



MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD – Nulidad acto administrativo sobre el procedimiento de radicación de propuestas / PROCEDIMIENTO DE RADICACIÓN DE PROPUESTAS DEL CONTRATO DE CONCESIÓN MINERA / PROCEDIMIENTO DE PRELACIÓN – Carácter especial que desarrolla el principio participativo de las comunidades étnicamente diferenciadas

Teniendo en cuenta que la Resolución impugnada pretendió desarrollar un procedimiento al amparo de las normas legales del Código de Minas contenido en la Ley 685 de 2001, resulta importante destacar que desde el punto de vista de la jerarquía normativa que se deriva de la propia Constitución Política, se debe establecer que dicha Resolución no podía exceder la ley y que la Agencia Nacional de Minería se encontraba sometida al marco normativo de la misma. (...) se observa que la Resolución 79 se refirió al ejercicio del derecho de prelación sobre zonas superpuestas con las contenidas en las propuestas de concesión minera o solicitudes de legalización, asunto que se debe entender ubicado en las normas referidas al “*procedimiento gubernativo en asuntos mineros*” a que se refiere el artículo 258 del Código de Minas.

FUENTE FORMAL: LEY 685 DE 2001/ CÓDIGO DE MINAS – ARTÍCULO 258

DERECHO DE PRELACIÓN DE GRUPOS INDÍGENAS Y COMUNIDADES NEGRAS EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN MINERA – No puede la autoridad minera modificar

Se puede advertir que, a través de la Resolución 79, la Agencia Nacional de Minería pretendió definir el “procedimiento de radicación de propuestas de contrato de concesión minera, en ejercicio del derecho de prelación consagrado en los artículos 124 y 133 del Código de Minas”, específicamente en el aspecto de la comunicación a los grupos étnicos ocupantes de las áreas superpuestas, dentro del trámite de las propuestas de contrato de concesión. Desde el punto de vista de la competencia para expedir la citada reglamentación, se concreta que la autoridad minera no podía modificar el Código de Minas por las siguientes razones: **i)** La jerarquía normativa del Código de Minas en cuyo texto se prohibió expresamente la imposición de requisitos distintos de los definidos en esa ley. **y ii)** La carencia de competencia de la Agencia Nacional de Minería para adicionar un procedimiento administrativo fijado en la ley.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO DE MINAS – ARTÍCULO 124 / CÓDIGO DE MINAS – ARTÍCULO 133

DERECHO DE PRELACIÓN PARA EXPLOTAR Y EXPLORAR ZONAS MINERAS / COMUNIDADES ÉTNICAMENTE DIFERENCIAS / EXCESO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA DE LA AGENCIA NACIONAL MINERA

“La Resolución impugnada fue expedida en desarrollo de la Ley 685 de 2001 y en esa norma jurídica se dispuso claramente la prohibición de establecer requisitos adicionales para el ejercicio de los negocios y títulos mineros, sin perjuicio de la competencia de la autoridad ambiental. (...) resulta claro que el artículo 275 del Código de Minas no contenía referencia alguna a los requisitos que se introdujeron en los segmentos normativos atacados en este proceso (...) no procede interpretar su propio estatuto en el sentido en que termine abrogándose competencias para ampliar o restringir los términos y condiciones de los derechos de prelación que

fija el Código de Minas o para modificar el procedimiento de la ley en el caso de las zonas mineras superpuestas. (...) se observa la ilegalidad de los apartes acusados, dado que la Agencia Nacional de Minería pretendió conceder un plazo adicional al fijado en la ley, afectando, de una parte, a las comunidades étnicamente diferenciadas y, de otra, el debido proceso del proponente, en tanto se buscó modificarla, incluso frente a los trámites en curso. Frente a la exigencia de un “previo estudio técnico, económico y jurídico de las propuestas de concesión”, introducida en el primer párrafo del artículo 2 de la Resolución 79, en el trámite de comunicación de la propuesta también se encuentra que se excedió lo previsto en el artículo 275 del Código de Minas, dado que se abriría una etapa o instancia adicional no prevista en la ley. (...) Exigirles a esas comunidades que manifestaran su intención de proponer un contrato de concesión y crear un plazo adicional a partir del previsto en la ley para hacer valer la prelación, constituyó sin duda un alcance que modificaba los derechos de esas comunidades y el procedimiento respectivo. Finalmente, se evidencia que de acuerdo con el artículo 275 del Código de Minas, el plazo para hacer valer la prelación contaba a partir de la notificación a las referidas comunidades, de manera que no había un vacío en la debida información ni en el lapso para el ejercicio del derecho referido en el citado artículo 275.

FUENTE FORMAL: LEY 685 DE 2001 / CÓDIGO DE MINAS – ARTÍCULO 275

POTESTAD REGLAMENTARIA – Exceso / POTESTAD REGLAMENTARIA / AGENCIA NACIONAL DE MINERÍA – Incompetente para emitir actos administrativos que establecen requisitos o términos adicionales a los ya señalados en la ley para ampliar o restringir términos y condiciones de derechos de prelación / AUTORIDAD MINERA – No tienen competencias legislativas

Resulta claro que el artículo 275 del Código de Minas no contenía referencia alguna a los requisitos que se introdujeron en los segmentos normativos atacados en este proceso. Dicho artículo dispuso un procedimiento de comunicación a los grupos étnicamente diferenciados. (...) no se puede compartir la argumentación de la Agencia Nacional de Minería dado que la autoridad minera no tiene competencias legislativas y, por ello, sus funciones deben ser ejercidas con respeto a la ley, especialmente, teniendo en cuenta que su régimen legal es el de una entidad de la rama ejecutiva del poder público, que se creó bajo potestades excepcionales y regladas y, por tanto, no procede interpretar su propio estatuto en el sentido en que termine abrogándose competencias para ampliar o restringir los términos y condiciones de los derechos de prelación que fija el Código de Minas o para modificar el procedimiento de la ley en el caso de las zonas mineras superpuestas.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO DE MINAS – ARTÍCULO 275

PLAZO ADICIONAL CONTRATO DE CONCESIÓN MINERA – No podía concederlo la Agencia Nacional Minera

Se observa la ilegalidad de los apartes acusados, dado que la Agencia Nacional de Minería pretendió conceder un plazo adicional al fijado en la ley, afectando, de una parte, a las comunidades étnicamente diferenciadas y, de otra, el debido proceso del proponente, en tanto se buscó modificarla, incluso frente a los trámites en curso. Frente a la exigencia de un “previo estudio técnico, económico y jurídico de las propuestas de concesión”, introducida en el primer párrafo del artículo 2 de la Resolución 79, en el trámite de comunicación de la propuesta también se

encuentra que se excedió lo previsto en el artículo 275 del Código de Minas, dado que se abriría una etapa o instancia adicional no prevista en la ley. (...) Exigirles a esas comunidades que manifestaran su intención de proponer un contrato de concesión y crear un plazo adicional a partir del previsto en la ley para hacer valer la prelación, constituyó sin duda un alcance que modificaba los derechos de esas comunidades y el procedimiento respectivo.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO DE MINERO – ARTÍCULO 275

INCOMPETENCIA DE LA AGENCIA NACIONAL MINERA PARA REFORMAR EL CÓDIGO DE MINAS / PROTECCIÓN DE GRUPOS ÉTNICAMENTE DIFERENCIADOS

“Sin perjuicio de que un acto administrativo con impacto directo sobre el derecho de prelación de las comunidades étnicas diferenciadas requiera o no consulta previa, se debe advertir que, dentro del principio de separación de poderes y la jerarquía normativa de la ley no se le permite a la autoridad minera entrar a dictar actos administrativos modificando la ley, en este caso el Código de Minas, aunque sea bajo la intención de una supuesta mayor información o protección a las comunidades étnicamente diferenciadas. (...) los apartes acusados deben ser anulados, toda vez que introdujeron un requisito específico para la actuación y un plazo adicional al legal para las comunidades étnicamente diferenciadas, de cara a manifestar “si se encuentra interesada en presentar una propuesta para que se le otorgue un contrato de concesión minera” y al “término de seis (6) meses para presentar la propuesta de contrato de concesión minera, término que empezará a correr a partir del día hábil siguiente a la radicación de la comunicación mediante la cual ejerce el derecho de prelación ante la Agencia Nacional de Minería”. Frente a la exigencia de un “previo estudio técnico, económico y jurídico de las propuestas de concesión”, introducida en el trámite de comunicación de la propuesta, también se encuentra que excede lo previsto en el artículo 275 del Código de Minas, dado que abriría una etapa o instancia adicional no prevista en la ley. (...) dado que el artículo 265 del Código de Minas establece con jerarquía y claridad suficiente que todas las providencias de la autoridad minera deben ser fundamentadas “en la existencia y comprobación de los requisitos y condiciones de fondo, señalados en la ley para cada caso”.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO MINAS – ARTÍCULO 275

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION A

Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Bogotá, D.C. catorce (14) de marzo de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 11001-03-26-000-2014-00101-00(51754)

Actor: LUIS ALFONSO ARIAS GARCÍA

Demandado: AGENCIA NACIONAL DE MINERÍA

Referencia: MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD– NORMA DEMANDADA: RESOLUCIÓN 79 DE 2014, ARTÍCULO 1.

Temas: *Resolución 79 de 2014 expedida por la Agencia Nacional de Minería - ANM, artículo 1, procedimiento de radicación de propuestas del contrato de concesión minera, en ejercicio del derecho de prelación consagrado en los artículos 123 y 124 del Código de Minas / comunidades étnicamente diferenciadas / ACCEDE a declarar la nulidad de los segmentos normativos acusados (nulidad parcial).*

Conoce la Sala de la demanda de nulidad presentada por Luis Alfonso Arias García, 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 C.P.A.C.A.¹, mediante el cual se pretende la nulidad de los siguientes apartes del artículo 1 de la Resolución 79 de 29 de enero de 2014, expedida por la Agencia Nacional de Minería -ANM²:

*“RESOLUCIÓN 79 DE 2014
(enero 29)*

“por medio de la cual se modifica y adiciona la Resolución número 396 del 14 de junio de 2013 que establece el procedimiento de radicación de propuestas de contrato de concesión minera, en ejercicio del derecho de prelación consagrado en los artículos 124 y 133 del Código de Minas.

“(…).

“Artículo 1°. Modificar el artículo 2° de la Resolución número 396 del 14 de junio de 2013, en los siguientes términos:

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 49.049 de 30 de enero de 2014, folios 29 y 30, cuaderno 1.

‘Artículo 2°. Ejercicio de Derecho de Prelación. La Agencia Nacional de Minería, a través de la Vicepresidencia de Contratación y Titulación, **previo estudio técnico, económico y jurídico de las propuestas de concesión** minera o solicitud de legalización, en cualquiera de sus modalidades, superpuestas con zonas mineras de comunidades indígenas, negras o mixtas, procederá a comunicar de conformidad con la presente resolución al Ministerio del Interior la existencia de las mismas, con el fin de que se surta el trámite de notificación a las comunidades étnicas ubicadas en la zona minera, para que ejerzan su derecho de prelación.

‘Una vez notificada la comunidad indígena, negra o mixta, según corresponda, tendrá 30 días contados a partir del día hábil siguiente a la notificación, para hacer valer su preferencia, **manifestando si se encuentra interesada en presentar una propuesta para que se le otorgue un contrato de concesión minera.**

‘Así mismo, la comunidad indígena, negra o mixta contará con un término de seis (6) meses para presentar la propuesta de contrato de concesión minera, término que empezará a correr a partir del día hábil siguiente a la radicación de la comunicación mediante la cual ejerce el derecho de prelación ante la Agencia Nacional de Minería.

‘De no manifestar su interés o no presentar la propuesta de contrato de concesión dentro del plazo otorgado, se dará por terminado el proceso de prelación y se procederá a su archivo”.

‘Parágrafo. La Autoridad Minera deberá agotar este procedimiento en el trámite de las solicitudes vigentes que a la fecha de la publicación de la presente resolución estén ubicadas total o parcialmente dentro de las zonas mineras indígenas, de comunidades negras o mixtas, con el fin de garantizar el ejercicio del derecho de prelación de los grupos indígenas y/o las comunidades negras”³.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

La demanda se presentó el 28 de julio de 2014, con la pretensión de que se declare la nulidad de los textos antes destacados, contenidos en la Resolución 79 de 29 de enero de 2014.

2. Los hechos

Según reseñó el demandante, la Ley 685 de 2001, contentiva del Código de Minas, consagró en los artículos 124, 133, 134 y 275 el derecho de prelación de

³ Los segmentos en negrilla corresponden a los apartes acusados.

las comunidades indígenas, negras y mixtas, el cual conlleva a que la autoridad minera les pueda otorgar la concesión sobre los territorios ubicados en la respectiva zona minera indígena, negra o mixta.

En criterio del demandante, de acuerdo con los antecedentes de la Ley 685 de 2001, las citadas disposiciones del Código de Minas establecieron un derecho de prelación o preferencia para explorar y explotar las respectivas zonas mineras, a través de un contrato de concesión, de manera que, en su concepto, el ejercicio del derecho de prelación de las citadas comunidades se concreta a través de la presentación de una propuesta de contrato de concesión por parte de los respectivos grupos étnicos.

Indicó que mediante la Resolución 396 de 2013, también demandada ante el Consejo de Estado⁴, la Agencia Nacional de Minería amplió en un mes el término fijado en la ley para que los grupos étnicos pudieran ejercer el derecho de prelación o preferencia.

Agregó que, luego, mediante la Resolución 79 de 2014, objeto de la presente demanda, la Agencia Nacional de Minería modificó el artículo 2 de la Resolución 396 de 2013 y amplió, no en un mes, sino en seis meses, el término para que las comunidades indígenas, negras o mixtas presentaran la propuesta del contrato de concesión minera.

3. Concepto de violación

El demandante expuso dos cargos de ilegalidad: **i)** el exceso de la potestad reglamentaria prevista en el artículo 189 de la Constitución Política y la violación del artículo 211 de la Constitución Política, dado que la Resolución acusada se expidió sin competencia y con desviación de las atribuciones que se podían desplegar frente al marco del artículo 275 de la Ley 685 de 2001. Afirmó que la potestad reglamentaria se excedió por parte de la Agencia Nacional de Minería al expedir la Resolución 79 de 2014. También agregó que no existió delegación alguna en cabeza de la Agencia Nacional de Minería que la facultara a modificar,

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, radicación 110010322600020140001700, (49948) demanda de nulidad contra el inciso segundo del artículo 2 de la Resolución 396 de 2013. En ese proceso, mediante providencia de 17 de junio de 2015, confirmada el 9 de septiembre de 2015, se decidió SUSPENDER provisionalmente los efectos del inciso segundo del artículo 2 de la resolución 396 de 14 de junio de 2012.

mediante sus resoluciones, las disposiciones legales del Código de Minas y ii) la violación del artículo 150 de la Constitución Política referida a la potestad exclusiva del Congreso de la República para expedir códigos y reformar las legislaciones correspondientes.

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

4. Actuación procesal

4.1. Mediante providencia del 11 de agosto de 2014 se admitió la demanda y se dispuso la notificación a la Agencia Nacional de Minería⁵.

4.2. En auto de 11 de noviembre de 2014, el Consejero Ponente dispuso que por Secretaría de la Sección se informara del proceso a la comunidad, en los términos del artículo 171 del C.P.A.C.A.

4.3. La Agencia Nacional de Minería dio contestación a la demanda mediante escrito presentado el 20 de marzo de 2015. Indicó que los hechos correspondían a apreciaciones del demandante y no a conceptos jurídicos. Aclaró que la Ley 685 de 2001 se refirió a “zonas mineras” de indígenas, de comunidades negras o de comunidades mixtas y que como en esa ley se guardó silencio respecto de la forma como dichas comunidades pueden hacer valer su derecho de prelación sobre las respectivas zonas mineras, le correspondió a la autoridad minera adoptar la respectiva reglamentación.

Explicó que la adición temporal de plazos obedeció a las serias limitaciones que tienen esas comunidades para acceder a la información.

Detalló que no se amplió el plazo legal de 30 días referido en el artículo 275 de la Ley 685 de 2001, sino que se adicionó un término, que corría después de vencido el anterior, para que las comunidades indígenas, negras o mixtas pudieran radicar la solicitud de la concesión en relación con la respectiva zona minera.

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

⁵ Folio 72 a 78 cuaderno 1.

4.4. Mediante escrito radicado el 31 de mayo de 2016, la Agencia Nacional de Minería presentó su alegato de conclusión.

4.5. La parte actora y el Ministerio Público guardaron silencio en su oportunidad⁶.

5. Suspensión Provisional

Mediante auto de 17 de marzo de 2015, el Consejero Ponente accedió a suspender -parcialmente y de manera provisional- el artículo 1 de la Resolución 79 de 2014 en relación con los segmentos que fueron atacados en la demanda, por considerar que la transgresión del artículo 275 del Código de Minas “*salta de bulto*” y “*se evidencia en forma palmaria*”⁷. Contra el referido se interpuso del recurso de súplica.

En providencia de 12 de febrero de 2016, el otro Consejero que conformaba la Sala y dos conjuces designados para integrarla, resolvieron el recurso y confirmaron auto suplicado, mediante el cual se decretó la suspensión de las disposiciones atacadas en este proceso⁸.

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

II. CONSIDERACIONES

La Sala establece 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 de las potestades para expedir la Resolución 79 de 2014; **4)** el procedimiento de prelación consagrado en los artículos 124 y 133 del Código de Minas obedece a un carácter especial que

⁶ Folio 166, cuaderno 1.

⁷ Folios 38 a 65, cuaderno de suspensión provisional.

⁸ Folios 82 a 98, cuaderno de suspensión provisional.

desarrolla el principio participativo de las comunidades étnicamente diferenciadas; **5)** naturaleza exhaustiva y prevalente del Código de Minas; **6)** el procedimiento reglamentado en las disposiciones contenidas en la Resolución 79 de 2014; **7)** el caso concreto, análisis de los cargos; **8)** conclusiones y **9)** 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 reglamentaciones acusadas hacen parte de una Resolución expedida por una autoridad del orden nacional¹⁰, en este caso, la Agencia Nacional de Minería¹¹.

Igualmente, se confirma la competencia de la Sala para conocer del presente proceso en única instancia, de conformidad con el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999, modificado por el artículo 1º del Acuerdo 55 de 2003¹² -ambos contentivos

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.

“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: Anailde 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”.

¹¹ Creada por el Decreto 4134 de 2011, en desarrollo de las facultades extraordinarias de la Ley 1444 de 2011. En el referido decreto se dispuso: “Artículo 1. Creación y Naturaleza Jurídica de la Agencia Nacional De Minería, ANM. Créase la Agencia Nacional de Minería ANM, como una agencia estatal de naturaleza especial, del sector descentralizado de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, técnica y financiera, adscrita al Ministerio de Minas y Energía”.

¹² “Artículo 13.- Distribución de los negocios entre las Secciones.

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 de la Resolución 79 de 2014

La Resolución 79 de 2014, expedida por la presidenta de la Agencia Nacional de Minería – ANM-, modificó la Resolución 396 de 2013, mediante la cual se estableció el procedimiento de radicación de propuestas, en ejercicio del derecho de prelación consagrado en los artículos 124 y 133 del Código de Minas.

La referida Resolución constituyó un acto administrativo de carácter general¹³, susceptible del medio de control de nulidad.

“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”.

¹³ 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 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”.

En los artículos 124 y 133 del Código de Minas, invocados en las citadas resoluciones, se dispuso lo siguiente acerca del derecho de prelación de las comunidades indígenas y negras:

“Artículo 124. Derecho de prelación de grupos indígenas. Las comunidades y grupos indígenas tendrán prelación para que la autoridad minera les otorgue concesión sobre los yacimientos y depósitos mineros ubicados en una zona minera indígena. Este contrato podrá comprender uno o varios minerales.

“(..).

“Artículo 133. Derecho de prelación de las Comunidades Negras. Las comunidades negras tendrán prelación para que la autoridad minera les otorgue concesión sobre los yacimientos y depósitos mineros ubicados en una zona minera de comunidad negra. Esta concesión podrá comprender uno o varios minerales y le serán aplicables las disposiciones del presente Capítulo”.

En relación con los artículos 124 y 133 del Código de Minas - y con el artículo 275 que se invocó como transgredido en la demanda-, no sobra advertir que mediante la sentencia C-389 de 2016 la Corte Constitucional declaró su exequibilidad, con los siguientes condicionamientos:

*“Tercero.- Declarar **EXEQUIBLES** los artículos 122, 124 y 133 de la Ley 685 de 2001, “por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones”, por los cargos analizados y bajo el entendido de que el derecho de prelación por parte de las comunidades étnicas o afrocolombianas, **no constituye justificación alguna para omitir la aplicación del derecho fundamental a la consulta previa y al consentimiento libre, previo e informado, cuando la afectación sea intensa por el desplazamiento de una comunidad, por amenaza de extinción física o cultural, o por el uso de materiales peligrosos en sus tierras y territorios**” (la negrilla no es del texto).*

4. El procedimiento de prelación consagrado en los artículos 124 y 133 del Código de Minas obedece a un carácter especial que desarrolla el principio participativo de las comunidades étnicamente diferenciadas

Acerca del procedimiento previsto en los artículos 124 y 133 del Código de Minas, observó la Corte Constitucional¹⁴ su especialidad en relación con el estatuto de contratación de la administración pública y, por otra parte, esa Corte concluyó sobre el régimen participativo en que se debe fundar la prelación, en la siguiente forma:

“Se trata de un método que, primero, es especial, en tanto excluido del ordenamiento normativo aplicable a la contratación estatal; basado en un derecho de preferencia, y que exige un grupo de requisitos asociados principalmente a la

¹⁴ Sentencia C-389 de 2016.

información sobre la naturaleza del proyecto, la presencia de grupos étnicos, la superposición con espacios de conservación ecológica y el compromiso de cumplir las normas ambientales”.

Más adelante la Corte observó:

“La participación es un principio cardinal de la Carta Política, una visión de la democracia acogida por el Constituyente de 1991 y un derecho fundamental. Esta se concreta en la intervención activa de todos los posibles afectados por una decisión, y en la obligación de las autoridades de darle efectos, para así construir una nación donde lo público se discute tanto desde abajo, desde cada ciudadano, como a través de sus representantes en el Congreso de la República”.

La Corte Constitucional se detuvo en el análisis de la participación de las comunidades étnicamente diferenciadas, requisito que se exige en tanto la respectiva ley o la medida administrativa las afecte de manera directa. La Corte advirtió que esa participación se debe entender como una expresión de los derechos fundamentales de dichas comunidades, así:

“La analogía entre el derecho a la vida de toda persona y el derecho a subsistir de las comunidades étnicamente diferenciadas, como fundamento de sus derechos fundamentales, ha sido reiterada constantemente por esta Corporación, y surge a raíz de un análisis conjunto de los distintos factores que amenazan la subsistencia de los pueblos indígenas, entre los que se encuentran (i) la existencia de patrones históricos de discriminación en contra de los pueblos y personas indígenas; (ii) la presión ejercida sobre sus territorios; (iii) la incompreensión de sus formas de ver el mundo, organización social y percepción del desarrollo, por parte de la sociedad no-indígena; (iv) los intereses económicos de la comunidad mayoritaria; (v) el especial impacto que el conflicto armado ha generado sobre sus territorios y forma de vida, y (iv) la marginalidad económica, política, geográfica y social que caracteriza su situación y que se traduce en amenazas serias y reales para su pervivencia, al punto que esta Corte ha reconocido que 30 de los 102 pueblos indígenas de Colombia enfrentan actualmente el peligro de extinción”¹⁵.

“(…).

-. Además del derecho a la subsistencia, la concepción participativa y pluralista de la democracia (artículo 2º CP), el principio de igualdad en sus distintas facetas (artículo 13 CP¹⁶, la diversidad de culturas y el idéntico respeto por su dignidad

¹⁵ Cita original de la sentencia: “[153] Al respecto, ver sentencias T-282 de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), Autos 004 y 005 de 2009 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa)”.

¹⁶ Cita original de la sentencia: “[154] Los derechos de los pueblos indígenas tocan diversas esferas del principio de igualdad: así, los mandatos de igualdad formal e igualdad de derechos para toda la población, propios del inciso primero del artículo 13; la igualdad material, en atención a los diversos factores de vulnerabilidad que enfrentan los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes (13.2 y 13.3), el respeto por la igualdad en las diferencias, derivado de los principios de diversidad cultural e igualdad entre culturas (arts. 7º y 70 CP)”.

(artículos 7 y 70 CP), así como los compromisos adquiridos por el Estado en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, concurren a reforzar el carácter fundamental de los derechos de los pueblos indígenas”¹⁷.

5. Naturaleza exhaustiva y prevalente del Código de Minas

Teniendo en cuenta que la Resolución impugnada pretendió desarrollar un procedimiento al amparo de las normas legales del Código de Minas contenido en la Ley 685 de 2001, resulta importante destacar que desde el punto de vista de la jerarquía normativa que se deriva de la propia Constitución Política¹⁸, se debe establecer que dicha Resolución no podía exceder la ley y que la Agencia Nacional de Minería se encontraba sometida al marco normativo de la misma.

En el mismo sentido lo observó por la Sección Primera de esta Corporación, mediante auto en el que invocó la jurisprudencia de la Corte Constitucional, así:

¹⁷ Cita original de la sentencia: “[155] En el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, debe destacarse (i) el Convenio 169 de la OIT, instrumento incorporado al bloque de constitucionalidad por remisión del artículo 93 (inciso 1º) de la Constitución Política; (ii) la interpretación de las obligaciones estatales en relación con los pueblos indígenas, en materia de consulta previa, a partir de decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, intérprete autorizada de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y (iii) la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, donde se recoge la visión actual de la comunidad internacional sobre el alcance mínimo de los derechos de los pueblos indígenas. Como herramientas relevantes para la interpretación del derecho a la consulta previa, la Sala tomará también en consideración (iv) los informes de la Relatoría de la ONU sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, (v) la Guía de Aplicación del Convenio 169 de la OIT, y el reciente informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre territorios indígenas, como doctrina autorizada: “Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales” (2010) Comisión Interamericana de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09. 30 diciembre 2009”.

¹⁸ Cita original de la sentencia: “Artículo 121 C.P. Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley.

“Artículo 150.C.P. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...).2. Expedir códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones.

“Artículo 211 C.P. La ley señalará las funciones que el Presidente de la República podrá delegar en los ministros, directores de departamentos administrativos, representantes legales de entidades descentralizadas, superintendentes, gobernadores, alcaldes y agencias del Estado que la misma ley determine. Igualmente, fijará las condiciones para que las autoridades administrativas puedan delegar en sus subalternos o en otras autoridades.

“La delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario, cuyos actos o resoluciones podrá siempre reformar o revocar aquel, reasumiendo la responsabilidad consiguiente.

“La ley establecerá los recursos que se pueden interponer contra los actos de los delegatarios.

“b.- El Despacho advierte que de conformidad con lo previsto en los artículos 29, 114 y numerales 1 y 2 del artículo 150 de la Constitución Política el único facultado de manera directa y exclusiva para la creación de procedimientos administrativos es el Legislador¹⁹.

“(…).

“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)²⁰.

De la misma forma, en la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado -que ahora se acoge y reitera- se ha advertido que la competencia para establecer procedimientos administrativos corresponde en forma exclusiva al legislador:

“11.3.- Así las cosas, la Sala advierte que tanto la jurisprudencia²¹ como la doctrina especializada²² han señalado que la competencia de establecer los

¹⁹ Cita original de la sentencia C-740 de 2008 en la cual la Corte se pronunció en relación con 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”.

²⁰ La subraya y el texto en paréntesis corresponden al original de la sentencia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero Ponente: Guillermo Vargas Ayala, Auto de 25 de junio de 2015, radicación: 11001-03-24-000-2015-00163-00, actor: Lina Marcela Muñoz Ávila y otros, demandado: La Nación – Presidencia de la República - Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible - Ministerio de Minas y Energía - Ministerio del Interior - Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, suspensión provisional del Decreto 2691 del 23 de diciembre de 2014 *“Por el cual se reglamenta el artículo 37 de la Ley 685 de 2001 (...)*”.

²¹ Cita original de la sentencia: *“CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 14 de abril de 2010. C.P.: Enrique Gil Botero, Expediente: 36054. Véase también, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencias: Sentencia C – 252 de 1994. En igual sentido, la Sentencia C – 229 de marzo 18 de 2003”.*

²² Cita original de la sentencia: *“SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Op., cit., pp. 182 a 190”.*

procedimientos administrativos, con independencia de que éstos sean generales o especiales, corresponde de forma exclusiva al legislador y no a la autoridad administrativa, conclusión a la que se ha llegado a partir del estudio del artículo 150 de la Constitución, pues éste asigna como competencia exclusiva al legislador la expedición de códigos y, por tanto, los procedimientos administrativos contenidos en disposiciones especiales se consideran parte integrante del Código Contencioso Administrativo.

“11.4.- En consecuencia, mediante acto administrativo no es posible crear procedimientos administrativos que regulen las relaciones entre la Administración y el ciudadano, esto es, con efectos extra-orgánicos, y si la ley no regula esos mínimos procedimentales será preciso acudir al procedimiento general consignado en el artículo 2º del C.P.A.C.A, como norma supletoria para estos casos”²³.

“11.5.- Y lo anterior deviene así en nuestro ordenamiento jurídico en cuanto los procedimientos administrativos no son otra cosa que la concreción del principio de legalidad en las relaciones entre los administrados y las autoridades”²⁴.

Por tanto, resulta pertinente el estudio de los cargos interpuestos por el demandante, en tanto el acto demandado se impugnó por supuesta ilegalidad, debido a la desviación de las atribuciones con respecto a la Ley 685 de 2001, contentiva del Código de Minas.

Por otra parte, se observa que la Resolución 79 se refirió al ejercicio del derecho de prelación sobre zonas superpuestas con las contenidas en las propuestas de concesión minera o solicitudes de legalización, asunto que se debe entender ubicado en las normas referidas al *“procedimiento gubernativo en asuntos mineros”* a que se refiere el artículo 258 del Código de Minas.

Para contextualizar el análisis que se hará en el caso concreto, se observa que el título séptimo de la Ley 685 de 2001 reguló los aspectos procedimentales de los asuntos mineros, de manera especializada, prevalente y exhaustiva, en un cuerpo normativo que estableció la suficiencia e integralidad de los referidos procedimientos, tal como se puede observar en las siguientes disposiciones:

“TITULO SEPTIMO

²³ Cita original de la sentencia: *“Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 14 de abril de 2010. Exp. 36054”*.

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, auto de 9 de septiembre de 2015, radicación: 11001-03-26-000-2014-00017-00 (49948), actor: Luis Alfonso Arias García, demandado: Agencia Nacional de Minería, medio de control: nulidad.

“ASPECTOS PROCEDIMENTALES

“CAPITULO XXV

“Normas de procedimiento

“Artículo 258. Finalidad. Todos los trámites, diligencias y resoluciones que integran el procedimiento gubernativo en asuntos mineros, tienen como finalidad esencial garantizar, en forma pronta y eficaz, el derecho a solicitar del particular como proponente del contrato de concesión y el de facilitarle su efectiva ejecución. Este principio deberá informar tanto la conducta de los funcionarios y la oportunidad y contenido de sus decisiones, como la actuación de los solicitantes y terceros intervinientes.

“(…).

“Artículo 261. Procedimiento sumario. El procedimiento gubernativo se forma por el acopio ordenado y consecutivo de las peticiones, documentos y diligencias estrictamente necesarias para sustentar y motivar las resoluciones que hayan de tomarse. No habrá más notificaciones y comunicaciones que las expresamente previstas en las leyes. Se rechazarán y devolverán de plano las piezas impertinentes o inocuas, que presenten el interesado o terceros.

“Artículo 262. Informativo unificado. La autoridad minera formará un solo expediente integral y constituido por los documentos y actuaciones de los interesados y de los terceros intervinientes, dirigidos todos a la expedición del título minero y al señalamiento de las obligaciones a cargo del beneficiario.

“(…).

“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.

“Artículo 266. Solicitud de información a otras entidades públicas. Cuando la autoridad minera o ambiental requieran comprobar la existencia de alguna circunstancia necesaria para sustentar y motivar las resoluciones que hayan de tomarse, procederán a solicitar a la entidad el envío de dicha información dentro del término de treinta (30) días. Vencido este término la autoridad minera o ambiental resolverá lo pertinente.

“En todos los procedimientos en que se requiera tener en cuenta criterios de competencia y protección a los consumidores, se consultará sobre la materia el concepto de la Superintendencia de Industria y Comercio.

“(…).

“Artículo 270. Presentación de la propuesta. La propuesta de contrato se presentará por el interesado directamente o por medio de su apoderado ante la autoridad competente o delegada, ante el notario o alcalde de la residencia del proponente, o por envío a través de correo certificado. En estos casos, si la primera propuesta concurre con otra u otras posteriores sobre la misma zona, se tendrá como fecha de presentación la de su recibo por la autoridad competente

o comisionada, o la fecha y hora en que la empresa de correo certificado expida el recibo de envío.

“También será admisible la presentación de la propuesta a través de medios electrónicos, cuando la autoridad minera disponga de los equipos y servicios requeridos para tal fin. Toda actuación o intervención del interesado o de terceros en los trámites mineros podrá hacerse directamente o por medio de abogado titulado con tarjeta profesional. Los documentos de orden técnico que se presenten con la propuesta o en el trámite subsiguiente, deberán estar refrendados por geólogo, ingeniero de minas o ingeniero geólogo matriculados, según el caso, de acuerdo con las disposiciones que regulan estas profesiones.

“(…)”²⁵.

“Artículo 275. Comunicación de la propuesta. Si la propuesta no ha sido objetada por la autoridad minera, en un término que no supere los quince (15) días contados a partir de la presentación de la misma, dentro de los cinco (5) días siguientes, se comunicará, por intermedio del Ministerio del Interior, a los representantes de los grupos étnicos ocupantes del área. La comunicación a los grupos étnicos tendrá por objeto notificarlos con el fin de que comparezcan para hacer valer su preferencia en el término de treinta (30) días contados a partir de la notificación, si el área estuviere ubicada en zonas mineras indígenas, de comunidades negras o mixtas.

“Artículo 276. Resolución de oposiciones. Vencido el término de treinta (30) días de que trata el artículo anterior, en una sola providencia se resolverán las oposiciones presentadas y se definirán las áreas sobre las cuales se hubiere ejercido el derecho de preferencia de los grupos étnicos. Si las oposiciones y superposiciones que fueren aceptadas comprendieren solo parte del área pedida, se restringirá la propuesta a la parte libre y si la comprendieren en su totalidad, se ordenará su archivo”.

6. El procedimiento reglamentado en las disposiciones contenidas en la Resolución 79 de 2014

De acuerdo con la anterior transcripción normativa, se puede advertir que, a través de la Resolución 79, la Agencia Nacional de Minería pretendió definir el *“procedimiento de radicación de propuestas de contrato de concesión minera, en ejercicio del derecho de prelación consagrado en los artículos 124 y 133 del Código de Minas”*, específicamente en el aspecto de la comunicación a los grupos étnicos ocupantes de las áreas superpuestas, dentro del trámite de las propuestas de contrato de concesión.

²⁵ Texto adicionado por la Ley 926 de 2004.

Desde el punto de vista de la competencia para expedir la citada reglamentación, se concreta que la autoridad minera no podía modificar el Código de Minas por las siguientes razones:

- i) La jerarquía normativa del Código de Minas en cuyo texto se prohibió expresamente la imposición de requisitos distintos de los definidos en esa ley.y
- ii) La carencia de competencia de la Agencia Nacional de Minería para adicionar un procedimiento administrativo fijado en la ley.

Por otra parte, tal como se ha citado en esta providencia, es reiterada la jurisprudencia en el sentido de que el artículo 150 de la Constitución Política reserva al poder legislativo la potestad de definir los procedimientos en la vía gubernativa²⁶.

7. El caso concreto

7.1. Primer cargo, exceso de la potestad reglamentaria

7.1.1. Argumentos del demandante

El demandante indicó que la disposición que se acusa parcialmente debería “*estar acorde al Decreto Ley 4134 de 2011, mediante el cual se creó la Agencia Nacional de Minería, y en especial al Código de Minas*”; sin embargo, advirtió que ese supuesto no se respetó en la reglamentación objeto de la presente demanda de nulidad. Afirmó que no es dable a la referida Agencia Nacional de Minería emitir actos administrativos mediante los cuales establece requisitos o términos adicionales a los ya señalados expresamente en la ley.

De manera concreta argumentó que el aparte acusado “*es contrario a la norma legal que desarrolla y a otras a las cuales está sujeta, en la medida en que adicionó un término de seis (6) meses, no establecido en el artículo 275 del Código de Minas, para que los grupos étnicos radiquen su propuesta de contrato de concesión*”²⁷. Concluyó que procedía declarar la nulidad de los segmentos

²⁶ En el C.P.A.C.A. se cambió la denominación por la de *procedimientos administrativos*.

²⁷ Folio 14 escrito de demanda, cuaderno 1.

demandados, dado que el artículo 275 del Código de Minas estableció de manera completa, clara y taxativa, el trámite que debía adelantarse.

Adicionalmente, cuestionó la violación de los derechos del proponente, así: *“El aparte normativo acusado también viola el inciso final del Artículo 35 del Código de Minas, en la medida que está en la práctica afectando los derechos del proponente inicial (aquel que presentó la propuesta...) por cuanto la resolución de su propuesta pende de un trámite y un término adicionales no contemplados en el código de minas”*²⁸. En el mismo sentido, destacó que el segmento demandado contradice abiertamente el artículo 276 del Código de Minas, en cuanto allí se dice que vencido el término de 30 días procede resolver las oposiciones.

Agregó que los apartes objeto de la demanda crean *“una ficción que contradice el Código de Minas, al dividir en dos categorías distintas el ejercicio del derecho de prelación, siendo la primera la manifestación de su interés en ejercer el referido derecho, y el segundo al otorgar el referido plazo de seis (6) meses adicionales, para presentar la propuesta de contrato de concesión minera”*.

Reseñó que el artículo 84 de la Constitución Política prohíbe establecer requisitos adicionales a los establecidos en la ley, para adelantar las actividades reglamentadas y que el artículo 4 del Código de Minas prohíbe la creación de requisitos distintos de los que señala esa ley.

7.1.2. Contestación del cargo

La Agencia Nacional de Minería invocó potestades para expedir la Resolución 79, en su condición de Autoridad Minera Nacional. Especificó que podía otorgar un término adicional a las comunidades étnicamente diferenciadas en materia de la propuesta de concesión, dado que sobre ello el Código de Minas no tenía una regulación aplicable.

Para el propósito de esta providencia, sus argumentos se agrupan, así:

Invocó los artículos 1, 3 y 4 del Decreto 4134 de 2011, mediante el cual se creó la Agencia Nacional de Minería, entidad encargada de administrar integralmente los recursos minerales y, de otra parte, hacer seguimiento a los títulos de propiedad

²⁸ Folio 15, escrito demanda, cuaderno 1.

privada del subsuelo cuando le sea delegada esta función por el Ministerio de Minas y Energía.

La Agencia Nacional de Minería reiteró que el artículo 4 del Decreto 4134 de 2011 le otorgó funciones de autoridad minera en el territorio nacional, la facultó, también, para obrar como entidad concedente de los derechos de exploración y explotación.

Reseñó la Resolución 18-0876 de 7 de junio de 2012, por medio de la cual se reasumió una función por parte de ese Ministerio y se delegó en la Agencia Nacional de Minería la función de fiscalización, seguimiento y control de los títulos mineros para la exploración y explotación de yacimientos minerales.

Argumentó que no reformó el artículo 275 del Código de Minas, dado que la Resolución 79 solo materializó y buscó hacer efectiva la garantía legal que se consagraba para las comunidades étnicas.

7.1.3. Consideraciones de la Sala

La Resolución impugnada fue expedida en desarrollo de la Ley 685 de 2001 y en esa norma jurídica se dispuso claramente la prohibición de establecer requisitos adicionales para el ejercicio de los negocios y títulos mineros, sin perjuicio de la competencia de la autoridad ambiental, así:

“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.

“De conformidad con el artículo 84 de la Constitución Política²⁹, 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”.

²⁹ “Artículo 84 C.P. Cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio”.

De la misma forma, tal como se evidenció en el auto mediante el cual se decretó la suspensión provisional, resulta claro que el artículo 275 del Código de Minas no contenía referencia alguna a los requisitos que se introdujeron en los segmentos normativos atacados en este proceso. Dicho artículo dispuso un procedimiento de comunicación a los grupos étnicamente diferenciados, en los siguientes términos:

“Artículo 275. Comunicación de la propuesta. Si la propuesta no ha sido objetada por la autoridad minera, en un término que no supere los quince (15) días contados a partir de la presentación de la misma, dentro de los cinco (5) días siguientes, se comunicará, por intermedio del Ministerio del Interior, a los representantes de los grupos étnicos ocupantes del área. La comunicación a los grupos étnicos tendrá por objeto notificarlos con el fin de que comparezcan para hacer valer su preferencia en el término de treinta (30) días contados a partir de la notificación, si el área estuviere ubicada en zonas mineras indígenas, de comunidades negras o mixtas”.

Por otra parte, no se puede compartir la argumentación de la Agencia Nacional de Minería dado que la autoridad minera no tiene competencias legislativas y, por ello, sus funciones deben ser ejercidas con respeto a la ley, especialmente, teniendo en cuenta que su régimen legal es el de una entidad de la rama ejecutiva del poder público, que se creó bajo potestades excepcionales y regladas y, por tanto, no procede interpretar su propio estatuto en el sentido en que termine abrogándose competencias para ampliar o restringir los términos y condiciones de los derechos de prelación que fija el Código de Minas o para modificar el procedimiento de la ley en el caso de las zonas mineras superpuestas.

Además, tal como indicó el demandante, se observa la ilegalidad de los apartes acusados, dado que la Agencia Nacional de Minería pretendió conceder un plazo adicional al fijado en la ley, afectando, de una parte, a las comunidades étnicamente diferenciadas y, de otra, el debido proceso del proponente, en tanto se buscó modificarla, incluso frente a los trámites en curso.

Frente a la exigencia de un “previo estudio técnico, económico y jurídico de las propuestas de concesión”, introducida en el primer párrafo del artículo 2 de la Resolución 79, en el trámite de comunicación de la propuesta también se encuentra que se excedió lo previsto en el artículo 275 del Código de Minas³⁰, dado que se abriría una etapa o instancia adicional no prevista en la ley.

³⁰ Ley 685 de 2001 “Artículo 275. Comunicación de la propuesta. Si la propuesta no ha sido objetada por la autoridad minera, en un término que no supere los quince (15) días contados a partir de la presentación de la misma, dentro de los cinco (5) días siguientes, se comunicará, por

Si bien es cierto que la ley permitía distinguir entre la declaración de una zona minera³¹ y la propuesta, aceptación y celebración del contrato de concesión³², no lo es menos que el artículo 275 del Código de Minas reguló en forma íntegra la obligación de información a los grupos étnicamente diferenciados y el plazo para hacer valer la prelación en el caso de que se presentara una propuesta de contrato de concesión que comprendiera áreas superpuestas con las de los ocupantes de los referidos grupos.

Exigirles a esas comunidades que manifestaran su intención de proponer un contrato de concesión y crear un plazo adicional a partir del previsto en la ley para hacer valer la prelación, constituyó sin duda un alcance que modificaba los derechos de esas comunidades y el procedimiento respectivo.

Finalmente, se evidencia que de acuerdo con el artículo 275 del Código de Minas, el plazo para hacer valer la prelación contaba a partir de la notificación a las referidas comunidades, de manera que no había un vacío en la debida información ni en el lapso para el ejercicio del derecho referido en el citado artículo 275.

7.2. Segundo cargo, incompetencia para reformar el Código de Minas

7.2.1. Argumentos del demandante

intermedio del Ministerio del Interior, a los representantes de los grupos étnicos ocupantes del área. La comunicación a los grupos étnicos tendrá por objeto notificarlos con el fin de que comparezcan para hacer valer su preferencia en el término de treinta (30) días contados a partir de la notificación, si el área estuviere ubicada en zonas mineras indígenas, de comunidades negras o mixtas”.

³¹*“Artículo 122. Zonas Mineras Indígenas. La autoridad minera señalará y delimitará, con base en estudios técnicos y sociales, dentro de los territorios indígenas, zonas mineras indígenas en las cuales la exploración y explotación del suelo y subsuelo mineros deberán ajustarse a las disposiciones especiales del presente Capítulo sobre protección y participación de las comunidades y grupos indígenas asentados en dichos territorios.*

“Toda propuesta de particulares para explorar y explotar minerales dentro de las zonas mineras indígenas será resuelta con la participación de los representantes de las respectivas comunidades indígenas y sin perjuicio del derecho de prelación que se consagra en el artículo 124 de este Código”.

³² *“Artículo 125. Concesión. La concesión se otorgará a solicitud de la comunidad o grupo indígena y en favor de ésta y no de las personas que la integran. La forma como éstas participen en los trabajos mineros y en sus productos y rendimientos y las condiciones como puedan ser sustituidas en dichos trabajos dentro de la misma comunidad, se establecerán por la autoridad indígena que los gobierne. Esta concesión no será transferible en ningún caso”.*

El demandante invocó el artículo 150 de la Constitución Política³³ a cuyo tenor, corresponde al legislador, de manera exclusiva y excluyente, expedir y reformar los Códigos.

Reafirmó el carácter material de la Ley 685 de 2001, como cuerpo normativo con la jerarquía de un Código, tal como se hizo constar en la exposición de motivos del proyecto de Ley 269 de 2000, que precedió la adopción de la referida ley.

7.2.2. Contestación de la Agencia Nacional de Minería

La Agencia Nacional de Minería sostuvo que no hizo cosa diferente que resolver un asunto de su competencia y garantizar los derechos de prelación de los grupos étnicos.

Por otra parte, advirtió la presunción de legalidad de la resolución atacada. Indicó que los actos administrativos gozan de la presunción de legalidad y que la Agencia Nacional de Minería obró investida siempre por el principio de legalidad, en el marco de su competencia.

7.2.3. Consideraciones de la Sala

La Sala advierte que las funciones que el Decreto Ley 4134 de 2011³⁴ le asignó a la Agencia Nacional de Minería³⁵, en manera alguna pueden ser interpretadas en

³³ “Artículo 150.C.P. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...).2. Expedir códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones.

³⁴ “Por el cual se crea la Agencia Nacional de Minería, ANM, se determina su objetivo y estructura orgánica”. El Decreto 4134 de 2011 fue expedido en ejercicio de las facultades extraordinarias de los literales e) y f) del artículo 18 de la Ley 1444 de 2011. Dicha ley escindió unos Ministerios y otorgó precisas facultades extraordinarias al Presidente de la República “para modificar la estructura de la Administración Pública y la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación y se dictan otras disposiciones”.

³⁵ “Artículo 4°. Funciones. Son funciones de la Agencia Nacional de Minería, ANM las siguientes: 1. Ejercer las funciones de autoridad minera o concedente en el territorio nacional. 2. Administrar los recursos minerales del Estado y conceder derechos para su exploración y explotación. 3. Promover, celebrar, administrar y hacer seguimiento a los contratos de concesión y demás títulos mineros para la exploración y explotación de minerales de propiedad del Estado cuando le sea delegada esta función por el Ministerio de Minas y Energía de conformidad con la ley. 4. Diseñar, implementar y divulgar estrategias de promoción de la exploración y explotación de minerales. 5. Proponer y apoyar al Ministerio de Minas y Energía en la formulación de la política gubernamental y en la elaboración de los planes sectoriales en materia de minería, dentro del marco de sostenibilidad económica, social y ambiental de la actividad minera. 6. Administrar el catastro minero y el registro minero nacional. 7. Mantener actualizada la información relacionada

el sentido de permitirle a esa entidad reformar el Código de Minas, toda vez que: **i)** esa interpretación violaría el artículo 150 de la Constitución Política; **ii)** el Decreto 4134 invocó en sus considerandos el artículo 317 del Código de Minas³⁶, como base para desarrollar las facultades administrativas de la autoridad minera, las cuales no pueden extenderse en contravía de las restricciones que estableció el mismo Código, citado como fundamento de la regulación contenida en el Decreto 4134.

7.3. Protección de los grupos étnicamente diferenciados

La Agencia Nacional de Minería observó que: **i)** el plazo legal de 30 días aplicaba para hacer valer el derecho de prelación de los grupos étnicos, el cual no fue modificado, puesto que el plazo adicional que se fijó en la Resolución 79 fue concedido para “*presentar la propuesta de concesión*”; **ii)** la disposición atacada solo buscó dar claridad en beneficio de los grupos étnicos; **iii)** La Ley 685 de 2001 no estableció un término para que los grupos étnicos presentaran la propuesta de concesión; **iv)** los 30 días del artículo 275 del Código de Minas solo constituyeron un plazo para que la comunidad manifestara si quería o no ejercer el derecho de prelación; **v)** el artículo 3 del Código de Minas indicó que la autoridad minera no puede dejar de resolver un asunto por razón de las deficiencias de la ley.

con la actividad minera. 8. Liquidar, recaudar, administrar y transferir las regalías y cualquier otra contraprestación derivada de la explotación de minerales, en los términos señalados en la ley. 9. Determinar la información geológica que los beneficiarios de títulos mineros deben entregar, recopilarla y suministrarla al Servicio Geológico Colombiano. 10. Desarrollar estrategias de acompañamiento, asistencia técnica y fomento a los titulares mineros con base en la política definida para el sector y en coordinación con las autoridades competentes. 11. Administrar y disponer de los bienes muebles e inmuebles que pasen al Estado por finalización de los contratos de concesión y demás títulos mineros en que aplique cláusula de reversión. 12. Promover la incorporación de la actividad minera en los planes de ordenamiento territorial. 13. Apoyar la realización de los procesos de consulta previa a los grupos étnicos en coordinación con las autoridades competentes. 14. Dar apoyo al Ministerio de Minas y Energía en la formulación y ejecución de la política para prevenir y controlar la explotación ilícita de minerales. 15. Fomentar la seguridad minera y coordinar y realizar actividades de salvamento minero sin perjuicio de la responsabilidad que tienen los particulares en relación con el mismo. 16. Reservar áreas con potencial minero, con el fin de otorgarlas en contrato de concesión. 17. Ejercer las demás actividades relacionadas con la administración de los recursos minerales de propiedad estatal”.

³⁶ “**CONSIDERANDO:** (...). Que de conformidad con el artículo 317 de la Ley 685 de 2001, la autoridad minera o concedente es el Ministerio de Minas y Energía o la autoridad nacional, que **tenga a su cargo la administración** de los recursos mineros, la promoción a la industria minera, la administración del recaudo y distribución de las contraprestaciones económicas que señala el Código de Minas”. (la negrilla no es del texto).

Adicional a lo expuesto en cuanto a la ilegalidad de la creación de nuevas etapas y términos en el procedimiento, acerca de la protección a los grupos étnicos puede advertirse que la Agencia Nacional de Minería tiene en sus funciones la siguiente:

“13. Apoyar la realización de los procesos de consulta previa a los grupos étnicos en coordinación con las autoridades competentes”.

Tal como se ha relatado en esta providencia, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de los artículos 124 y 133 del Código de Minas, en torno del derecho de prelación de grupos indígenas y comunidades negras y en esa decisión consagró la advertencia de que la declaración de constitucionalidad del citado derecho no constituye justificación alguna para omitir la aplicación de la consulta previa y del consentimiento libre, previo e informado *“cuando la afectación sea intensa por el desplazamiento de una comunidad, por amenaza de extinción física o cultural, o por el uso de materiales peligrosos en sus tierras y territorios”.*

Por ello, sin perjuicio de que un acto administrativo con impacto directo sobre el derecho de prelación de las comunidades étnicas diferenciadas requiera o no consulta previa, se debe advertir que, dentro del principio de separación de poderes y la jerarquía normativa de la ley no se le permite a la autoridad minera entrar a dictar actos administrativos modificando la ley, en este caso el Código de Minas, aunque sea bajo la intención de una supuesta mayor información o protección a las comunidades étnicamente diferenciadas.

No puede dejar de advertirse que la protección a las comunidades indígenas, negras o mixtas, en torno del derecho de prelación se definió en los artículos 124, 133 y 134 del Código de Minas, entre otras disposiciones contentivas de los derechos especiales de estas comunidades³⁷, todas ellas con rango legal y que,

³⁷ *“Artículo 125. Concesión. La concesión se otorgará a solicitud de la comunidad o grupo indígena y en favor de ésta y no de las personas que la integran. La forma como éstas participen en los trabajos mineros y en sus productos y rendimientos y las condiciones como puedan ser sustituidas en dichos trabajos dentro de la misma comunidad, se establecerán por la autoridad indígena que los gobierne. Esta concesión no será transferible en ningún caso.*

“(…).

“Artículo 127. Áreas indígenas restringidas. La autoridad indígena señalará, 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 aborigen, de acuerdo con sus creencias, usos y costumbres.

“(…).

con la misma jerarquía, en el artículo 275 del Código de Minas se dispusieron los aspectos procedimentales y se estableció el plazo para “*hacer valer la preferencia*”, por parte de los “*grupos étnicos ocupantes del área*”.

8. Conclusiones

El **problema jurídico** que se planteó en el presente caso consistió en establecer si en los segmentos referidos a los estudios previos y al plazo adicional para que los grupos étnicamente diferenciados manifiesten su intención de presentar una propuesta de contrato de concesión, la Agencia Nacional de Minería excedió o no la potestad reglamentaria y si modificó o no el procedimiento previsto en la Ley 685 de 2001, contentiva del Código de Minas.

De conformidad con las consideraciones expuestas en esta providencia, se concluye que asiste la razón al impugnante en cuanto a que los apartes acusados deben ser anulados, toda vez que introdujeron un requisito específico para la actuación y un plazo adicional al legal para las comunidades étnicamente diferenciadas, de cara a manifestar “**si se encuentra interesada en presentar una propuesta para que se le otorgue un contrato de concesión minera**” y al “**término de seis (6) meses para presentar la propuesta de contrato de concesión minera, término que empezará a correr a partir del día hábil**”

“Artículo 130. *Las Comunidades Negras. Las comunidades negras a que se refiere la Ley 70 de 1993 o demás leyes que la modifiquen, amplíen o sustituyan, para los efectos de este Código, son también grupos étnicos en relación con los cuales, las obras y trabajos mineros se deberán ejecutar respetando y protegiendo los valores que constituyen su identidad cultural y sus formas tradicionales de producción minera. Este principio se aplicará en cualquier zona del territorio nacional donde se realicen los trabajos de los beneficiarios de un título minero, siempre y cuando estas áreas hubieren sido poseídas en forma regular y permanente por una comunidad o grupo negro.*”

“Artículo 131. *Zonas Mineras de Comunidades Negras. Dentro de los terrenos baldíos ribereños, adjudicados por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria como propiedad colectiva de una comunidad negra, a solicitud de ésta, la autoridad minera podrá establecer zonas mineras especiales, y establecerá la extensión y linderos de dichas zonas. Dentro de estas zonas la autoridad concedente a solicitud de la autoridad comunitaria otorgará concesión como titular a la aludida comunidad y no a sus integrantes individualmente considerados.*”

“Artículo 132. *Conformación de las Comunidades Negras. Las comunidades negras de que trata el artículo anterior son el conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que poseen una cultura propia, comparten una historia y tienen sus propias tradiciones y costumbres dentro de la relación como poblado, que revelan y conservan identidad que las distinguen de otros grupos étnicos.*”

“Artículo 134. *Zonas Mineras Mixtas. La autoridad minera dentro de los territorios ocupados indistintamente por pueblos indígenas y comunidades negras, establecerá zonas mineras mixtas en beneficio conjunto o compartido de estas minorías a solicitud de uno o los dos grupos étnicos. En estas zonas serán aplicables las disposiciones del presente Capítulo.*”

siguiente a la radicación de la comunicación mediante la cual ejerce el derecho de prelación ante la Agencia Nacional de Minería".

Frente a la exigencia de un "**previo estudio técnico, económico y jurídico de las propuestas de concesión**", introducida en el trámite de comunicación de la propuesta, también se encuentra que excede lo previsto en el artículo 275 del Código de Minas³⁸, dado que abriría una etapa o instancia adicional no prevista en la ley.

Lo anterior no significa que la autoridad minera quede exonerada de la obligación de fundar sus actuaciones en las pruebas allegadas dentro del respectivo procedimiento, en la información que esa entidad administra y en la que, de acuerdo con la ley, debe recabar para comunicar la propuesta de contrato de concesión, en el evento de la superposición de áreas.

Sobre ese particular, se agrega que no es preciso expresar un condicionamiento en las resolutivas del presente fallo, dado que el artículo 265 del Código de Minas establece con jerarquía y claridad suficiente que todas las providencias de la autoridad minera deben ser fundamentadas "*en la existencia y comprobación de los requisitos y condiciones de fondo, señalados en la ley para cada caso*".

Por tanto, se anularán los segmentos del artículo 1 de la Resolución 79 de 2014-modificadorio del artículo 2 de la Resolución 396 de 14 de junio de 2009- que fueron materia de la demanda de nulidad en el presente proceso.

9. Costas

De conformidad con lo previsto en el artículo 188 del C.P.A.C.A³⁹., en el presente proceso no hay lugar a la imposición de costas, dado que las pretensiones se

³⁸ Ley 685 de 2001 "Artículo 275. Comunicación de la propuesta. Si la propuesta no ha sido objetada por la autoridad minera, en un término que no supere los quince (15) días contados a partir de la presentación de la misma, dentro de los cinco (5) días siguientes, se comunicará, por intermedio del Ministerio del Interior, a los representantes de los grupos étnicos ocupantes del área. La comunicación a los grupos étnicos tendrá por objeto notificarlos con el fin de que comparezcan para hacer valer su preferencia en el término de treinta (30) días contados a partir de la notificación, si el área estuviere ubicada en zonas mineras indígenas, de comunidades negras o mixtas".

³⁹ "Artículo 188. 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).

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.- DECLARAR LA NULIDAD de los apartes que a continuación se destacan, contenidos en el artículo 1 de la Resolución 079 de 2014 – que modificó el artículo 2 de la Resolución 396 de 14 de junio de 2013- proferida por la Agencia Nacional de Minería.

“Artículo 1°. Modificar el artículo 2° de la Resolución número 396 del 14 de junio de 2013, en los siguientes términos:

*‘Artículo 2°. Ejercicio de Derecho de Prelación. La Agencia Nacional de Minería, a través de la Vicepresidencia de Contratación y Titulación, **previo estudio técnico, económico y jurídico de las propuestas de concesión** minera o solicitud de legalización, en cualquiera de sus modalidades, superpuestas con zonas mineras de comunidades indígenas, negras o mixtas, procederá a comunicar de conformidad con la presente resolución al Ministerio del Interior la existencia de las mismas, con el fin de que se surta el trámite de notificación a las comunidades étnicas ubicadas en la zona minera, para que ejerzan su derecho de prelación.*

*‘Una vez notificada la comunidad indígena, negra o mixta, según corresponda, tendrá 30 días contados a partir del día hábil siguiente a la notificación, para hacer valer su preferencia, **manifestando si se encuentra interesada en presentar una propuesta para que se le otorgue un contrato de concesión minera.***

‘Así mismo, la comunidad indígena, negra o mixta contará con un término de seis (6) meses para presentar la propuesta de contrato de concesión minera, término que empezará a correr a partir del día hábil siguiente a la radicación de la comunicación mediante la cual ejerce el derecho de prelación ante la Agencia Nacional de Minería.

‘De no manifestar su interés o no presentar la propuesta de contrato de concesión dentro del plazo otorgado, se dará por terminado el proceso de prelación y se procederá a su archivo.

‘Parágrafo. La Autoridad Minera deberá agotar este procedimiento en el trámite de las solicitudes vigentes que a la fecha de la publicación de la presente resolución estén ubicadas total o parcialmente dentro de las zonas mineras indígenas, de comunidades negras o mixtas, con el fin de garantizar el ejercicio del derecho de prelación de los grupos indígenas y/o las comunidades negras’⁴⁰.

SEGUNDO: SIN condena en costas.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARIA ADRIANA MARÍN

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

⁴⁰ Los segmentos en negrilla corresponden a los apartes anulados.