia de las propuestas o para la expedición, perfeccionamiento y ejercicio del título minero, sin perjuicio de la competencia de la autoridad ambiental.

“(…).

“Artículo 59. Obligaciones. El concesionario está obligado en el ejercicio de su derecho, a dar cabal cumplimiento a las obligaciones de carácter legal, técnico, operativo y ambiental, que expresamente le señala este Código. Ninguna autoridad podrá imponerle otras obligaciones, ni señalarle requisitos de forma o de fondo adicionales o que, de alguna manera, condicionen, demoren o hagan más gravoso su cumplimiento”.

“(…).

“Artículo 265. Base de las decisiones. Todas las providencias se fundamentarán en la existencia y comprobación de los requisitos y condiciones de fondo señaladas en la ley para cada caso. Los requisitos simplemente formales se omitirán y no darán lugar a desestimar las peticiones, ni a dictar resoluciones inhibitorias o para mejor proveer.

“Cuando para la expedición de un acto se requiera la realización previa de estudios técnicos o socioeconómicos, éstos deberán relacionarse en la parte motiva de la respectiva providencia”.

De conformidad con las citadas disposiciones legales, se tiene que concluir que la Ley 685 de 2001 cerraba el paso a las autoridades mineras para crear, a través de un decreto reglamentario, otras condiciones diferentes a las fijadas por el legislador, para el ejercicio de los derechos de los concesionarios y para la prórroga correspondiente.

Dentro de ese contexto legislativo, en el caso concreto, los objetivos generales descritos en la Ley 685 de 2001 y los principios axiológicos del estado de derecho no pueden ser invocados por la autoridad minera, para soportar, por la vía reglamentaria, la fijación de los requisitos adicionales a los previstos en la ley.

Como se observa de la citada legislación, el denominado Código de Minas delimitaba el alcance de la potestad reglamentaria y le impedía al poder ejecutivo generar requisitos nuevos adicionales a los contemplados en la ley.

Por tanto, la Ley 685 de 2001 acotaba la potestad reglamentaria al desarrollo de aquellos requisitos o condicionamientos exigidos en la jerarquía normativa de orden legal.

No sobra advertir que la misma Ley 685 de 2001 contempló las obligaciones medio ambientales, y que a su amparo el concesionario estaba obligado al cumplimiento de estas y otras cargas de origen legal en relación con el correspondiente contrato, lo que demuestra la improcedencia de los argumentos acerca de un supuesto vacío normativo sobre la imposición legal de este tipo de obligaciones.

6. El caso concreto

6.1. Criterios de valoración técnica

En relación con los criterios de evaluación técnica para la prórroga del contrato de concesión minera, la parte actora observó que los requisitos para la solicitud de prórroga fueron definidos en los artículos 76 y 77 del Código de Minas y puntualizó que *“las normas demandadas adicionan tres (3) nuevos requisitos al concesionario minero, no contemplados en la Ley 685 de 2001”*, los cuales, en su criterio, no se derivaron de la ley ni del contrato de concesión.

Las disposiciones legales que se invocaron como desbordadas o excedidas en la adopción del Decreto Reglamentario 943 de 2013, fueron las siguientes:

“Artículo 76. Requisito de la solicitud de prórroga. Para que la solicitud de prórroga de los períodos establecidos en el Contrato pueda ser autorizada, el concesionario deberá haber cumplido con las obligaciones correspondientes y pagado las sanciones que se le hubieren impuesto hasta la fecha de la solicitud. Igual requisito será necesario para que opere el otorgamiento presuntivo de la misma de acuerdo con el artículo anterior.

“Artículo 77. Prórroga y renovación del contrato. Antes de vencerse el período de explotación, el concesionario podrá solicitar una prórroga del contrato de hasta treinta (30) años que se perfeccionará mediante un acta suscrita por las partes, que se inscribirá en el Registro Minero. Vencida la prórroga mencionada, el concesionario tendrá preferencia para contratar de nuevo la misma área para continuar en ella las labores de explotación. Esta no tendrá que suspenderse mientras se perfecciona el nuevo contrato.

“En lo relativo al principio de favorabilidad se aplicará lo dispuesto en el artículo 357 de este código”.

En el análisis de estas normas, la Sala reafirma la consideración en la que se fundó la suspensión provisional adoptada en este proceso, tal como fue expuesta al resolver el recurso de súplica:

“Así las cosas, los artículos 76 y 77 de la Ley 685 sólo exigen, para el otorgamiento de la prórroga del ‘contrato de concesión’ (entiéndase la fase de explotación), los siguientes requisitos: i) que la solicitud se haga con antelación al vencimiento del período de explotación, ii) que el concesionario haya cumplido con las obligaciones correspondientes y iii) que haya pagado las sanciones que le hubieren impuesto hasta la fecha de la solicitud; por manera que, una vez verificado el cumplimiento de tales requisitos, la prórroga se perfecciona mediante la suscripción de un acta entre las partes, la cual debe ser inscrita en el registro minero. Desde luego, lo expuesto es indicativo de que el legislador no omitió establecer los requisitos para la prórroga del contrato de concesión minera, como extrañamente lo entiende la parte demandada”²⁸.

6.1.1. Primer requisito: inversión en nuevas tecnologías

De manera concreta, la parte actora observó que norma alguna del Código de Minas estableció que el derecho a la prórroga de la concesión estuviera condicionado a la obligación de acreditar la inversión en *“nuevas tecnologías”* y puntualizó que este requisito desconoció la *“autonomía empresarial”* del concesionario en la ejecución y cumplimiento de sus obligaciones, tal como se encontraba consagrada en el artículo 60 de la misma Ley 685 de 2001²⁹.

Agregó que las nuevas tecnologías, *“no necesariamente garantizan alcanzar nuevos niveles de producción”* ya que esta meta obedecía a diversos aspectos, porque *“la maximización de los beneficios de un proyecto minero depende enteramente del diseño del plan minero, que puede ser muy exitoso sin que necesariamente se adopten nuevas tecnologías (...)”³⁰.*

6.1.2. Contestación del Ministerio de Minas y Energía

²⁸ Consejo de Estado, Sala de Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera, auto de 30 de abril de 2014, radicación número: 11001-03-26-000-2013-00090-00(47694)A, actor: Margarita Ricaurte de Bejarano y otro, demandado: La Nación - Ministerio de Minas y Energía, referencia: recurso ordinario de súplica.

²⁹ “Ley 685 de 2001. Artículo 60. Autonomía empresarial. En la ejecución de los estudios, trabajos y obras de exploración, montaje, construcción, explotación, beneficio y transformación, el concesionario tendrá completa autonomía técnica, industrial, económica y comercial. Por tanto podrá escoger la índole, forma y orden de aplicación de los sistemas y procesos y determinar libremente la localización, movimientos y oportunidad del uso y dedicación del personal, equipos, instalaciones y obras. Los funcionarios de la entidad concedente o de la autoridad ambiental, adelantarán sus actividades de fiscalización orientadas a la adecuada conservación de los recursos objeto de la actividad minera a cargo del concesionario, y garantizar el cumplimiento de las normas de seguridad e higiene mineras y ambientales”.

³⁰ Escrito de demanda, folio 7, cuaderno 1.

En relación con el requisito consistente en las nuevas tecnologías exigidas para la prórroga de la concesión, al contestar la demanda, el Ministerio de Minas y Energía estimó necesario acudir al análisis de los objetivos fijados en el artículo 1º de la Ley 685 de 2001, los cuales, en su criterio, fueron desarrollados en la norma impugnada.

Observó que la Ley 685 de 2001 tuvo por objeto, entre otros, estimular las actividades y el aprovechamiento racional de los recursos *“dentro de un concepto integral de desarrollo sostenible y del fortalecimiento económico y social del país”*.

Por otra parte, destacó que la prórroga de la concesión minera es un acto bilateral y que no constituye un derecho adquirido del empresario, como parecería desprenderse de la argumentación de la parte actora.

Expuso que el Decreto 943 de 2013 desarrolló el requisito de *“haber cumplido las obligaciones correspondientes”* a que se refirió el artículo 76 del Código de Minas. Agregó que esas obligaciones fueron invocadas en la ley de manera genérica, *“por lo que se hace necesario reglamentar y establecer”* cuáles son precisamente los requisitos.

Observó que la reglamentación no impuso una determinada tecnología.

6.1.3. Consideraciones de la Sala acerca del requisito de nuevas tecnologías

El texto correspondiente al criterio de evaluación de la prórroga, impugnado en este proceso, se subraya a continuación:

“Artículo 4º. Criterios de evaluación técnica para la prórroga del contrato de concesión. Para llevar a cabo una evaluación objetiva de la solicitud de prórroga del contrato de concesión, la Autoridad Minera deberá considerar los siguientes aspectos:

“3.1 Técnicos:

“(…),

“e) Comprobar que se describan las inversiones que se realizarán en nuevas tecnologías, lo cual permitirá alcanzar nuevos niveles de producción y lograr un mayor aprovechamiento del recurso minero existente”.

Con fundamento en el cotejo formal de este texto con los artículos 76 y 77 contenidos en la Ley 685 de 2001, se advierte que el Decreto Reglamentario 943

de 2013 introdujo un requerimiento técnico predeterminado por el deber de proyectar inversiones “en nuevas tecnologías”, el cual se aprecia como desbordado frente a la exigencia legal de acreditar el cumplimiento de obligaciones “correspondientes”, esto es, de las adquiridas en el contrato vigente.

Se comparte el argumento de la parte actora, dado que el requisito impugnado consagraba la obligación de renovar las tecnologías para incrementar los niveles de producción, la cual no se apoyó en un condicionamiento de origen legal para conceder la respectiva prórroga.

Puede observarse que la Ley 685 de 2001 se refirió a la acreditación del cumplimiento de las obligaciones existentes bajo el contrato de concesión cuya prórroga se solicitaba. Lo anterior no podía comprender la imposición específica de inversiones en nuevas tecnologías, sin perjuicio de que, en un caso particular existieran obligaciones “correspondientes” al contrato de concesión, en materia de inversiones, de acuerdo con las normas legales³¹.

En este orden de ideas se concluye que se excedió la potestad reglamentaria al imponer el condicionamiento u obligación de comprometerse con nuevas tecnologías para incrementar los niveles de producción.

Por todo lo anterior, aunado al carácter especial y reglado de los requisitos legales de la prórroga de la concesión minera, se accederá a decretar la nulidad

³¹ “Artículo 204. Estudio de Impacto Ambiental. (...) Este estudio contendrá los elementos, informaciones, datos y recomendaciones que se requieran para describir y caracterizar el medio físico, social y económico del lugar o región de las obras y trabajos de explotación; los impactos de dichas obras y trabajos con su correspondiente evaluación; los planes de prevención, mitigación, corrección y compensación de esos impactos; las medidas específicas que se aplicarán para el abandono y cierre de los frentes de trabajo y su plan de manejo; **las inversiones necesarias** y los sistemas de seguimiento de las mencionadas medidas. El Estudio se ajustará a los términos de referencia y guías ambientales previamente adoptadas por la autoridad ambiental en concordancia con el artículo 199 del presente Código”.

“Artículo 271. Requisitos de la propuesta. . La propuesta para contratar, además del nombre, identidad y domicilio del interesado, contendrá:

“(…).

“f) El señalamiento de los términos de referencia y guías mineras que se aplicarán en los trabajos de exploración y el estimativo de la inversión económica resultante de la aplicación de tales términos y guías;

“(,,,)”.

“La propuesta deberá verse en el modelo estandarizado adoptado por la entidad concedente.

demandada, en relación con el literal e) del punto 3.1 del artículo 4 del Decreto 943 de 2013.

6.1.4. Segundo requisito: mantener o mejorar los empleos

La parte actora observó que se trató de un requisito que no estaba previsto en la ley, el cual resultó irrazonable, dado que *“los empleos que debe mantener el empresario minero son únicamente los que requiere para ejecutar las obras y trabajos para a que se encuentra obligado en desarrollo del plan minero”*³².

Reiteró que se desconoció el derecho a la autonomía empresarial consagrado en el artículo 60 de la Ley 685 de 2001.

6.1.5. Contestación del Ministerio de Minas y Energía

En relación con el segundo requisito, relacionado con la exigencia de mantener el número de empleos, el Ministerio explicó que se trató de un elemento que buscó cumplir con el fortalecimiento social del país a que se refirió el artículo 1º de la Ley 685 de 2001.

Agregó que no se puede imputar ilegalidad a un requisito que *“en realidad desarrolla un principio axiológico del Estado Social contenido en la Ley, lo cual se enmarca en la órbita de la competencia reglamentaria”*³³.

6.1.6. Consideraciones de la Sala acerca del requisito referido a mantener y mejorar los empleos

El texto objeto de la impugnación es el que aparece subrayado a continuación:

“Artículo 4º. Criterios de evaluación técnica para la prórroga del contrato de concesión. Para llevar a cabo una evaluación objetiva de la solicitud de prórroga del contrato de concesión, la Autoridad Minera deberá considerar los siguientes aspectos:

“(…).

“3.3 Sociales:

“a) Verificar que el número de empleos que ofrece el proyecto se mantenga durante la prórroga del título minero y que por lo menos se mejoren los existentes.”

³² Ibídem.

³³ Citó la sentencia C-1005 del 15 de octubre de 2008, Magistrado Ponente Humberto Sierra Porto.

Tal como observó la parte actora, no existió asidero legal para imponer el criterio objetivo de mantener el número de empleos y mejorar los existentes, en orden a configurar un condicionamiento para obtener la prórroga de la concesión.

Como se ha expuesto en esta providencia, al amparo del Código de Minas, los requisitos para autorizar la prórroga se encontraban definidos en la ley y, bajo esa legislación, no era procedente el ejercicio de la potestad reglamentaria para introducir requerimientos adicionales.

Resulta evidente que el requisito que se comenta excedió la ley, en la medida en que en la misma no se fijó un factor referido al número de empleos ni a las condiciones de los empleos existentes.

La Sala se aparta de las justificaciones invocadas por el Ministerio de Minas y Energía, toda vez que la potestad reglamentaria de la ley, prevista en el artículo 189 de la Constitución Política³⁴, en concordancia con el artículo 121 de la misma carta³⁵, no se puede desplegar con el solo respaldo de un concepto genérico de justicia social, dado que, por esa vía, el Gobierno Nacional se estaba atribuyendo mayor competencia que aquella que la Ley le concedía para fijar requisitos y para que la autoridad minera pudiera adoptar la decisión de autorizar o no la prórroga de la concesión.

Por todo lo anterior, aunado a la consideración sobre el carácter especial y reglado de los requisitos legales de la prórroga de la concesión minera, se accederá a decretar la nulidad en relación con el literal a) del punto 3.3 del artículo 4 del Decreto 943 de 2013.

6.1.7. Tercer requisito: no haber sido sancionado

La parte actora, igualmente, indicó que el requisito de no haber sido sancionado se introdujo sin respaldo legal y que, por el contrario, *“lo que la ley minera*

³⁴ “Artículo 189 C.P. (...) 11 . Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes”.

³⁵ “Artículo 121 C.P. Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”.

establece en materia de prórrogas y sanciones es que el concesionario haya pagado las multas impuestas a la fecha de prórroga del contrato”.

Argumentó que el requisito se reglamentó en forma desbordada del marco legal, por ejemplo, en el siguiente aspecto (se transcribe literal, incluso con errores):

“Descartar eventualmente a un solicitante de prórroga de un contrato de concesión minera por la imposición previa de una multa debido al incumplimiento de una obligación minero ambiental puede resultar desproporcionado”³⁶.

Finalmente, la parte actora observó que el derecho a la prórroga del período de concesión de la explotación minera, *“ha sido reglamentado de manera general y completa por los artículos 76 y 77 de la Ley 685 de 2001”.*

6.1.8. El Ministerio de Minas y Energía, en relación con el tercer requisito, referido a la ausencia de sanciones, especificó que la Ley 685 de 2001 *“no se ocupó de algunos temas de orden eminentemente operático y procedimental”*, confiando la adopción de los mismos a la reglamentación.

Por otra parte, observó que las prórrogas a las que se refirió el artículo 76 objeto de la reglamentación son las que se pueden conceder para la *“etapa de exploración, construcción y montaje”*, invocando para ello lo previsto en los artículos 74 y 75 del Código de Minas y, que, por tanto, el requisito allí fijado no aplicaba para las prórrogas de los contratos de concesión minera en etapa de explotación.

6.1.9. Consideraciones de la Sala acerca del requisito consistente en la ausencia de sanciones

Tal como se indicó al resolver el recurso de súplica contra el auto que dispuso la suspensión provisional, con base en el cotejo entre las normas legales y el requisito objeto de la reglamentación, se puede concluir que no es correcta la apreciación del Ministerio de Minas y Energía, según la cual los artículos 76 y 77 reglamentados solo se aplicaban a las prórrogas de las *etapas de exploración, construcción y montaje*, a su vez referidas en los artículos 74 y 75 del Código de Minas.

³⁶ Escrito de demanda, folio 9, cuaderno 1.

Es evidente que las normas reglamentadas se refirieron a las etapas del contrato y a la prórroga del mismo y, en esa medida, comprendieron la prórroga de los respectivos períodos establecidos en el contrato concesión.

Se recuerda que de conformidad con la Ley 685 de 2001 *“El contrato de concesión comprende dentro de su objeto las fases de exploración técnica, explotación económica, beneficio de los minerales por cuenta y riesgo del concesionario y el cierre o abandono de los trabajos y obras correspondientes”*³⁷.

Ahora bien, en el texto materia de la impugnación se dispuso³⁸:

“3.5 Jurídicos:

“a) Comprobar que el beneficiario del título minero no haya sido sancionado por el incumplimiento de las obligaciones minero-ambientales establecidas en el contrato de concesión y que la autoridad ambiental no haya sancionado el incumplimiento de las obligaciones de la Licencia Ambiental”.

La argumentación del Ministerio de Minas y Energía no puede llamar a confusión, dado que la verificación del cumplimiento de las obligaciones correspondientes al contrato de concesión en materia medio ambiental estaba contemplada en la Ley 685 de 2001, dentro de los artículos 76 y 77 y podía ser exigida de acuerdo con la misma.

Sin embargo, el factor objeto de impugnación contenido en el literal a) del punto 3.5 del artículo 4 fue más allá de la condición de cumplimiento de las obligaciones y se extendió a la exigencia de que no se hubieran impuesto sanciones.

Se reitera que los requisitos de la prórroga fijados en el artículo 76 de la Ley 685 de 2001 se refirieron al cumplimiento de las obligaciones del concesionario y al pago de las multas que le hubieran sido impuestas. Por ello, la citada disposición legal no podía extenderse, por la vía de la reglamentación, a nuevos requerimientos que desbordaban la ley, como era el condicionamiento de que el

³⁷ *“Artículo 45. Definición. El contrato de concesión minera es el que se celebra entre el Estado y un particular para efectuar, por cuenta y riesgo de este, los estudios, trabajos y obras de exploración de minerales de propiedad estatal que puedan encontrarse dentro de una zona determinada y para explotarlos en los términos y condiciones establecidos en este Código. Este contrato es distinto al de obra pública y al de concesión de servicio público.*

“El contrato de concesión comprende dentro de su objeto las fases de exploración técnica, explotación económica, beneficio de los minerales por cuenta y riesgo del concesionario y el cierre o abandono de los trabajos y obras correspondientes”.

³⁸ Se subraya el texto objeto de la pretensión de nulidad.

concesionario no hubiera sido sancionado, el cual se pretendió incorporar como un requisito para acceder a la prórroga.

De esta manera, se reafirma que el requisito de ausencia de sanciones para la prórroga del contrato de concesión, que el Decreto Reglamentario 943 de 2013 introdujo sin respaldo legal, excedió la Ley 685 de 2001.

Por lo anterior, aunado a la consideración del carácter especial y reglado de los requisitos legales de la prórroga de la concesión minera, se accederá a decretar la nulidad demandada, en relación con el literal a) del punto 3.5 del artículo 4 del Decreto 943 de 2013.

6.2. Reglamentación contenida en el artículo 5 del Decreto 943 de 2013

6.2.1. La **parte actora** indicó que el artículo 5 del Decreto Reglamentario 943 de 2013 le cambió los parámetros a la Administración al momento de evaluar la prórroga, habida cuenta de que –en su criterio- se abrió la posibilidad de que la autoridad minera no accediera a la prórroga de la concesión minera, de manera discrecional.

Puntualizó que el segmento normativo atacado desconoció que la Ley 685 de 2001 consagró una potestad reglada a la autoridad minera -y no discrecional- para decidir respecto de la petición de prórroga.

Por tanto, la parte actora concluyó que se configuró la incompetencia del funcionario al expedir el Decreto Reglamentario 943 de 2013, dado que aunque tenía competencia para reglamentar la ley, lo hizo excediéndola.

6.2.2. El **Ministerio de Minas y Energía** defendió la legalidad de la disposición acusada, con los siguientes argumentos:

El artículo 5 del Decreto Reglamentario 943 de 2013 no estableció ningún cambio respecto de lo consagrado en el artículo 77 de la Ley 685 de 2001, dado que ambas normas establecen la obligatoriedad de la aprobación por parte de la autoridad minera, que en ese momento era la Agencia Nacional de Minería.

Observó que el artículo 5 del Decreto Reglamentario 943 de 2013 no convirtió la autorización de la prórroga del contrato de concesión en un asunto meramente discrecional.

Agregó que tampoco se vulneró la Ley 685 de 2001, dado que el derecho a la prórroga, *“en modo alguno ha sido un derecho adquirido del concesionario”* y que de acuerdo con esa ley dependió del cumplimiento de las obligaciones del concesionario, sobre lo cual se desplegó la potestad reglada de la Administración.

6.2.3. Consideraciones de la Sala acerca de la verificación de cumplimiento de los aspectos señalados en la ley

El texto de la disposición cuya nulidad se solicitó en la demanda, es el que se subraya a continuación:

“Artículo 5°. Si la Autoridad Minera encuentra que los aspectos señalados en el artículo anterior, han sido cumplidos por parte del Concesionario o que existiendo algunas omisiones estas puedan ser subsanadas, podrá consentir en que se modifique el contrato en cuanto al término de su vigencia y conceder la prórroga respectiva. En caso contrario, la Autoridad Minera deberá abstenerse de suscribir el acta de prórroga del contrato de concesión, y motivará su decisión mediante acto administrativo”³⁹.

Es cierto que la autoridad minera no goza de discrecionalidad para consentir o no en la solicitud de prórroga, toda vez que los requisitos para la prórroga fueron definidos en la Ley.

Sin embargo, el acto administrativo que concede la prórroga del contrato de concesión minera supone una valoración de las condiciones espacio temporales de la solicitud y del cumplimiento de los requisitos de ley, de manera que no se puede considerar que el Código de Minas introdujo una prórroga automática, menos aún que contempló un derecho adquirido para todo concesionario que solicite la prórroga.

Ahora bien, la Sala encuentra que el artículo 5 del Decreto 943 de 2013 no contraviene las disposiciones legales contenidas en la Ley 685 de 2001, en cuanto solo se refiere a la potestad de la autoridad minera para valorar y decidir si se cumplen o no los requisitos de la prórroga.

³⁹ Los textos subrayados corresponden a los segmentos normativos objeto de la demanda.

Se puntualiza que esa disposición reglamentaria no estableció que la prórroga del contrato de concesión constituyera un derecho adquirido para el concesionario. Por ello, se advierte que la lectura de la norma que se sugiere por el Ministerio de Minas, en relación con los argumentos de la demandante, no resultó acertada.

No sobra observar que la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, de manera reiterada, han entendido los derechos adquiridos como las situaciones jurídicas individuales definidas y consolidadas al amparo de una ley y que, en tal virtud, se entienden incorporadas, en forma válida y definitiva al patrimonio de un sujeto de derecho. Esa circunstancia no se puede predicar en relación con la eventual autorización de prórroga de la concesión minera, la cual no confiere derechos adquiridos⁴⁰ y, bajo la legislación que se examina, en su momento dependía del cumplimiento de las obligaciones contractuales y de los requisitos de ley, predicables con respecto al concesionario.

Se advierte que la frase objeto de la pretensión de nulidad no debe ser interpretada de manera aislada, habida cuenta de que se encuentra inserta dentro de la proposición jurídica que desarrolló el poder reglado de conceder la prórroga del contrato de concesión, bajo el supuesto de cumplimiento de los requisitos de ley.

Por lo anterior, se concluye que el segmento normativo del artículo 5 del Decreto 943 de 2013, objeto de la demanda que ahora se desata, no incurrió en la ilegalidad imputada por la parte actora.

Así las cosas, se denegará la pretensión de nulidad correspondiente.

⁴⁰ En sentencia C 389 de 2016, la Corte Constitucional destacó la relevancia de la siguiente sentencia: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero ponente: Enrique Gil Botero, sentencia de 3 de febrero de 2010, radicación número: 11001-03-26-000-2006-00052-01(33187), actor: Armando Estrada Salazar y otros, demandado: Gobierno Nacional.

En lo que importa para este proceso, se destaca la siguiente consideración del Consejo de Estado:

“3. La concesión minera no otorga al particular derecho de propiedad alguno, pero si derechos de contenido patrimonial oponibles frente a terceros y transmisibles de acuerdo con la ley. Ello se desprende del tenor literal del artículo 15 de la ley 685 de 2001, el cual preceptúa: “El contrato de concesión y los demás títulos emanados del Estado de que trata el artículo anterior, no transfieren al beneficiario un derecho de propiedad de los minerales “in situ” sino el de establecer, en forma exclusiva y temporal dentro del área otorgada, la existencia de minerales en cantidad y calidad aprovechables, a apropiárselos mediante su extracción o captación y a gravar los predios de terceros con las servidumbres necesarias para el ejercicio eficiente de dichas actividades”.

7. Costas.

De conformidad con lo previsto en el artículo 188 del C.P.A.C.A.⁴¹, en el presente proceso no hay lugar a la imposición de costas, dado que las pretensiones se refirieron a la nulidad simple de las disposiciones reglamentarias y, por tanto, a la custodia de la legalidad que constituye un interés público.

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

FALLA:

PRIMERO.- DECLÁRASE LA NULIDAD de los literales “e” del numeral 3.1 y “a” de los numerales 3.3 y 3.5 del artículo 4 del Decreto Reglamentario 943 de 2013.

SEGUNDO: DENEGAR las demás pretensiones de la demanda.

TERCERO: SIN condena en costas.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARIA ADRIANA MARÍN

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

⁴¹ “Artículo 188 C.P.A.C.A. Condena en costas. **Salvo en los procesos en que se ventile un interés público**, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil” (la negrilla no es del texto).