

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD / COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO EN ÚNICA INSTANCIA / AUTORIDAD DEL ORDEN NACIONAL / AUTORIDAD NACIONAL

La Sala conoce en única instancia del presente asunto, en aplicación de lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 149 del –CPACA–, por tratarse de una demanda formulada el 2 de agosto de 2013, en ejercicio de la acción de simple nulidad, contra normas expedidas por autoridades del orden nacional.

FUENTE FORMAL: C.P.A.C.A. - ARTÍCULO 149 NUMERAL 1 / C.P.A.C.A. - ARTÍCULO 308

GOBIERNO NACIONAL / DECRETO REGLAMENTARIO / MINAS Y ENERGÍA / PROPUESTA / RECHAZO DE LA PROPUESTA / CONTRATO DE CONCESIÓN / EVALUACIÓN DE LA PROPUESTA / PROPUESTA DEL PROPONENTE / NORMATIVIDAD EN EL DERECHO MINERO / CONTRATO ESTATAL / CONTRATO DE CONCESIÓN MINERA / PRELACIÓN DE PROPUESTAS PARA CONTRATOS DE CONCESIÓN MINERA

El gobierno nacional expidió el Decreto n.º 1073 de 26 de mayo de 2015 “por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Minas y Energía” y en el artículo 2.2.5.1.3.4.1.2 compiló y transcribió el artículo 2º del Decreto 0935 de 2013, así: “Rechazo de la propuesta. Una vez presentada la propuesta de contrato de concesión, la omisión en la presentación de alguno de los requisitos establecidos en el artículo 271 y su reglamento, incluyendo los documentos de soporte de la propuesta de contrato de concesión requeridos para la evaluación en el término fijado para remitirlos, dará lugar al rechazo de plano de la propuesta”.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1073 DE 2015 - ARTÍCULO 2.2.5.1.3.4.1.2 / DECRETO 935 DE 2013 – ARTÍCULO 2

DECRETO EJECUTIVO COMPILATORIO / DECRETO ATÍPICO / CONTROL ABSTRACTO / DECRETO CON FUERZA DE LEY / CONTROL DIFUSO / DECRETO REGLAMENTARIO / DECRETO COMPILATORIO / CONTROL DE LEGALIDAD - Del artículo 2 del Decreto 0935 de 2013 se extenderá para el mismo aparte recogido en el artículo 2.2.5.1.3.4.1.2. del Decreto 1073 de 2015

Los Decretos compilatorios son decretos atípicos, desde la perspectiva del control abstracto (cuando se trate de un decreto compilatorio de normas con fuerza de ley) o difuso (cuando se trata de decretos reglamentarios), que no tienen por objeto crear nuevas normas sino organizar y codificar las disposiciones existentes de manera armónica en varios preceptos que guardan unidad material, sin alterar el contenido normativo de las disposiciones compiladas y tampoco agregar ni restar valor jurídico a la norma compilada. Es indudable que, desde el punto de vista formal, estos decretos compiladores se limitan a compilar unas disposiciones jurídicas sin cambiar su redacción y contenido, todo con el único fin de facilitar la consulta de las disposiciones agrupadas.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el particular, ver sentencia de la Corte Constitucional C 049 de 2012

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD / POTESTAD REGLAMENTARIA / SISTEMA DIFUSO / ALCANCE DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA / POTESTAD REGLAMENTARIA DERIVADA / CRITERIOS PARA EL EJERCICIO

DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA / DELEGACIÓN DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA

La Constitución Política de 1991 abandonó, el sistema concentrado de potestad reglamentaria a instancias del Presidente de la República, e inauguró un sistema difuso o “policéntrico” que recayó en diferentes órganos constitucionales, a quienes se les confirió también por vía constitucional de manera restringida competencias normativas en materias específicas; en otras palabras, con ocasión de la Constitución de 1991, la potestad reglamentaria no es exclusiva del Presidente de la República, cuestión diferente es que a este, por su condición de suprema autoridad administrativa del Estado, le corresponda por regla general esa atribución, lo que conduce a precisar que la Constitución “consagró un ‘sistema difuso’ de producción normativa general o actos administrativos de efectos generales de carácter reglamentario, lo que significó, sin lugar a duda, un cambio fundamental respecto del ordenamiento superior consignado en la Carta de 1886”.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el particular, ver sentencia de la Corte Constitucional, C 810 de 2014, que estudió la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 3 parcial, numerales 2, 3 y 4 del Decreto Ley 4144 de 2011, modificatorio del artículo 47 de la Ley 643 de 2003.

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD / POTESTAD REGLAMENTARIA / SISTEMA DIFUSO / ALCANCE DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA / POTESTAD REGLAMENTARIA DERIVADA / CRITERIOS PARA EL EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA / DELEGACIÓN DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA / EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA / CONGRESO DE LA REPÚBLICA / TITULARIDAD DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA

[P]ese a que la Constitución Política es la fuente jurídica de toda potestad reglamentaria, también se ha señalado de tiempo atrás que el Congreso de la República puede atribuir la potestad reglamentaria por vía legal a organismos y autoridades distintos al Presidente, en los casos en los cuales “sólo así es posible garantizar la efectividad de la norma jurídica que produce el legislador”. (...) Así las cosas, de acuerdo con lo expuesto, la potestad reglamentaria difusa puede entenderse como el reconocimiento que la Constitución o la ley hacen a diferentes autoridades de participar en la producción normativa, según las condiciones previstas en estas normas de remisión, a través de disposiciones de carácter general, impersonal y abstracto, con el fin de garantizar tanto la organización y funcionamiento de la administración como el interés general.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la potestad de las autoridades distintas al Presidente de la República para expedir decretos reglamentarios, ver sentencia del 8 de abril de 1976, Exp. 2279, M.P. Carlos Galindo Pinilla; sentencia del 6 de febrero de 1981, Exp. 3175, M.P. Jacobo Pérez Escobar

y concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil, del 14 de septiembre de 2016, Exp. 11001-03-06-000-2016-00066-00 (2291).

PRINCIPIO DE JERARQUÍA NORMATIVA / REGLAS DE REPARTO / COMPETENCIA DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA / CONCEPTO DE POTESTAD REGLAMENTARIA / CARACTERÍSTICAS DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA

[E]ste carácter difuso o policéntrico del ejercicio de la potestad reglamentaria, nacida en virtud de normas de remisión de carácter constitucional o legal, implica forzosamente un reconocimiento y sometimiento al principio de jerarquía normativa —a la Constitución y la ley— y, al mismo tiempo, un estricto respeto de la regla de reparto de competencias (materias atribuidas por la Constitución o la ley como competencias exclusivas y excluyentes a determinados órganos), es decir “la autonomía reconocida a estas entidades implica su no subordinación a otras autoridades en el campo específico de la competencia otorgada por la Carta, y en segundo lugar una relación del principio de jerarquización matizada, por mandato específico de la norma superior”.(...) [L]a potestad reglamentaria en el ordenamiento jurídico colombiano tiene las siguientes características: i) no está reconocida con exclusividad a determinado nivel superior de la rama ejecutiva, esto es al Presidente de la República, sino que está vinculado a otras entidades del poder público; ii) no todas las autoridades están investidas de potestad reglamentaria, sino solo autoridades concretas y determinadas por vía constitucional o legal en las cuales se ha identificado específicamente y de manera condicionada dicha potestad; iii) la potestad reglamentaria supone en todos los casos una identificación previa de sus condiciones y límites en su ejercicio, definidos por la norma superior; iv) las disposiciones producidas en virtud de la potestad reglamentaria están revestidas de un valor normativo y se caracterizan por ser generales, obligatorias e impersonales, y pueden manifestarse en forma de decreto, ordenanza, acuerdo, u otro acto de carácter general; v) el ejercicio de la potestad reglamentaria supone el reconocimiento de la jerarquía normativa, pero también el respeto de la regla de competencia.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria, ver sentencia del 14 de agosto de 2008, Exp. 16230, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Frente al principio de competencia o de distribución de materias, que opera como regla complementaria del principio de la jerarquía normativa, ver concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del 14 de septiembre de 2016, rad. 11001-03-06-000-2016-00066-00(2291), C.P. Edgar González López.

PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA / EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA / ACTO ADMINISTRATIVO GENERAL / ACTO ADMINISTRATIVO DE CARÁCTER GENERAL / DECRETO LEGISLATIVO / DECRETO EXPEDIDO EN ESTADO DE EXCEPCIÓN / ESTADOS DE EXCEPCIÓN / DECRETO CON FUERZA DE LEY / PLAN NACIONAL DE DESARROLLO / DECRETO MARCO / DECRETO REGLAMENTARIO / LÍMITES A LA POTESTAD REGLAMENTARIA / RESERVA LEGAL - No debe desconocer el contenido básico mínimo de reglamentación de la administración / ACTIVIDAD MINERA / RESERVA LEGAL

El Presidente de la República ejerce la potestad reglamentaria a través de la expedición de actos de carácter general, impersonal y abstracto; no obstante, revisada la jurisprudencia, se observan límites y condiciones, entre los que figuran: i) Ningún mandato superior autoriza al reglamento para entrar a interpretar la Constitución o la ley con autoridad; ii) No puede adicionar o reducir, modificar o

contrariar la norma de reenvío (Constitución o ley) que se reglamenta, o impedir la realización de los fines que esta persigue, sin perjuicio de afectar la validez; iii) El ejercicio de la potestad reglamentaria exige que el legislador previamente disponga una regulación básica a partir de la cual el gobierno expida la reglamentación correspondiente; iv) El ejercicio de la potestad reglamentaria debe observar el criterio de competencia y necesidad, de modo que no es procedente hacer uso del poder reglamentario cuando la Ley contiene ordenamientos precisos, claros, incondicionados y detallados que no requieren de regulación adicional para su ejecución; v) No es posible reglamentar asuntos que tengan rango de reserva de ley; vi) La reserva legal no debe desconocer el contenido básico mínimo de reglamentación de la administración; vii) No es posible por vía reglamentaria restringir derechos fundamentales. (...) la potestad reglamentaria del Presidente de la República debe observar unas condiciones y límites, de cuyo respeto depende su validez. Ahora, la regulación de la actividad minera, desde un punto de vista constitucional, legal y jurisprudencial, está amparada por uno de esos límites: la reserva legal. La Sala se remitirá a las fuentes constitucionales, legales y jurisprudenciales que constatan esta limitación al ejercicio de la potestad reglamentaria.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la definición de la potestad reglamentaria, Sobre los límites de la potestad reglamentaria, ver sentencia del 18 de febrero de 2016, rad. 11001-03-24-000-2013-00018-00. Frente a los límites de la potestad reglamentaria, ver sentencia del 26 de agosto de 1999, Exp. 0133 (1714), C.P. Carlo Orjuela Góngora, sentencia del 9 de marzo de 2016, Exp. 11001-03-26-000-2009-00009-00(36312), M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, sentencia del 18 de febrero de 2016, rad. 11001-03-24-000-2013-00018-00, Auto del 2 de febrero de 2005, rad. 28615, M.P. Alier Eduardo Hernández, sentencia del 1º de agosto de 2013, rad. 11001-03-25-000-2006-00102-00(1700-06), M.P. Gerardo Arenas Monsalve, sentencia del 27 de febrero de 2018, rad. 43.479, M.P. Adriana María Marín, concepto del 16 de abril de 2015, rad. 11001-03-06-000- 2014-00174-00 (2223), M.P. William Zambrano Cetina, concepto del 18 de junio de 2014, rad. -03-06-000-2013-000193-00(2143), M.P. Germán Bula Escobar, sentencia de 14 de abril de 2010, rad. 36054, M.P. Enrique Gil Botero, sentencia del 29 de octubre de 2012, rad. 39.043, M.P. Danilo Rojas Betancourt, sentencia del 9 de marzo de 2016, rad. 2009-00009-00(36312), M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, sentencia del 12 de marzo de 2015, rad. 2008-00060-00(2174-12), M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, y de la Corte Constitucional, sentencias C 377 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas, sentencia C148 de 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado y sentencia C 606 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón.

RESERVA LEGAL / ACTIVIDAD MINERA / EXPLOTACIÓN DE RECURSOS NATURALES NO RENOVABLES / DERECHO MINERO / CONTRATO DE CONCESIÓN MINERA / CÓDIGO DE MINAS / LÍMITES DEL EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA / TÍTULO MINERO / NORMATIVIDAD EN EL DERECHO MINERO / LEGALIZACIÓN DEL TÍTULO MINERO

La Constitución Política estableció en el artículo 360 que tendrá carácter de reserva legal la fijación de las condiciones para la explotación de los recursos naturales no renovables, por lo que no es posible que a través de la potestad reglamentaria se establezcan los requisitos para las solicitudes orientadas a la concesión de la explotación minera. Y es que un ámbito claro con restricciones de reserva de ley es el derecho minero, no solo por ser de aquellas actividades amparadas por la cláusula de salvaguarda del artículo 360 de la Constitución Política –ad supra–, sino también por lo consignado en el artículo 4º de la Ley 685 de 2001, enunciado que hace alusión a los límites en el ejercicio de la potestad

reglamentaria: i) el Código de Minas – Ley 685 de 2001 – es la única fuente jurídica de requisitos, formalidades, documentos y pruebas para la presentación, el trámite y resolución de los negocios mineros en su trámite administrativo hasta obtener el correspondiente perfeccionamiento; ii) esta misma normativa se aplica en relación con los términos y condiciones para el ejercicio del derecho a explorar y explotar minerales; iii) se reitera la proscripción constitucional de 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 lo previsto por la autoridad ambiental.

FUENTE FORMAL: LEY 685 DE 2001 – ARTÍCULO 4 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 360

DERECHO MINERO / CONTRATO DE CONCESIÓN MINERA / CÓDIGO DE MINAS / LÍMITES DEL EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA / TÍTULO MINERO / NORMATIVIDAD EN EL DERECHO MINERO / LEGALIZACIÓN DEL TÍTULO MINERO / RESERVA LEGAL / DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO / REFORMA AL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO – Solo mediante ley / FACULTADES DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA / FACULTAD LEGISLATIVA DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA / FUNCIÓN ADMINISTRATIVA – Sus procedimientos se crean a través de leyes

Por otra parte, se ha sostenido que esta misma ratio de reserva legal se extiende a la creación o modificación de los procedimientos administrativos, aspecto frente al cual también cabe poner el énfasis en que la Constitución Política de 1991 dotó al legislador, por regla general, como autoridad normativa competente de atribuciones especiales: “Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejercer las siguientes funciones: (...) 2. Expedir códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones” (artículo 150.2 superior). Además, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que “los procedimientos administrativos especiales constituyen materia esencial y básica de la primera parte del C.C.A que regula los procedimientos administrativos” y todo nuevo procedimiento especial “necesariamente debe hacerse por el legislador (...) porque un conjunto normativo de esta naturaleza, necesariamente incorpora regulaciones específicas que constituyen excepciones en relación con el procedimiento general ordinario establecido en el mencionado código”.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 150 NUMERAL 2 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 150

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la normatividad que regula los procedimientos administrativos, ver sentencias de la Corte Constitucional C 252 de 1994 y C 510 de 2004

RESERVA LEGAL / ACTIVIDAD MINERA / EXPLOTACIÓN DE RECURSOS NATURALES NO RENOVABLES / DERECHO MINERO / CONTRATO DE CONCESIÓN MINERA / CÓDIGO DE MINAS / LÍMITES DEL EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA / TÍTULO MINERO / NORMATIVIDAD EN EL DERECHO MINERO / EXPLOTACIÓN DE LOS RECURSOS NATURALES NO RENOVABLES / POTESTAD REGLAMENTARIA – Si no hay norma especial, debe acudirse al procedimiento general / NORMA SUPLETORIA / CONTROL DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / PÉRDIDA DE LA FUERZA EJECUTORIA / FUERZA EJECUTORIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO / PÉRDIDA DE FUERZA EJECUTORIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO

En consecuencia, i) la intervención del Estado en la regulación de las condiciones para la explotación de los recursos naturales no renovables demanda primeramente de la intervención del principio democrático, en tanto que sólo corresponde al Congreso de la República la expedición de normas jurídicas en dicho sentido, y posteriormente el ejecutivo, que a través de la potestad reglamentaria, desarrolla detalladamente las actuaciones administrativas, las cuales pueden concretarse en distintas formas –declarativas, ablatorias, concesorias y las autorizatorias–; ii) no es posible crear procedimientos administrativos que fijen las reglas entre la administración y el ciudadano a través del ejercicio de la potestad reglamentaria, y si la ley no regula este cauce procesal de mínimos en el que se prevea el comportamiento de la administración con la participación de los ciudadanos, será preciso acudir al procedimiento general consignado en el artículo 2 del CPACA como norma supletoria. (...) [L]a cuestión sobre el procedimiento administrativo minero, de cuyo cauce se vale la administración para ejercer los poderes que le confiere el ordenamiento jurídico así como para garantizar al mismo tiempo el debido proceso de los ciudadanos, ha sido el punto central en la judicialización de los actos administrativos, incurso en alguna de las causales invalidantes establecidas en la ley, para que en virtud de una declaración judicial se pierda o suspenda su fuerza ejecutoria.

FUENTE FORMAL: C.P.A.C.A. - ARTÍCULO 2 / DECRETO 933 DE 2013

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la existencia de reserva legal en materia de las causales de rechazo de las propuestas de concesión minera, ver auto del 22 de agosto de 2016, Exp. 53180, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo, auto del 22 de agosto de 2016, Exp. 54645, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo, auto del 15 de marzo de 2018, Exp. 57917, M.P. María Adriana Marín, de 21 de junio de 2018, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, auto del 15 de febrero de 2018, Exp. 56660, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

RESERVA LEGAL / ACTIVIDAD MINERA / EXPLOTACIÓN DE RECURSOS NATURALES NO RENOVABLES / DERECHO MINERO / CONTRATO DE CONCESIÓN MINERA / CÓDIGO DE MINAS / LÍMITES DEL EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA / TÍTULO MINERO / NORMATIVIDAD EN EL DERECHO MINERO / EXPLOTACIÓN DE LOS RECURSOS NATURALES NO RENOVABLES / POTESTAD REGLAMENTARIA / DEBIDO PROCESO / NORMA SUPLETORIA / CONTROL DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / PÉRDIDA DE LA FUERZA EJECUTORIA / FUERZA EJECUTORIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO / PÉRDIDA DE FUERZA EJECUTORIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO / FUNCIÓN ADMINISTRATIVA MINERA – Fines / COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO EN ÚNICA INSTANCIA / ACTO ADMINISTRATIVO ILEGAL – Cuando se aparta del procedimiento administrativo

[L]a administración, a través del procedimiento administrativo que constituye los rieles dinámicos por el que transita la función administrativa minera con una naturaleza eminentemente teleológica, en la medida que busca la realización de un fin determinado, debe adecuar su comportamiento, durante el trámite del expediente, a las premisas del debido proceso, a efectos de adoptar decisiones conforme al ordenamiento jurídico. Por eso, lo que ha concentrado sistemáticamente la atención del debate judicial en los distintos pronunciamientos judiciales, al controlar la legalidad de la actividad administrativa minera, es la verificación del cumplimiento de las obligaciones que conforman la relación jurídica procedimental regulada por normas superiores que imponen al ciudadano

y a la administración derechos y deberes. Por lo anterior, la discrepancia jurídica de la actuación administrativa con la garantía del debido proceso, cuando la administración adelanta las fases del procedimiento administrativo, con base en normas transgresoras al orden superior, constituye un desvío tan significativo que explica y justifica per se la nulidad o la suspensión de los actos. Por tanto, la Corporación en los casos citados ha declarado ilegales actos administrativos por apartarse de lo prescrito en normas superiores al crear o modificar fases del procedimiento administrativo, términos o imponer nuevas exigencias de admisibilidad y causales de rechazado que han incidido en la decisión final.

GOBIERNO NACIONAL / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD / DECRETO 935 DE 2013 – Artículo 2 / PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA / MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA / DECRETO REGLAMENTARIO / CONTRATO DE CONCESIÓN / PROPUESTA DEL PROPONENTE / PROPUESTA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN MINERA / OBJECCIÓN A LA PROPUESTA / RECHAZO DE LA PROPUESTA / CÓDIGO DE MINAS / PRESENTACIÓN DE LA PROPUESTA / FORMALIDAD DE LA PRESENTACIÓN DE LA PROPUESTA / REQUISITOS DE LA PROPUESTA

[E]s menester precisar que el Decreto 935 de 2003 reglamentó los artículos 271 – requisitos de la propuesta de contrato de concesión–, 273 –objeciones a la propuesta– y 274 –rechazo de la propuesta–de la Ley 685 de 2001. (...)De conformidad con el artículo 270 del Código Minero, la formulación de la propuesta del contrato de concesión debe ser presentada por el interesado directamente o través 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, y también se puede realizar a través de medios electrónicos cuando la autoridad minera disponga de los equipos y servicios requeridos para tal fin. (...) Como requisitos de la propuesta se exige: además del nombre, identidad y domicilio del interesado, el señalamiento del municipio, departamento y de la autoridad ambiental de ubicación del área o trayecto solicitado; i) la descripción del área objeto del contrato y de su extensión; ii) la indicación del mineral o minerales objeto del contrato; iii) la mención de los grupos étnicos con asentamiento permanente en el área o trayecto solicitados y, si fuere del caso, el hallarse total o parcialmente dentro de una zona minera indígena, de comunidades afro o mixtas; iv) las zonas restringidas para cuya exploración y explotación se requiera autorización o concepto de otras autoridades; vi) 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. Además indica el artículo 271 de la Ley 685 de 2001 que se acompañará un plano con las especificaciones previstas en los artículos 66 y 67 de la Ley 685 de 2001. También ordena expresamente que la propuesta deberá consolidarse en el modelo estandarizado adoptado por la entidad concedente.

FUENTE FORMAL: LEY 685 DE 2001 – ARTÍCULO 271 / LEY 685 DE 2001 – ARTÍCULO 270 / LEY 685 DE 2001 – ARTÍCULO 274 / LEY 685 DE 2001 – ARTÍCULO 273 / LEY 685 DE 2001 – ARTÍCULO 66 / LEY 685 DE 2001 – ARTÍCULO 67 / DECRETO 935 DE 2003

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la inexecutable del artículo 20 de la Ley 1382 de 2010 que modificó el artículo 274 de la Ley 685 de 2001, ver sentencia de la Corte Constitucional C 366 de 2011; M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

CORRECCIÓN DE LA PROPUESTA DEL PROPONENTE / CONTRATO DE CONCESIÓN / PROPUESTA DEL PROPONENTE / PROPUESTA DEL

CONTRATO DE CONCESIÓN MINERA / OBJECCIÓN A LA PROPUESTA / RECHAZO DE LA PROPUESTA / CÓDIGO DE MINAS / PRESENTACIÓN DE LA PROPUESTA / FORMALIDAD DE LA PRESENTACIÓN DE LA PROPUESTA / REQUISITOS DE LA PROPUESTA / OBSERVACIÓN A LA PROPUESTA DEL PROPONENTE / RECHAZO DE LA PROPUESTA DEL PROPONENTE / CALIFICACIÓN TÉCNICA DE LA PROPUESTA DEL PROPONENTE

La propuesta del contrato de concesión podrá corregirse o adicionarse por una sola vez por la autoridad minera cuando: i) no pueda identificarse al proponente; ii) no se pueda localizar el área o trayecto pedido; iii) no se ajuste a los términos de referencia o guías o no se acompaña de los permisos previos en los casos señalados en el artículo 34 de la Ley 685 de 2001; y iv) cuando el área o trayecto estén ubicados en los lugares o zonas que requieran de permisos. El artículo 274 del Código de Minas, por su parte, establece taxativamente las causales de rechazo de la propuesta de concesión, a saber: i) si el área pedida en su totalidad se hallare ubicada en los lugares y zonas señaladas en el de dicho código; ii) si no se hubiere obtenido las autorizaciones y conceptos que la norma exige; iii) si se superpone totalmente a propuestas o contratos anteriores; iv) si no cumple con los requisitos de la propuesta; o si al requerirse para subsanar las deficiencias, v) no se atiende tal requerimiento. Dispone también la norma que “en caso de hallarse ubicada parcialmente, podrá admitirse por el área restante si así lo acepta el proponente” (sic).

FUENTE FORMAL: CÓDIGO DE MINAS – ARTÍCULO 274 / LEY 685 DE 2001 – ARTÍCULO 34

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD / DECRETO 935 DE 2013 / CONTROL DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / FACULTAD REGLAMENTARIA / PROPUESTA DEL PROPONENTE / PROPUESTA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN MINERA / RECHAZO DE LA PROPUESTA DEL PROPONENTE – Si no se cumple con los requisitos de la propuesta / MINERÍA RESTRINGIDA – Requiere concepto de autoridad competente / PLANO / ANEXOS DE LA PROPUESTA - Identificación y el área del contrato y las especificaciones de orden técnico minero / INEXISTENCIA DE LA EXTRALIMITACIÓN DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA – La documentación exigida tiene sustento legal

[L]a Sala constata que la Ley 685 de 2001 establece dentro de sus requisitos la presentación de una documentación indispensable, detallada y minuciosa que le ofrece soporte técnico a la propuesta. En efecto, de conformidad con lo señalado en el artículo 274, una de las causales de rechazo de la propuesta es precisamente no cumplir con esos requisitos o si, en el evento de requerirse al solicitante, no atender dicho requerimiento. (...) Sin duda el decreto demandado desarrolla el contenido legal del artículo 274 de la Ley 685 de 2001, con la finalidad de hacerlo más operativo, ágil, instrumental y ejecutivo. En el sub judice no se observa que el gobierno nacional hubiese traspasado la competencia, pues no fue más allá de lo que le estaba permitido y no creó ninguna causal que no tuviera respaldo en una disposición legal; por el contrario, se observa que la norma demandada, teniendo como fundamento el Código de Minas, hizo claridad en la documentación enlistada por la Ley que debía ser aportada por el usuario en la apertura del procedimiento administrativo minero vía internet y no agregó o mencionó documentos que puedan entenderse como adicionales a los previstos en el artículo 271 y que se consideren como requisitos de la propuesta.

FUENTE FORMAL: LEY 685 DE 2001 – ARTÍCULO 271 LETRA E / LEY 685 DE 2001 – ARTÍCULO 271 LETRA G / LEY 685 DE 2001 – ARTÍCULO 35

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD / DECRETO 935 DE 2013 / CONTROL DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / FACULTAD REGLAMENTARIA / PROPUESTA DEL PROPONENTE / PROPUESTA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN MINERA / RECHAZO DE LA PROPUESTA DEL PROPONENTE – Si no se cumple con los requisitos de la propuesta / MINERÍA RESTRINGIDA – Requiere concepto de autoridad competente / PLANO / ANEXOS DE LA PROPUESTA - Identificación y el área del contrato y las especificaciones de orden técnico minero / EXTRALIMITACIÓN DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA / TÉRMINOS ADMINISTRATIVOS / PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO / TÉRMINO LEGAL – No puede ser creado o modificado mediante acto administrativo / DEBIDO PROCESO / DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO – Los términos no pueden ser sustraídos arbitraria y unilateralmente por la administración, so pena de sorprender a los ciudadanos y desconocer el debido proceso / SILENCIO LEGISLATIVO – La potestad reglamentaria no permite llenar dichos vacíos / ALCANCE DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA / ÁMBITO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA

[N]o es posible que mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria se creen, modifiquen o supriman etapas o términos del procedimiento administrativo, pues este último establece las relaciones con antelación entre el usuario y la administración. Desde esta óptica, dicho procedimiento organiza un conjunto de actuaciones administrativas con etapas, fases y términos, las cuales deben ser observadas puntualmente en la medida que están orientadas a la producción de una decisión por parte de quien ejerce funciones administrativas. Por tanto, la fase de etapas y términos en el procedimiento administrativo deben ser fijados democráticamente en espacios deliberativos y representativos, y no pueden ser sustraídos arbitraria y unilateralmente por la administración, so pena de sorprender a los ciudadanos y desconocer el debido proceso. (...) Ahora, si se constata que frente a los términos en una actuación administrativa existe un silencio legislativo a la vista de que el Código de Minas no fijó límites temporales para allegar los documentos de las peticiones hechas por internet, no es posible de allí inferir que la potestad reglamentaria opera como un instrumento que llena las lagunas del principio democrático en escenarios en los que en una ordenación normativa falta una regulación legal, máxime cuando la potestad reglamentaria del artículo 189.11 constitucional es secundum legem, es decir, la norma reglamentaria adquiere el carácter de tal, y, por consiguiente, su fuerza vinculante, por la expresa autorización de ley. Además, dicha norma debe observar, tal como se mencionó anteriormente, los criterios de competencia –prohibición de rebasar los parámetros autorizados por ley– y de necesidad –prohibición de ejercer la potestad reglamentaria cuando existe agotamiento del objeto–.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 189 NUMERAL 11

VICIO DE COMPETENCIA - No se produce por introducir aspectos operativos, instrumentales o de ejecución de la ley / EXTRALIMITACIÓN DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA / TÉRMINOS ADMINISTRATIVOS - La fijación de términos a una actuación administrativa corresponde de manera exclusiva y excluyente al legislador / PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO / TÉRMINO LEGAL – No puede ser creado o modificado mediante acto administrativo / DEBIDO PROCESO / DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO – Los términos no pueden ser sustraídos arbitraria y unilateralmente por la

administración, so pena de sorprender a los ciudadanos y desconocer el debido proceso / SILENCIO LEGISLATIVO – La potestad reglamentaria no permite llenar dichos vacíos / ALCANCE DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA / ÁMBITO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA / DECLARACIÓN DE NULIDAD – Ante la ausencia de plazo legal, debió acudirse al procedimiento subsidiario previsto en el CPACA

Para la Sala es claro que un vicio de competencia no se produce por introducir aspectos operativos, instrumentales o de ejecución de la ley. Ese desbordamiento tiene ocurrencia cuando la sustitución tiene tal incidencia que la reserva legal resulta suplantada por una autoridad administrativa. Al ser este asunto -el de fijar términos- una cuestión que guarda una relación inescindible con la regulación del sector minero y por tratarse de fases del procedimiento que restringen o afectan las condiciones en que se ejerce un derecho fundamental como lo es la iniciativa privada, no cabe duda de que la fijación de términos a una actuación administrativa corresponde de manera exclusiva y excluyente al legislador, según el numeral 2° del artículo 150 y el artículo 360 constitucional arriba mencionados. Así las cosas, el gobierno nacional incurrió en un exceso de la potestad reglamentaria, por violar el ámbito de su competencia, en la medida que desconoció los linderos que le habían sido fijados por la Ley, pues reemplazó al legislador al introducir vía reglamento una regulación sobre la etapa de términos para allegar la documentación física, sin tener sustento en ninguna disposición legal. En efecto, el Código de Minas no abordó el asunto referente al término de manera expresa, razón por la cual la inclusión y el alcance de la palabra “término” es una cuestión que debe ser definida exclusivamente el legislador. (...) Lo anterior conduce a que el juez de la legalidad, consciente de esta realidad y por cuanto el legislador no ha dispuesto cosa diferente hasta el momento, el artículo 2° del Decreto 0935 de 2013 refleja un exceso de la potestad reglamentaria, por lo que en los eventos de radicación del expediente minero por internet se deberá aplicar el procedimiento subsidiario previsto en el CPACA.

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD - Resoluciones 299 de 2012 y 391 de 2013 / RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA / CONTROL DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / FACULTAD REGLAMENTARIA / PROPUESTA DEL PROPONENTE / PROPUESTA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN MINERA / REQUISITOS DE LA PROPUESTA / CONTRADICCIÓN NORMATIVA – Rechazo y concesión de un término para aportar los anexos / DERECHO A LA IGUALDAD / RECHAZO DE LA PROPUESTA

[L]a contradicción que surge entre los artículos 271 y 274 de la Ley 685 de 2001 y las resoluciones se centra en la discrepancia de las exigencias establecidas en cada una de tales disposiciones respecto a los términos, pues mientras el artículo 271 y 274 precisa que es causal de rechazo la omisión en el “cumplimiento de los requisitos de la propuesta”, las resoluciones, remitiendo al Decreto 0935 de 2013, fijan adicionalmente un término perentorio de tres (3) días para que se configure dicha causal. Esta tensión normativa no es inane sino sustancial, pues mientras el legislador previó que la omisión en el cumplimiento de los requisitos de la propuesta configuraría la causal de rechazo, para lo cual la administración debería requerir al ciudadano para que, teniendo en cuenta obstáculos de orden geográfico o económico etc, allegue los documentos; las disposiciones demandadas introducen un término exigüo de tres (3) días para que el solicitante remita toda la documentación a fin de seguir con el trámite administrativo. Mientras el primero se centra en decir que es una causal de rechazo no allegar los documentos, el segundo fija los términos de confirmidad en que se producira dicha causal. (...) Este término tan corto previsto en el procedimiento administrativo

minero atenta también contra el espíritu de las acciones afirmativas que, como es sabido, se refiere a todas aquellas medidas a través de las cuales se establece un trato favorable que beneficia a determinadas personas o grupos humanos tradicionalmente marginados o discriminados –como lo puede ser el minero artesanal– con el único propósito garantizar una igualdad sustancial de todas las personas jurídicas y naturales que se dedican a esa actividad.

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD - Resoluciones 299 de 2012 y 391 de 2013 / RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA / CONTROL DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / FACULTAD REGLAMENTARIA / PROPUESTA DEL PROPONENTE / PROPUESTA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN MINERA / REQUISITOS DE LA PROPUESTA / CONTRADICCIÓN NORMATIVA – Rechazo y concesión de un término para aportar los anexos / DERECHO A LA IGUALDAD / RECHAZO DE LA PROPUESTA / ALCANCE DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA / ÁMBITO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA / DECLARACIÓN DE NULIDAD / EXTRALIMITACIÓN DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA / TÉRMINOS ADMINISTRATIVOS / VICIO DE COMPETENCIA / RESERVA LEGAL / PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO / AGENCIA NACIONAL DE MINERÍA

[S]e hace preciso advertir una incompatibilidad entre el artículo 274 de la Ley 685 de 2001 y los artículos de las resoluciones demandadas, pues mientras que el artículo 274 enlista taxativamente como causales de rechazo de la solicitud i) si el área pedida en su totalidad se hallare ubicada en una zona excluible de minería, ii) si no hubiere obtenido las autorizaciones conceptos que la norma exige, iii) si se superpone totalmente a propuestas o contratos anteriores, iv) si no cumple con los requisitos de la propuesta o si al requerirse subsanar sus deficiencias no se atiende tal requerimiento; la fijación de términos incluidos en las resoluciones demandadas, como se ha reiterado, hace referencia a la aplicación de la causal de rechazo cuando el solicitante no allega dentro de los tres (3) días siguientes después de la radicación por internet la documentación necesaria, cuestión que no está prevista en la norma que se pretende reglamentar. La Sala considera que se incurrió en un vicio de competencia y transgresión a la ley, ya que quedaron demostrados los siguientes hechos: i) que el artículo 2° del Decreto 0935 de 2013 introdujo en el ordenamiento jurídico un elemento esencial del procedimiento administrativo minero como lo es que el que la administración fijó el término para que opere la causal de rechazo por la omisión en la presentación de alguno de los requisitos establecidos en el artículo 271 y su reglamento; ii) que los artículos de las resoluciones demandadas introdujeron el término de tres (3) días para que el proponente allegue los documentos soporte de la propuesta de contrato de concesión radicado vía web, y pese a que las entidades demandadas pretenden explicar la inclusión de dicho término con la causal por omisión de los requisitos de la propuesta consignados en el artículo 274 de la Ley 685 de 2001, lo cierto es que con una simple confrontación textual de una y otra norma se aprecia que se suplió al legislador en una de las fases más importantes del procedimiento administrativo como lo es la fijación términos, razón por la cual no puede concluirse que el reglamento desarrolló la ley, sino que la suplió; iii) que según los artículos 84 y 150.2 y 360 constitucionales y 4° de la Ley 685 de 2001, se configuró reserva de ley para regular procedimientos administrativos y los requisitos o condiciones para el ejercicio de actividades de minería, prohibiéndose que se exija cargas, permisos, documentos o requisitos adicionales no contemplados por el legislador para adelantar trámites administrativos en el ámbito minero; iv) que el gobierno nacional y la ANM excedieron su potestad reglamentaria y transgredieron la ley al introducir dentro del procedimiento administrativo minero un término para que opere una causal de rechazo cuando

las propuestas son radicadas vía internet, lo que constituye un contenido material de reserva de ley. (...) se abre paso a la nulidad de estas disposiciones, en lo concerniente a los términos, y así se declarará en la parte resolutive de este fallo. (...) Finalmente, se dispondrá que la declaratoria de nulidad se hará sin perjuicio de las situaciones individuales y concretas de carácter definitivo que se hayan producido y consolidado en vigencia de los artículos que se declaran nulos.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 84 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 150 NUMERAL 2 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 360 / LEY 685 DE 2001 – ARTÍCULO 4

NORMA DEMANDADA: DECRETO 935 DE 2013 (9 de mayo) – ARTÍCULO 2 (anulado) - PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA Y MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA / RESOLUCIÓN 299 DE 2012 (27 de septiembre) – ARTÍCULO 7 – EXPEDIDA POR EL PRESIDENTE DE LA AGENCIA NACIONAL DE MINERÍA (anulada) / RESOLUCIÓN 391 DE 2013 (11 de junio) – ARTÍCULO 6 – EXPEDIDA POR EL PRESIDENTE DE LA AGENCIA NACIONAL DE MINERÍA (anulada)

NOTA DE RELATORÍA: Providencia con aclaraciones de voto de los honorables Consejeros Alberto Montaña Plata y Martín Bermúdez Muñoz.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO

Bogotá D.C., seis (6) de julio de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 11001-03-26-000-2013-00114-00 (48183)

Actor: JAIME GABRIEL MOVIL BRITO

Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA Y AGENCIA NACIONAL MINERA

Referencia: MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD (SENTENCIA)

Temas: Medio de control de nulidad promovido contra (i) el artículo 2º del Decreto 0935 de 2013, que se refiere al rechazo de la propuesta del contrato de concesión; (ii) el artículo 7º de la Resolución 299 del 27 de septiembre de 2012, expedida por la Agencia Nacional de Minería, que reguló la presentación de propuestas de contrato de

concesión, autorizaciones temporales y solicitudes de legalización de minería tradicional a través de medios electrónicos; (iii) el artículo 6º de la Resolución 391 del 11 de junio de 2013, concerniente a los lineamientos para la utilización del sistema de radicación de propuestas de contrato de concesión.

La extensión de los efectos del control de legalidad sobre el Decreto 1073 de 2015. Los contornos de la potestad reglamentaria en Colombia y su carácter difuso. Los límites y condiciones de la potestad reglamentaria del Presidente de la República. El marco constitucional y legal de la potestad reglamentaria en materia minera, un asunto sometido a reserva legal. Pronunciamientos jurisprudenciales sobre la reserva legal de las causales de rechazo de las propuestas de concesión minera. Análisis normativo de los enunciados demandados y caso concreto.

SENTENCIA

Procede la Sala a decidir la acción de nulidad interpuesta contra el artículo 2º del Decreto 935 del 9 de mayo de 2013 expedido por el Presidente de la República y el Ministro de Minas y Energía¹, el artículo 7º de la Resolución n.º 299 del 27 de septiembre de 2012 y el artículo 6º de la Resolución n.º 391 del 11 de junio de 2013, expedidas por el Presidente de la Agencia Nacional Minera.

SÍNTESIS DEL CASO

El Gobierno Nacional expidió el Decreto 935 de 2013 con el fin de reglamentar los artículos 271, 273 y 274 del Código minero relativos a la presentación de propuestas de contratos de concesión a través de medios electrónicos. Dentro de las disposiciones reglamentarias, dispuso que una vez presentada la propuesta de contrato de concesión, si se incurriere en omisión en la presentación de alguno de los requisitos establecidos en el artículo 271 y su reglamento, incluyendo los documentos de soporte de la propuesta de contrato de concesión requeridos para la evaluación en el término fijado para remitirlos, se rechazaría de plano la propuesta.

A su vez, la Resolución 299 de 2012 dispuso un plazo de tres (3) días hábiles, contados a partir de la presentación de la oferta de contrato de concesión minera

¹ Decreto publicado en el Diario Oficial n.º 48785 de 9 de mayo de 2013, pág. 15. Año CXLIX.

vía internet, para entregar físicamente ante la respectiva autoridad minera, los documentos exigidos en el art. 271 del Código minero que sirven de soporte a la propuesta y que constituyen requisitos legalmente exigidos para la misma.

Finalmente, la Resolución 391 de 2013 advirtió que si dentro de los tres (3) días siguientes a la radicación de la propuesta, no se presenta la documentación soporte se aplicaría la causal de rechazo establecida expresamente en el artículo 271 del Código minero.

Específicamente, la parte actora demandó estas disposiciones referidas a la causal de rechazo y a los (3) tres días hábiles.

I. ANTECEDENTES

1. Origen de la controversia

1.1. En escrito del 2 de agosto de 2013², el ciudadano Jaime Gabriel Móvil Brito, en ejercicio del medio de control de nulidad previsto en el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA–, solicitó se declarara la nulidad del artículo 2º del Decreto 935 del 9 de mayo de 2013 expedido por el Presidente de la República y el Ministro de Minas y Energía³; el artículo 7º de la Resolución n.º 299 del 27 de septiembre de 2012⁴ y el artículo 6º de la Resolución n.º 391 del 11 de junio de 2013⁵, expedidas por el Presidente de la Agencia Nacional Minera, disposiciones normativas cuyo tenor literal es como sigue:

² A folio 12 del cuaderno principal se registró que el Secretario de la Sección Primera del Consejo de Estado remitió la demanda por competencia a la Sección Tercera.

³ Decreto publicado en el Diario Oficial n.º 48785 de 9 de mayo de 2013, pág. 15. Año CXLIX.

⁴ Resolución publicada en el Diario Oficial n.º 48566 del 2 de mayo de 2012. "Medidas para la Presentación de Propuestas de Contrato de Concesión, Autorizaciones de Legalización de Minería a través de medios electrónicos".

⁵ Resolución publicada en el Diario Oficial n.º 48821 del 14 de Junio de 2013. "Se establecen lineamientos para la utilización del sistema Vigente de radicación de propuestas de contrato de concesión".

Decreto 935 de 2013. artículo 2°. Una vez presentada la propuesta de contrato de concesión, la omisión en la presentación de alguno de los requisitos establecidos en el artículo 271 y su reglamento, incluyendo los documentos de soporte de la propuesta de contrato de concesión requeridos para la evaluación en el término fijado para remitirlos, dará lugar al rechazo de plano de la propuesta.

Resolución 299 de 2012, artículo 7°. Presentación documentos soporte ante la autoridad minera. Los documentos que soportan las propuestas de Contrato de Concesión y las autorizaciones Temporales presentadas por Internet, deberán radicarse ante la autoridad minera dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a su radicación vía web.

El envío de la documentación soporte de la solicitud puede hacerse por correo certificado o por mensajería especializada dentro del término establecido anteriormente, sin embargo dichos documentos deberán ser recepcionados y radicados por la autoridad minera dentro de los tres (3) días hábiles que trata el inciso anterior.

El plazo para la presentación de los documentos soporte de las solicitudes de legalización de minería tradicional, es el establecido en el Decreto número 2715 del 2010 o en la norma que lo modifique.

Resolución 391 de 2013, artículo 6°. Para verificar el cumplimiento del término para presentar la información de soporte de la propuesta, se tendrá en cuenta la fecha de radicación ante la Agencia Nacional de Minería (ANM), o la fecha de envío por correo certificado a la misma. Si dentro de los tres (3) días siguientes a la radicación de la propuesta, no se presenta la documentación soporte, según lo establecido en el procedimiento de la Resolución número 0299 de 2012, se aplicará la causal de rechazo

1.2. Mediante auto de 14 de febrero de 2014 el Despacho: (i) admitió la demanda⁶; (ii) ordenó su notificación personal a las entidades demandadas, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado⁷ y al Ministerio Público⁸; (iii) concedió el término de traslado establecido en la ley para su contestación.

⁶ Por auto del 25 de septiembre de 2015, el Despacho verificó que la notificación electrónica a la parte demandada no se realizó en debida forma, por cuanto en la constancia de recibo de correo que obra a folio 21 solo figuró el auto admisorio de la demanda y no el auto de traslado de la medida cautelar, el cual debía ser también notificado simultáneamente con la providencia que la admitió, según lo previsto en el artículo 233 del CPACA. Además se constató que en la constancia de notificación allegada por la Secretaría no fue posible verificar el envío de la copia de la providencia y de la demanda, tal como lo dispone artículo 199 de la Ley 1437 de 2011. En ese orden, el Despacho ordenó que se realizara nuevamente la notificación personal de la providencia del 14 de febrero de 2014 por medio de la cual se admitió la demanda y se corrió traslado de la medida cautelar a la parte demandada, por cuanto no se realizó en legal forma y, además, no se cumplió con el objeto de su contenido (fls. 23 y 24, c.p).

⁷ Fls. 19, c.p.

⁸ Fls. 65 y 68, c.p.

1.3. Como en escrito separado los ciudadanos solicitaron la práctica de la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos jurídicos de las normas demandadas, en auto de 21 de febrero de 2014 se corrió traslado a las demandadas (fls. 22 y 23, cuaderno de medidas cautelares), oportunidad en la cual la Nación – Ministerio de Minas y Energía y Agencia Nacional de Minería manifestaron su oposición a la medida solicitada (fls. 26 a 43, cuaderno de medidas cautelares).

1.3.1. En pronunciamiento del 1º de marzo de 2016 el Magistrado Ponente no accedió a la medida cautelar de suspensión provisional de efectos de las normas demandadas (fls. 52 a 59, cuaderno de medidas cautelares).

1.4. Noticiado el auto admisorio de la demanda a la Nación – Ministerio de Minas y Energía y a la Agencia Nacional de Minería, contestaron la demanda en memoriales del 5 de noviembre de 2015 y 27 de enero de 2016 en los que se opusieron a la prosperidad de las pretensiones (fls 28-51, c.p).

1.5. El 9 de marzo de 2018 se celebró audiencia inicial donde se agotó todo el objeto de la misma (fl. 72, c.p).

1.6. En auto del 14 de diciembre de 2018, se dispuso que no era necesaria la celebración de la audiencia de alegaciones y lectura de fallo, de que trata el artículo 182 del CPACA, y se corrió traslado a las partes por el término común de diez (10) días para que las partes presentaran por escrito sus respectivos alegatos de conclusión (fl. 103, c.1).

1.7. Agotada la etapa de alegaciones la Sala procedió a dictar sentencia en el asunto.

II. CARGOS DE NULIDAD

2. Como fundamento de las nulidades solicitadas se invocaron respecto de los artículos 2º del decreto 935 de 2013; 7º de la resolución 299 de 2012; y 6º de la resolución 391 de 2013 las causales de falta de competencia y violación a la ley.

2.1. En cuanto a la **violación a la ley**, luego de transcribir el artículo 274 de la Ley 685 de 2001 sobre las causales de rechazo de la propuesta de contrato de

concesión, los demandantes argumentaron que el artículo 2º del Decreto 935 de 2013 agregó una causal adicional a la propuesta de contrato de concesión que no se encontraba inicialmente prevista en la Ley 685 de 2001 consistente en la omisión en la presentación de alguno de los requisitos establecidos en el artículo 271, razón por la cual, a juicio del actor, se introdujo un supuesto de hecho que no fue contemplado por el legislador, situación que resultaría violatoria de la norma minera. Expresó, además, que no es procedente *“vincular al administrado en un proceso de selección como concesionario minero con sujeción a normas de carácter administrativo afectas (sic) de nulidad contraria lo dispuesto en los artículos 2, 4, 6, 29, 84, 113, 122, 150, 189.11, 209 de la Constitución Política; 4, 274 y 271 de la Ley 685 de 2001; y 12 de la Ley 153 de 1887”*.

2.2. En cuanto a la **falta de competencia**, el demandante alegó dos argumentos: *(i)* que la facultad legislativa de adicionar a la ley le fue conferida al Congreso de la República y, en casos excepcionales, al Presidente de la República; y *(ii)* que el Decreto 935 de 2013 adicionó una nueva causal de rechazo de propuesta de concesión que no fue prevista por el legislador.

2.3. A continuación se desarrollará detalladamente cada uno de los cargos de nulidad anteriormente formulados en contra de las disposiciones demandadas.

3. VIOLACIÓN A LA LEY

3.1. Luego de trazar un horizonte sobre las competencias de las que está investido el Presidente de la República, particularmente, en materia reglamentaria, el demandante precisó que este último, como suprema autoridad administrativa, cuando expidió el Decreto 935 de 2013, en especial a la vista del artículo 2º, excedió la facultad reglamentaria y contrarió la norma de carácter superior, pues modificó el artículo 274 de la Ley 685 al incorporar una causal adicional de rechazo a las propuestas de contrato de concesión consistente en que *“la omisión en la presentación de alguno de los requisitos establecidos en el artículo 271 y su reglamento, incluyendo los documentos de soporte de la propuesta de contrato de concesión requeridos para la evaluación en el término fijado para remitirlos, dará lugar al rechazo de plano de la propuesta”*.

3.2. Respecto a este nuevo requisito afirmó que el artículo 4º de la Ley 685 de 2001 advirtió que: *“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 (...) 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”.

3.3. Hizo énfasis en que el Decreto 935 de 2013 transgredió el artículo 4º de la Ley 685 de 2001⁹ y el artículo 12 de la Ley 153 de 1887¹⁰, cuyo cargo de nulidad también lo extendió al artículo 7º de la Resolución 299 de 2012 y 6º de la Resolución 391 de 2013, en la medida que estas disposiciones introducen y desarrollan en su contenido una sanción adicional para el proponente minero por no presentar los documentos físicos dentro del término preclusivo de los tres (3) días.

3.4. El actor precisó que aunque la Ley 1382 de 2010 fue declarada inconstitucional por la Corte Constitucional mediante sentencia C-366 de 2011, el

⁹ Artículo 4º. *“Teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 273, las deficiencias en el diligenciamiento de la propuesta podrán referirse a: a) No puede identificarse al proponente. Se configura cuando no se proveen la totalidad de los datos necesarios: nombre y documento de identidad para las personas naturales o número de identificación tributaria (NIT) y certificado de existencia y representación legal para las personas jurídicas. b) No se puede localizar el área o trayecto pedido. Se configura cuando se presenta error en la descripción del área de interés por omisiones o discrepancias en las coordenadas que describen el polígono, no se cuenta con la base topográfica respectiva, el número de hectáreas es incorrecta o el plano no permite identificar el área de interés. También cuando hay error en el señalamiento del municipio, o el departamento de ubicación del área o trayecto solicitado. c) No se ajusta a los términos de referencia o guías. Se configura cuando el interesado no sigue los lineamientos de los términos de referencia para elaborar su propuesta y no provee la información necesaria para evaluar el contenido económico y técnico de la misma, o cuando en dicha información no se justifica adecuadamente su proyecto exploratorio y el seguimiento de las guías minero-ambientales. Igualmente, cuando esta información no ha sido refrendada por el profesional señalado en el artículo 270 de la Ley 685 de 2001, adicionado por el artículo 1º de la Ley 926 de 2004. d) No se acompaña de los permisos previos en los casos señalados en el artículo 35 y el área se encuentra en dichas zonas. Este evento se da cuando se requieren permisos en las áreas ocupadas por una obra pública o adscritas a un servicio público”.*

¹⁰ Artículo 12. *“Las órdenes y demás actos ejecutivos del gobierno expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria, tienen fuerza obligatoria, y serán aplicados mientras no sean contrarios a la Constitución, a las leyes ni a la doctrina legal más probable”.* El texto en cursiva fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-037 de 2000, bajo el entendido que no vincula al juez cuando falla de conformidad con los principios superiores que emanan de la Constitución y que no puede desconocer la doctrina constitucional integradora, en los términos de la sentencia. El texto subrayado fue declarado inexecutable en el mismo pronunciamiento.

legislador no condicionó la propuesta de concesión a la entrega de documentos dentro de un término y solo limitó el rechazo al cumplimiento a los aspectos puntuales, de los cuales no se infiere la causal que se indicó el Decreto 935 de 2013 en el artículo 2º.

3.5. Puso en evidencia que el proponente del contrato de concesión está sometido, a la luz del artículo 2º del Decreto 935 de 2013, 7º de la Resolución 299 de 2012 y 6º de la Resolución 391 de 2013, a un agravio injusto al imponérsele una condición adicional a la propuesta, y en especial una causal de rechazo como lo es la de no allegar la documentación dentro del término de (3) días hábiles siguientes a la radicación de la propuesta vía web.

4. FALTA DE COMPETENCIA

4.1. Alegó que es al legislador a quien le corresponde adicionar o modificar las leyes, y en casos excepcionales contemplados en la Constitución Política al Presidente de la República; no obstante el Decreto 935 de 2013 contraría normas de carácter legal al disponer de una condición adicional como causal de rechazo no prevista por la Ley 685 de 2011, por lo que solicitó al juez de lo contencioso administrativo que se aplique la excepción de ilegalidad sobre las disposiciones demandadas.

III. ARGUMENTOS DE OPOSICIÓN A LA DEMANDA

5. Nación – Agencia Nacional de Minería

5.1. En escrito del 27 de enero de 2016 (fls. 42-51, c1), dicha entidad se opuso a la prosperidad de la pretensión incoada. Sobre el particular precisó que las normas demandadas no crearon una causal de rechazo, sino que buscaron precisar las omisiones que daban lugar al rechazo de la propuesta. Así las cosas, advirtió que las disposiciones demandadas constituían el desarrollo de la potestad reglamentaria del gobierno nacional, de los términos y lineamientos para el buen funcionamiento del sistema de radicación WEB, el cual exigía que el solicitante cumpliera como es lógico con el deber de presentar físicamente los documentos con imposición de un límite temporal para ello. Aclaró que los documentos soporte de la propuesta, a los que hacían referencia las disposiciones demandadas, eran inescindibles de la propuesta y se constituían en verdaderos requisitos en los

términos de los artículos 271 y 274 del Código de Minas. Enfatizó que al no ser presentada la propuesta personalmente, sino a través de medios electrónicos, por condiciones fácticas, no era posible subir al sistema todos los documentos, y en consecuencia, debían posteriormente ser entregados físicamente en las oficinas, pero no por ello dejaban de ser indispensables para evaluar adecuadamente la propuesta de concesión.

5.1.1. Finalmente propuso la entidad: **(i)** la excepción que denominó “de legalidad” del Decreto 935 de 2013 y de las resoluciones n.º 299 de 2012 y n.º 391 de 2013, la cual sustentó en que no había causal de nulidad alguna, toda vez que la actividad del gobierno nacional se ajustó al ejercicio de la potestad reglamentaria; **(ii)** la excepción de fondo genérica, la cual, de conformidad con el artículo 282 del Código General del Proceso, se consideran excepciones de fondo aquellas que surjan a favor de la entidad demandada de los hechos probados en el proceso.

5.2. Nación – Ministerio de Minas y Energía

5.2.1. En escrito del 5 de noviembre de 2015 (fls. 28-41, c.p), el Ministerio de Minas y Energía se opuso a la prosperidad de la pretensión incoada. Propuso las excepciones de: **(i)** falta de legitimación en la causa por pasiva en relación con las resoluciones n.º 299 de 2012 y 391 de 2013, pues fueron expedidas por la Agencia Nacional de Minería; **(ii)** inexistencia de causal de nulidad en relación con el Decreto 935 de 2013, pues dicho decreto fue derogado en su integridad y de manera expresa por el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Minas y Energía –Decreto 1073 de 2015—. Por tanto, las Resoluciones 299 de 2012 y 391 de 2013, ambas expedidas por la Agencia Nacional de Minería, tenían su fundamento en el Decreto Único Reglamentario n.º 1073 de 2015 y no en el Decreto 935 de 2013, el cual fue ya derogado.

IV. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

6. El señor Agente del Ministerio Público solicitó que se desestimen los cargos de la demanda y, en consecuencia, se niegue la declaratoria de nulidad de las disposiciones enjuiciadas.

V. CONSIDERACIONES

7. Competencia del Consejo de Estado

7.1. La Sala conoce en única instancia del presente asunto, en aplicación de lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 149 del –CPACA–, por tratarse de una demanda formulada el 2 de agosto de 2013¹¹, en ejercicio de la acción de simple nulidad, contra normas expedidas por autoridades del orden nacional.

8. Identificación y fijación del problema jurídico

8.1. Vistos los antecedentes, los cargos de nulidad estructurados, las oposiciones presentadas y el concepto del Ministerio Público, esta Sala considera que en el presente caso el problema jurídico se contrae a determinar **(i)** si se incurrió en una falta de competencia y violación de la ley, es decir, en un exceso de la potestad reglamentaria del gobierno nacional, al regular, por medio de un decreto reglamentario, una nueva causal de rechazo de la propuesta de contrato de concesión minero que no fue prevista inicialmente por el legislador; **(ii)** si hubo vicio de incompetencia y violación de la Ley cuando se expidió el artículo 7º de la Resolución 299 de 2012 y artículo 6º de la Resolución 391 de 2013 por fijar para la configuración de la causal de rechazo de la propuesta presentada por internet un plazo de tres (3) días hábiles, cuando no se hacía la entrega material de los documentos que sirven de soporte a la misma.

8.2. Para resolver los anteriores problemas jurídicos, la Sala precisará **(i)** los contornos de la potestad reglamentaria en el derecho colombiano; **(ii)** los límites y condiciones de la potestad reglamentaria del Presidente de la República; **(iii)** el marco constitucional y legal de la potestad reglamentaria en materia minera; **(iv)** los pronunciamientos jurisprudenciales sobre la reserva legal en la fijación de causales de rechazo de las propuestas de concesión minera; **(v)** el análisis normativo de los enunciados demandados y **(vi)** el caso concreto.

8.3. Antes de abordar lo anunciado, la Sala considera necesario pronunciarse sobre una cuestión previa: la extensión de los efectos del control de legalidad sobre el Decreto 1073 de 2015.

9. La extensión de los efectos del control de legalidad sobre el Decreto 1073 de 2015

¹¹ Razón por la cual resulta aplicable la Ley 1437 de 2011, toda vez que entró a regir el 2 de julio de 2012, “...para los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia”, tal como lo dispone el artículo 308 de la referida ley.

9.1. El gobierno nacional expidió el Decreto n.º 1073 de 26 de mayo de 2015 “*por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Minas y Energía*” y en el artículo 2.2.5.1.3.4.1.2 compiló y transcribió el artículo 2º del Decreto 0935 de 2013, así: “*Rechazo de la propuesta. Una vez presentada la propuesta de contrato de concesión, la omisión en la presentación de alguno de los requisitos establecidos en el artículo 271 y su reglamento, incluyendo los documentos de soporte de la propuesta de contrato de concesión requeridos para la evaluación **en el término fijado** para remitirlos, dará lugar al rechazo de plano de la propuesta*”.

9.2. Los Decretos compilatorios son decretos atípicos, desde la perspectiva del control abstracto (cuando se trate de un decreto compilatorio de normas con fuerza de ley) o difuso (cuando se trata de decretos reglamentarios), que no tienen por objeto crear nuevas normas sino organizar y codificar las disposiciones existentes de manera armónica en varios preceptos que guardan unidad material, sin alterar el contenido normativo de las disposiciones compiladas y tampoco agregar ni restar valor jurídico a la norma compilada¹².

9.3. Es indudable que, desde el punto de vista formal, estos decretos compiladores se limitan a compilar unas disposiciones jurídicas sin cambiar su redacción y contenido, todo con el único fin de facilitar la consulta de las disposiciones agrupadas.

9.4. Por lo anterior, se advertirá que los efectos del estudio de legalidad del artículo 2º del Decreto 0935 de 2013 también se extenderán para el mismo aparte recogido en el artículo 2.2.5.1.3.4.1.2. del Decreto 1073 de 2015 por cuando esta última disposición no es más que una reproducción literal del primero.

9.5. Es así como se estudiará los cargos en contra del Decreto 935 de 2013.

¹² La Corte Constitucional en la sentencia C-049 de 2012 precisó que los artículos integrantes de decretos compiladores habrán de acusarse ante la Corte Constitucional cuando la pretensión se origine en una posible discrepancia entre el contenido de los artículos y el de una disposición constitucional, mientras que la demanda contra las mismas disposiciones habrá de instaurarse ante el Consejo de Estado cuando se trata de objetar —en forma global o individualizada— la labor de compilación de disposiciones reglamentarias.

10. La consolidación de una potestad reglamentaria difusa: un reconocimiento de competencias normativas a autoridades estatales diferentes del Presidente de la República

10.1. La Constitución Política de 1991 abandonó¹³, el sistema concentrado¹⁴ de potestad reglamentaria a instancias del Presidente de la República, e inauguró un sistema difuso o “policéntrico”¹⁵ que recayó en diferentes órganos constitucionales, a quienes se les confirió también por vía constitucional de manera restringida competencias normativas en materias específicas¹⁶; en otras palabras, con ocasión de la Constitución de 1991, la potestad reglamentaria no es exclusiva del Presidente de la República, cuestión diferente es que a este, por su condición de suprema autoridad

¹³ Para estos efectos V. SÁNCHEZ PÉREZ, Alexander, "La reversión de la potestad reglamentaria en el ordenamiento urbanístico de los municipios en Colombia", Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2020, en publicación.

¹⁴ La doctrina de la época era unánime en afirmar que durante la vigencia de la Constitución Política de 1886 la potestad reglamentaria era de naturaleza concentrada, pues la misma estaba plenamente en cabeza del presidente de la República. Cfr. CASTRO MARTÍNEZ, José Joaquín, *Tratado de derecho administrativo. Organización administrativa y teoría general del servicio público*, 2ª. ed., Librería Siglo XX, Bogotá, 1950, p.63. Aunque, Sarria matiza esta postura y precisa que otras autoridades distintas al presidente también podían expedir actos administrativos de carácter general: “los Ministros de despacho, los jefes de departamentos administrativos, los gobernadores y los alcaldes, expiden (...) resoluciones (...) La ordenanza departamental se subordina al decreto reglamentario, al decreto simplemente ejecutivo, al decreto ley, al decreto legislativo y a la ley. El acuerdo municipal se subordina a la ordenanza departamental, al decreto reglamentario, al decreto simplemente ejecutivo, al decreto legislativo, al decreto ley y a la ley”. SARRIA, Eustorgio, *Tratado de derecho administrativo*, Crítica Jurídica, Bogotá, 1948, p. 42 y ss.

¹⁵ “Podría afirmarse que a partir de la Carta de 1991, se reconoce en forma expresa (o necesaria para el ejercicio de su función), la potestad reglamentaria de diversos órganos constitucionales, como garantía de su autonomía y en materias indisponibles para otra clase de normas. Se trata de un sistema policéntrico del ejercicio de la potestad reglamentaria, y sin detrimento de la competencia genérica y residual atribuida al Presidente de la República” Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 14 de septiembre de 2016, rad. 11001-03-06-000-2016-00066-00 (2291).

¹⁶ En efecto, la Corte Constitucional manifestó en la sentencia C-805 de 2001 que la potestad reglamentaria se concreta en la expedición de las normas de carácter general que sean necesarias para la cumplida ejecución de la ley, y está atribuida, en principio, al Presidente de la República. A su vez, en la sentencia C-384 de 2003, la Corte Constitucional puso de presente que “*excepcionalmente, y por disposición constitucional, existe un sistema de reglamentación especial respecto de ciertas materias y para determinados órganos constitucionales, al margen de la potestad reglamentaria del Presidente de la República. Tal es el caso del Consejo Superior de la Judicatura, de la Junta Directiva del Banco de la República, del Consejo Nacional Electoral y de la Contraloría General de la República*”.

administrativa del Estado, le corresponda por regla general esa atribución, lo que conduce a precisar que la Constitución *“consagró un ‘sistema difuso’ de producción normativa general o actos administrativos de efectos generales de carácter reglamentario, lo que significó, sin lugar a duda, un cambio fundamental respecto del ordenamiento superior consignado en la Carta de 1886”*¹⁷.

10.2. Dichas facultades especiales de reglamentación encuentran su fundamento en la autonomía reconocida por la Constitución Política a ciertas autoridades¹⁸, y están limitadas, tanto materialmente, por el mandato constitucional a cuyo desarrollo están obligadas, como formalmente, por las condiciones impuestas para su ejercicio. Con todo, pese a que la Constitución Política es la fuente jurídica de toda potestad reglamentaria, también se ha señalado de tiempo atrás que el Congreso de la República puede atribuir la potestad reglamentaria por vía legal¹⁹ a organismos y autoridades distintos al Presidente, en los casos en los cuales *“sólo así es posible garantizar la efectividad de la norma jurídica que produce el legislador”*²⁰.

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia C-810 de 2014. Esta sentencia estudió la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 3º parcial, numerales 2º, 3º y 4º del Decreto Ley 4144 de 2011, modificatorio del artículo 47 de la Ley 643 de 2003.

¹⁸ En el ordenamiento jurídico colombiano, la potestad reglamentaria no distingue entre decretos, actos administrativos generales, resoluciones y reglamentos, y aunque los tres primeros se consideran la materialización del poder reglamentario, mientras que a los reglamentos se los relaciona como manifestaciones de la organización del servicio público, su distinción, en la práctica, no es muy clara; pero, es posible afirmar que los decretos, actos administrativos generales y resoluciones son disposiciones administrativas generales y abstractas cuyos efectos son ad extra, mientras que los reglamentos tienen un efecto de auto organización ad intra.

¹⁹ Es menester señalar que desde 1976 y 1981, el Consejo de Estado aceptó que autoridades estatales diferentes al presidente de la República podían dictar reglamentos en virtud de remisiones contenidas en la ley, sin perjuicio de que *“solo deben contener preceptos o reglas sobre aspectos técnicos y los administrativos relacionados con el funcionamiento interno de las dependencias administrativas tendentes a lograr la coordinación necesaria de las acciones de los distintos funcionarios y la regularidad, continuidad y eficacia en la prestación de los servicios que se les haya encomendado”*. Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 8 de abril de 1976, rad. 2279, M.P. Carlos Galindo Pinilla; sentencia del 6 de febrero de 1981, rad. 3175, M.P. Jacobo Pérez Escobar.

²⁰ *“[A]unque el Presidente de la República tiene la competencia general para reglamentar la ley, la Constitución o el legislador pueden otorgar de forma expresa a otras autoridades administrativas una potestad similar para materias especiales o particulares, tal como*

10.3. Así las cosas, de acuerdo con lo expuesto, la potestad reglamentaria difusa puede entenderse como el reconocimiento que la Constitución o la ley hacen a diferentes autoridades de participar en la producción normativa, según las condiciones previstas en estas normas de remisión, a través de disposiciones de carácter general, impersonal y abstracto, con el fin de garantizar tanto la organización y funcionamiento de la administración como el interés general.

10.4. Ahora cabe advertir que este carácter difuso o policéntrico del ejercicio de la potestad reglamentaria, nacida en virtud de normas de remisión de carácter constitucional²¹ o legal, implica forzosamente un reconocimiento y sometimiento al principio de jerarquía normativa —a la Constitución y la ley— y, al mismo tiempo, un estricto respeto de la regla de reparto de competencias²² (materias atribuidas por

ocurre en el caso de las comisiones de regulación de servicios públicos. Con todo, la facultad de estas comisiones no es absoluta, pues se encuentran limitadas por el contenido de la ley habilitante". Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 14 de septiembre de 2016, rad. 11001-03-06-000-2016-00066-00 (2291).

A nivel de la Corte Constitucional: ver. sentencia C-350 de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz: *"En algunas ocasiones, y así lo entendió el Constituyente, es necesario extender esa potestad a autoridades y organismos administrativos diferentes al ejecutivo, a los cuales es posible atribuirle inclusive por vía legal, pues sólo así es posible garantizar la efectividad de la norma jurídica que produce el legislador"*.

²¹ *"Son aquellas disposiciones de carácter general, impersonal y abstracto expedidas por una pluralidad de autoridades a las cuales les ha sido asignada una competencia normativa directamente por la Constitución y sin sujeción a la ley, se caracterizan, en consecuencia, por constituir un desarrollo directo de la Constitución, por manera que, en el sistema de fuentes del Derecho, ostentan una jerarquía igual a la de la ley, más allá de que su contenido es materialmente legislativo, aunque, claro está, únicamente se pueden desarrollar por esta vía las facultades constitucionalmente atribuidas al organismo en cuestión de manera expresa, sin que el reglamento constitucional autónomo pueda invadir la órbita competencial correspondiente al Legislador"*. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de agosto de 2008, rad. 16230, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

²² El principio de competencia *"o de distribución de materias, que opera como regla complementaria del principio de la jerarquía normativa, implica la atribución a un órgano o ente concreto de la potestad de regular determinadas materias o de dictar cierto tipo de normas con exclusión de los demás"*. PARADA, Ramón, Concepto y fuentes del derecho administrativo, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 34. *"[El] principio de jerarquía normativa se ve modulada por la dimensión horizontal del principio de competencia, especialmente en dos situaciones: en primer lugar, cuando las normas atribuyen específicamente a un órgano concreto la potestad de dictar determinadas reglas o de regular determinadas materias con la exclusión de las demás; en segundo lugar, cuando la norma superior establece dentro del sistema normativo general, subsistemas correspondientes a entes públicos específicos, como sucede con las autoridades territoriales por parte de la Constitución, o de las comisiones de regulación por parte de la ley, eventos en los cuales, a pesar de su inferior jerarquía, no pueden ser interferidas, modificadas o derogadas, sino por las propias normas del subsistema"* Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 14 de septiembre de 2016, rad. 11001-03-06-000-2016-00066-00 (2291), M.P. Edgar González López.

la Constitución o la ley como competencias exclusivas y excluyentes a determinados órganos), es decir *“la autonomía reconocida a estas entidades implica su no subordinación a otras autoridades en el campo específico de la competencia otorgada por la Carta, y en segundo lugar una relación del principio de jerarquización matizada, por mandato específico de la norma superior”*²³.

10.5. A modo de recapitulación, la potestad reglamentaria en el ordenamiento jurídico colombiano tiene las siguientes características: *i)* no está reconocida con exclusividad a determinado nivel superior de la rama ejecutiva, esto es al Presidente de la República, sino que está vinculado a otras entidades del poder público; *ii)* no todas las autoridades están investidas de potestad reglamentaria, sino solo autoridades concretas y determinadas por vía constitucional o legal en las cuales se ha identificado específicamente y de manera condicionada dicha potestad; *iii)* la potestad reglamentaria supone en todos los casos una identificación previa de sus condiciones y límites en su ejercicio, definidos por la norma superior; *iv)* las disposiciones producidas en virtud de la potestad reglamentaria están revestidas de un valor normativo y se caracterizan por ser generales, obligatorias e impersonales, y pueden manifestarse en forma de decreto, ordenanza, acuerdo, u otro acto de carácter general; *v)* el ejercicio de la potestad reglamentaria supone el reconocimiento de la jerarquía normativa, pero también el respeto de la regla de competencia.

11. El ejercicio de la potestad reglamentaria por el Presidente de la República: la identificación de los límites y condiciones

11.1. El Presidente de la República²⁴ ejerce la potestad reglamentaria a través de la expedición de actos de carácter general, impersonal y abstracto²⁵; no obstante, revisada la jurisprudencia, se observan límites y condiciones, entre los que figuran:

²³ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 14 de septiembre de 2016, rad. 11001-03-06-000-2016-00066-00(2291), M.P. Edgar González López.

²⁴ En el ordenamiento jurídico se identifican varios decretos: *i)* Decretos leyes y decretos legislativos: expedidos en ejercicio de facultades extraordinarias —art. 150-10 C.P.—, estados de excepción —artículos 212, 213 y 215 C.P.— y el decreto con fuerza de ley del Plan Nacional de Desarrollo —art. 341 C.P.— *ii)* Decretos de desarrollo de leyes marco —arts. 189-25 y 150-19 C.P.— *iii)* Reglamentos constitucionales. *iv)* Decretos reglamentarios —art. 189-11 CP—.

²⁵ La potestad reglamentaria del Presidente de la República ha sido definida por la jurisprudencia de la Corporación como: *“[L]a facultad constitucional que se atribuye de manera permanente al Gobierno Nacional, en cabeza del Presidente de la República, para expedir un conjunto de disposiciones jurídicas de carácter general y abstracto para la*

i) Ningún mandato superior autoriza al reglamento para entrar a interpretar la Constitución o la ley con autoridad²⁶; ii) No puede adicionar²⁷ o reducir²⁸, modificar o contrariar²⁹ la norma de reenvío (Constitución o ley)³⁰ que se reglamenta, o impedir la realización de los fines que esta persigue³¹, sin perjuicio de afectar la

debida ejecución de la ley, a través de las cuales desarrolla las reglas y principios en ella fijados y la completa en aquellos detalles y pormenores necesarios que permiten su aplicación, pero que en ningún caso puede modificar, ampliar o restringir en cuanto a su contenido material o alcance". Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 18 de febrero de 2016, rad. 11001-03-24-000-2013-00018-00.

²⁶ *"La potestad reglamentaria que contempla el numeral 11º del artículo 189 de la Carta Política habilita al Presidente de la República para dictar los decretos, resoluciones y demás actos administrativos tendientes a la cumplida realización de la ley, en el entendido de que tal facultad debe asumirse bajo los precisos lineamientos que emanan del contenido y alcance de la respectiva ley, al propio tiempo que reconociendo cómo, si bien a través de su labor subsidiaria y concurrente debe el presidente hacer de ella una regla más cercana y actuante en términos de singularidad, ningún mandato superior lo autoriza para entrar a interpretarla con autoridad". Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 26 de agosto de 1999, rad. 0133 (1714), M.P. Carlo Orjuela Góngora.*

²⁷ *"De lo expuesto pueden inferirse los dos límites que enmarcan la potestad reglamentaria: de un lado, se encuentra un criterio de competencia y, del otro, un criterio de necesidad. El primero se refiere al alcance de la atribución que se entrega al ejecutivo, de manera que le está prohibido, so pretexto 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". Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 9 de marzo de 2016, rad. 11001-03-26-000-2009-00009-00(36312), M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.*

²⁸ *"[So] pretexto de hacer eficaz y plenamente operante la norma superior de derecho, el Presidente de la República no puede llegar al extremo de reducir o extender lo que en ella se dispone". Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 18 de febrero de 2016, rad. 11001-03-24-000-2013-00018-00. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto del 2 de febrero de 2005, rad. 28615, M.P. Alier Eduardo Hernández.*

²⁹ *"[E]l límite de la facultad reglamentaria se encuentra en la ley objeto de desarrollo, de modo que el Presidente de la República no puede contrariar el sentido de la norma reglamentada". Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 1º de agosto de 2013, rad. 11001-03-25-000-2006-00102-00(1700-06), M.P. Gerardo Arenas Monsalve.*

³⁰ *"No es posible que el reglamento contenga normas que le están reservadas al legislador; no puede adicionar la ley, cambiarla, restringirla o recortarla en su esencia o sustancia; tampoco puede deslindar los límites de la potestad reglamentaria porque violaría, además de la ley, la propia constitución" Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 9 de julio de 1996, rad. 854, M.P. Roberto Suárez Franco. "La potestad de reglamentación (...) se halla enmarcada dentro de los precisos límites impuestos por las normas que se pretende hacer ejecutables a través del correspondiente decreto reglamentario, lo que significa que, a través del mismo, no puede modificarse la norma legal objeto de reglamentación, para aumentar o restringir su alcance o para variar su contenido, y mucho menos, para contradecirlo o desconocerlo". Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 27 de febrero de 2018, rad. 43.479, M.P. Adriana María Marín.*

³¹ *"En consecuencia, en ejercicio de la potestad reglamentaria y de expedición de actos administrativos generales no se puede sobrepasar la ley (debe preservarse su naturaleza y elementos), así como tampoco es posible dictar una regulación que en lugar de facilitar*

validez³²; *iii*) El ejercicio de la potestad reglamentaria exige que el legislador previamente disponga una regulación básica a partir de la cual el gobierno expida la reglamentación correspondiente³³; *iv*) El ejercicio de la potestad reglamentaria debe observar el criterio de competencia³⁴ y necesidad³⁵, de modo que no es procedente hacer uso del poder reglamentario cuando la Ley contiene ordenamientos precisos, claros, incondicionados y detallados³⁶ que no requieren de regulación adicional para su ejecución; *v*) No es posible reglamentar asuntos que tengan rango de reserva de ley³⁷; *vi*) La reserva legal no debe desconocer el

su aplicación (de la ley), la restrinja o impida la realización de sus fines". Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 16 de abril de 2015, rad. 11001-03-06-000-2014-00174-00 (2223), M.P. William Zambrano Cetina.

³² "(...) Si el reglamento supera o rebasa el ámbito de aplicación de la ley e incursiona en la órbita de competencia del Legislador, compromete su validez". Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 18 de junio de 2014, rad. -03-06-000-2013-000193-00(2143), M.P. Germán Bula Escobar

³³ "si el legislador no define ese presupuesto normativo básico estaría delegando en el Gobierno lo que la Constitución ha querido que no sea materia de reglamento sino de ley, pues el requisito fundamental que supone la potestad reglamentaria es la existencia previa de un contenido legal por reglamentar". Corte Constitucional, sentencia C-290 de 1997, M.P. Jorge Arango Mejía.

³⁴ El principio de competencia se refiere a la "extensión de la regulación que el Legislador defiere al Ejecutivo, de manera que le está prohibido, socapa (sic) 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" Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 14 de abril de 2010, rad. 36054, M.P. Enrique Gil Botero.

³⁵ "[S]e materializa justamente en la necesidad que en un momento dado existe de detallar el cumplimiento de una ley que se limitó a definir de forma general y abstracta determinada situación jurídica. Entre más general y amplia haya sido la regulación por parte de la ley, más necesidad hay de la reglamentación en cuanto que este mecanismo facilitará la aplicación de la ley al caso concreto. A contrario sensu, cuando la ley ha detallado todos los elementos necesarios para aplicar esa situación al caso particular no hay necesidad de reglamentos". Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de octubre de 2012, rad. 39.043, M.P. Danilo Rojas Betancourt.

³⁶ "La potestad otorgada al Ejecutivo encuentra su límite en la forma en que el Congreso ejerza su poder de producción normativa, de suerte que a más detalle legislativo menor competencia ejecutiva para reglamentar y, contrario sensu, a menor ejercicio legislativo mayor amplitud reglamentaria." Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 9 de marzo de 2016, rad. 2009-00009-00(36312), M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

³⁷ "De acuerdo con lo anterior esta la facultad reglamentaria en comento, tiene límites derivados de: (...) b) del constituyente el cual por motivos de reserva legal ha dispuesto que determinadas materias sean directamente desarrolladas a través de la función legislativa, garantía que impide que sea por medio de la potestad reglamentaria que se produzca su regulación". Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 12 de marzo de 2015, rad. 2008-00060-00(2174-12), M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

contenido básico mínimo de reglamentación de la administración³⁸; **vii)** No es posible por vía reglamentaria restringir derechos fundamentales³⁹.

11.2. Hemos analizado que la potestad reglamentaria del Presidente de la República debe observar unas condiciones y límites, de cuyo respeto depende su validez. Ahora, la regulación de la actividad minera, desde un punto de vista constitucional, legal y jurisprudencial, está amparada por uno de esos límites: la reserva legal. La Sala se remitirá a las fuentes constitucionales, legales y jurisprudenciales que constatan esta limitación al ejercicio de la potestad reglamentaria.

12. El marco constitucional y legal de la potestad reglamentaria en materia minera: un asunto sometido a reserva legal

12.1. La Constitución Política estableció en el artículo 360⁴⁰ que tendrá carácter de reserva legal la fijación de las condiciones para la explotación de los recursos naturales no renovables, por lo que no es posible que a través de la potestad reglamentaria se establezcan los requisitos para las solicitudes orientadas a la concesión de la explotación minera. Y es que un ámbito claro con restricciones de reserva de ley es el derecho minero, no solo por ser de aquellas actividades amparadas por la cláusula de salvaguarda del artículo 360 de la Constitución Política –*ad supra*–, sino también por lo consignado en el artículo 4° de la Ley 685

³⁸ La Corte Constitucional ha señalado: “Así pues, las leyes que tratan sobre actividades o materias objeto de regulación por parte de los órganos administrativos, deben contener criterios inteligibles que establezcan de manera clara: (i) las finalidades que han de guiar a la administración y los criterios materiales que orientarán la regulación para alcanzarlas; (ii) las prestaciones o derechos que se busca asegurar por medio de la actividad objeto de regulación; (iii) las reglas a las cuales se sujetará el órgano de regulación y que regirán la actividad regulada; y (iv) las previsiones que impidan que algunas personas sean objeto de tratamientos arbitrarios o de beneficios ilegítimos, y que especifiquen los parámetros de control por parte del juez contencioso administrativo”. Corte Constitucional, sentencia C-377 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas, reiterada en la sentencia C-148 de 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

³⁹ La jurisprudencia constitucional ha señalado “(...) en materia de derechos fundamentales el único órgano competente para establecer limitaciones es el Congreso de la República”. Corte Constitucional, sentencia C-606 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón.

⁴⁰ “La explotación de un recurso natural no renovable causará, a favor del Estado, una contraprestación económica a título de regalía, sin perjuicio de cualquier otro derecho o compensación que se pacte. La ley determinará las condiciones para la explotación de los recursos naturales no renovables”.

de 2001⁴¹, enunciado que hace alusión a los límites en el ejercicio de la potestad reglamentaria: **i)** el Código de Minas – Ley 685 de 2001 – es la única fuente jurídica de requisitos, formalidades, documentos y pruebas para la presentación, el trámite y resolución de los negocios mineros en su trámite administrativo hasta obtener el correspondiente perfeccionamiento; **ii)** esta misma normativa se aplica en relación con los términos y condiciones para el ejercicio del derecho a explorar y explotar minerales; **iii)** se reitera la proscripción constitucional de 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 lo previsto por la autoridad ambiental.

12.2. Por otra parte, se ha sostenido que esta misma *ratio* de reserva legal se extiende a la creación o modificación de los procedimientos administrativos, aspecto frente al cual también cabe poner el énfasis en que la Constitución Política de 1991 dotó al legislador, por regla general, como autoridad normativa competente de atribuciones especiales: *“Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejercer las siguientes funciones: (...) 2. Expedir códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones”* (artículo 150.2 superior). Además, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que *“los procedimientos administrativos especiales constituyen materia esencial y básica de la primera parte del C.C.A que regula los procedimientos administrativos”*⁴² y todo nuevo procedimiento especial *“necesariamente debe hacerse por el legislador (...) porque un conjunto normativo de esta naturaleza, necesariamente incorpora regulaciones específicas que constituyen excepciones en relación con el procedimiento general ordinario establecido en el mencionado código”*⁴³.

⁴¹ Ley 685 de 2001. 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 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”*.

⁴² Corte Constitucional, sentencia C-252 de 1994. En el mismo sentido véase C-510 de 2004.

⁴³ *Ibíd.*

12.3. Así las cosas, la Sala precisa que el ordenamiento jurídico ha indicado que la competencia para crear los procedimientos administrativos es una prerrogativa del legislador y no de la autoridad administrativa, máxima que se ha instalado en virtud del artículo 150 de la Constitución, pues, al tenor de esta disposición, es el legislador la única autoridad competente para expedir códigos y, bajo esta línea, crear los procedimientos administrativos por los cuales transitará la función administrativa.

12.4. En consecuencia, *i)* la intervención del Estado en la regulación de las condiciones para la explotación de los recursos naturales no renovables demanda primeramente de la intervención del principio democrático, en tanto que sólo corresponde al Congreso de la República la expedición de normas jurídicas en dicho sentido, y posteriormente el ejecutivo, que a través de la potestad reglamentaria, desarrolla detalladamente las actuaciones administrativas, las cuales pueden concretarse en distintas formas –declarativas, ablatorias, concesorias y los autorizatorias–⁴⁴; *ii)* no es posible crear procedimientos administrativos que fijen las reglas entre la administración y el ciudadano a través del ejercicio de la potestad reglamentaria, y si la ley no regula este cauce procesal

⁴⁴ En este punto, es importante señalar que dentro de las actuaciones administrativas se pueden distinguir cuatro tipos, siguiendo a Giannini: “[C]onforme a la tipología difundida por Massimo Severo Giannini de acuerdo a la naturaleza de los efectos de los actos administrativos que resultan de los procedimientos administrativos, pueden distinguirse cuatro tipos de procedimientos: los declarativos, los ablatorios, los concesorios y los autorizatorios. Los procedimientos declarativos son los que tienen por resultado actos que otorgan certeza de hechos jurídicos relevantes, y consisten en declaraciones de ciencia o de conocimiento y en verificaciones. En este sentido, puede decirse que todos los procedimientos que concluyen en actos de registro, por ejemplo, de la propiedad, de patentes o marcas, de vehículos o aeronaves, etc., son procedimientos declarativos. Asimismo, los procedimientos para establecer la identificación de las personas (...) En segundo lugar, están los procedimientos ablatorios, denominados así en la doctrina italiana por el uso del vocablo latino *ablatio*, que denota la acción de quitar, cortar, eliminar. Estos procedimientos tienen por objeto eliminar o restringir los detalles individuales, por lo que generalmente, se inician de oficio por la Administración. Ejemplos de estos procedimientos son los procedimientos expropiatorios, de requisición o sancionatorios que afectan una cosa (decomiso) o el patrimonio de una persona (multa). En tercer lugar, están los procedimientos concesorios, los cuales tienen por objeto actos administrativos que amplían la esfera jurídica subjetiva de los administrados (...) Por último, en cuarto lugar deben mencionarse los procedimientos autorizatorios, que tienen por objeto la emisión de actos administrativos que permiten a un particular ejercer un derecho, por la remoción de un obstáculo jurídico que legalmente existe para su ejercicio pleno. Son los más comunes en las relaciones entre la Administración y los particulares, y dan origen a autorizaciones, permisos y licencias para que los particulares puedan ejercer derechos o realizar actividades” GIANNINI, Massimo Severo, *Diritto Amministrativo*, Milano, 1970, vol. II, pp. 285, en BREWER CARIAS, Allan Randolph *Tratado de derecho administrativo. Derecho público en Iberoamérica*, tomo IV. El procedimiento administrativo, Fundación de derecho público, editorial jurídica venezolana, Caracas, 2013, p. 798.

de mínimos en el que se prevea el comportamiento de la administración con la participación de los ciudadanos, será preciso acudir al procedimiento general consignado en el artículo 2 del CPACA como norma supletoria.

12.5. Finalmente se pone de presente que la jurisprudencia de la Sección Tercera se ha pronunciado recientemente respecto a la existencia de reserva legal en materia de las causales de rechazo de las propuestas de concesión minera.

13. Pronunciamientos jurisprudenciales sobre la reserva legal de las causales de rechazo de las propuestas de concesión en materia minera

13.1. La Sección Tercera⁴⁵ resolvió una solicitud de suspensión provisional de unos actos administrativos que rechazaban la legalización o formalización de una mina de hecho en Buriticá, Antioquia, en aplicación del decreto 933 de 2013. La decisión precisó que no era posible *“que a través del reglamento se h[icieran] obligatorios requisitos que modifican las exigencias dispuestas por la ley para la admisibilidad y el rechazo de las propuestas de concesión minera, porque ello exced[ía] la potestad reglamentaria y viola[ba] el ordenamiento superior, razón por la que se han suspendido provisionalmente distintas disposiciones reglamentarias expedidas con el fin de definir las causales de rechazo de las solicitudes y propuestas en materia minera”*⁴⁶.

⁴⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Auto del 22 de agosto de 2016 rad. 53180, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo. Ver, también, en el mismo sentido, Auto de esa misma fecha, rad. 54645, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo: *“En efecto, esta Corporación viene reiterando el criterio en el sentido de que no resulta posible que a través del reglamento se hagan obligatorios requisitos que modifican las exigencias dispuestas por la ley para la admisibilidad y el rechazo de las propuestas de concesión minera, porque ello excede la potestad reglamentaria y viola el ordenamiento superior, razón por la que se han suspendido provisionalmente distintas disposiciones reglamentarias expedidas con el fin de definir las causales de rechazo de las solicitudes y propuestas en materia minera”*.

⁴⁶ Ver, entre otros, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Auto de 26 de febrero de 2014, rad. 47693, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa : *“Esta Corporación ha reiterado que no resulta posible que a través del reglamento se hagan obligatorios requisitos que modifican las exigencias dispuestas por la ley para la admisibilidad y el rechazo de las propuestas de concesión minera, porque ello excede la potestad reglamentaria y viola el ordenamiento superior...”*.

La anterior decisión fue confirmada por Auto de 12 de julio del mismo año que decidió el recurso de súplica, rad. 47693 y Subsección B, Auto de 16 de junio de 2015, confirmado por Auto de 26 de noviembre de 2015, rad. 47688, M.P. Danilo Rojas Betancourth. Esa posición se reiteró en Autos posteriores. Ver, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Auto de 22 de abril de 2016, rad. 54489 (admisión del medio de control), M.P. Ramiro Pazos Guerrero; Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Auto de 13 de diciembre de 2017, rad. 54489 (medida cautelar), M.P. Ramiro Pazos Guerrero;

13.2. Más recientemente⁴⁷, siguiendo la línea de anteriores pronunciamientos de la Corporación⁴⁸, se reiteró esa misma *ratio*. Se decidió sobre la suspensión provisional de unos actos administrativos que rechazaron y archivaron una solicitud de formalización minera, con base en el decreto 933 de 2013⁴⁹. La medida se concedió y enfatizó que las resoluciones demandadas se fundaron en el Decreto 933 de 2013, el cual era contrario al orden superior, porque reguló materias reservadas exclusivamente a la Ley, como lo es la adopción de causales de rechazo de las solicitudes de formalización de minería tradicional, lo que supuso una violación al derecho fundamental al debido proceso⁵⁰.

13.3. Los anteriores pronunciamientos jurisprudenciales de la Corporación permiten confirmar que la cuestión sobre el procedimiento administrativo minero, de cuyo cauce se vale la administración para ejercer los poderes que le confiere el ordenamiento jurídico así como para garantizar al mismo tiempo el debido proceso de los ciudadanos, ha sido el punto central en la judicialización de los actos administrativos, incurso en alguna de las causales invalidantes establecidas en la ley, para que en virtud de una declaración judicial se pierda o suspenda su fuerza ejecutoria.

13.4. En efecto, la administración, a través del procedimiento administrativo que constituye los rieles dinámicos por el que transita la función administrativa minera con una naturaleza eminentemente teleológica, en la medida que busca la

Sección Tercera, Subsección A, Auto del 15 de febrero de 2018, rad. 56.660, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera; Sección Tercera, Subsección A, Auto del 21 de junio de 2018, rad. 57917, Marta Nubia Velásquez Rico.

⁴⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Auto del 15 de marzo de 2018, rad. 57917, M.P. María Adriana Marín. En providencia de 21 de junio de 2018, de la Subsección A, M.P. Marta Nubia Velásquez Rico, se resolvió el recurso de súplica interpuesto contra ese Auto y se confirmó la decisión.

⁴⁸ El fallo cita las siguientes decisiones: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, auto del 15 de febrero de 2018, rad. 56.660, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera; Sección Tercera, Subsección B, auto del 22 de agosto de 2016, rad. 54.645, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

⁴⁹ Aunque formalmente los actos demandados citan el decreto 1073 de 2015, que es compilatorio de otros decretos, aplica materialmente las disposiciones del 933 de 2013, que hace parte del material normativo codificado en 2015.

⁵⁰ En este último punto, el Auto siguió la línea inaugurada por el Auto de 22 de agosto de 2016, rad. 54645, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

realización de un fin determinado⁵¹, debe adecuar su comportamiento, durante el trámite del expediente, a las premisas del debido proceso, a efectos de adoptar decisiones conforme al ordenamiento jurídico. Por eso, lo que ha concentrado sistemáticamente la atención del debate judicial en los distintos pronunciamientos judiciales, al controlar la legalidad de la actividad administrativa minera, es la verificación del cumplimiento de las obligaciones que conforman la relación jurídica procedimental regulada por normas superiores que imponen al ciudadano y a la administración derechos y deberes.

13.5. Por lo anterior, la discrepancia jurídica de la actuación administrativa con la garantía del debido proceso, cuando la administración adelanta las fases del procedimiento administrativo, con base en normas transgresoras al orden superior, constituye un desvío tan significativo que explica y justifica *per se* la nulidad o la suspensión de los actos. Por tanto, la Corporación en los casos citados ha declarado ilegales actos administrativos por apartarse de lo prescrito en normas superiores al crear o modificar fases del procedimiento administrativo, términos o imponer nuevas exigencias de admisibilidad y causales de rechazado que han incidido en la decisión final.

14. Los enunciados demandados

14.1. Se demanda la nulidad del artículo 2º del Decreto 935 del 9 de mayo de 2013 dictado por el Presidente de la República y el Ministro de Minas y Energía; el artículo 7º de la Resolución 299 del 27 de septiembre de 2012 y el artículo 6º de la Resolución 391 del 11 de junio de 2013, expedida por el Presidente de la Agencia Nacional de Minería, enunciados cuyo tenor literal se transcribieron al inicio de este fallo.

14.2. Una primera aproximación al primer precepto demandado debe partir por considerar que este se ubica en el marco de un decreto reglamentario para lo cual el gobierno nacional invocó expresamente las facultades atribuidas en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Nacional. Y respecto a las resoluciones demandadas, el Presidente de la Agencia Nacional de Minería invocó los artículos 270 y 296 del Código de Minas, el numeral 1º del artículo 4º del Decreto 4134 de

⁵¹ SANTOFIMIO, Jaime Orlando, *El derecho de defensa en las actuaciones administrativas*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, p. 15.

2011 y el Decreto número 1829 del 31 de agosto de 2012, por el cual “se establece un nuevo sistema de radicación en los contratos de concesión”.

14.3. Antes de analizar el contenido de los enunciados demandados, es menester precisar que el Decreto 935 de 2003 reglamentó los artículos 271 –requisitos de la propuesta de contrato de concesión–, 273 –objeciones a la propuesta– y 274 –rechazo de la propuesta– de la Ley 685 de 2001. No sobra advertir que el artículo 274, reglamentado por este decreto, fue modificado por el artículo 20 de la Ley 1382 de 2010, pero esta última norma fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional el 11 de mayo de 2011⁵².

14.4. De conformidad con el artículo 270 del Código Minero⁵³, la formulación de la propuesta del contrato de concesión debe ser presentada por el interesado directamente o través 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, y también se puede realizar a través de medios electrónicos cuando la autoridad minera disponga de los equipos y servicios requeridos para tal fin.

14.5. Como requisitos de la propuesta se exige: además del nombre, identidad y domicilio del interesado, el señalamiento del municipio, departamento y de la autoridad ambiental de ubicación del área o trayecto solicitado; **i)** la descripción del área objeto del contrato y de su extensión; **ii)** la indicación del mineral o minerales objeto del contrato; **iii)** la mención de los grupos étnicos con asentamiento permanente en el área o trayecto solicitados y, si fuere del caso, el

⁵² Corte Constitucional, sentencia C-366 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, cuyos efectos fueron diferidos por el término de dos años, contados a partir de la fecha en que se profirió la sentencia.

⁵³ Ley 685 de 2001, 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 concurriere con otra u otras posteriores sobre la misma zona, se tendrá como fecha de su 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 o ingeniero de minas matriculados, según el caso, de acuerdo con las disposiciones que regulan estas profesiones*”.

hallarse total o parcialmente dentro de una zona minera indígena, de comunidades afro o mixtas; **iv)** las zonas restringidas para cuya exploración y explotación se requiera autorización o concepto de otras autoridades; **vi)** 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. Además indica el artículo 271⁵⁴ de la Ley 685 de 2001 que se acompañará un plano con las especificaciones previstas en los artículos 66 y 67 de la Ley 685 de 2001. También ordena expresamente que la propuesta deberá consolidarse en el modelo estandarizado adoptado por la entidad concedente⁵⁵.

14.6. La propuesta del contrato de concesión podrá corregirse o adicionarse por una sola vez por la autoridad minera cuando: **i)** no pueda identificarse al proponente; **ii)** no se pueda localizar el área o trayecto pedido; **iii)** no se ajuste a los términos de referencia o guías o no se acompaña de los permisos previos en los casos señalados en el artículo 34 de la Ley 685 de 2001⁵⁶; y **iv)** cuando el área o trayecto estén ubicados en los lugares o zonas que requieran de permisos⁵⁷.

⁵⁴ Artículo 271. *Requisitos de la propuesta. “La propuesta para contratar, además del nombre, identidad y domicilio del interesado, contendrá: a) El señalamiento del municipio, departamento y de la autoridad ambiental de ubicación del área o trayecto solicitado; b) La descripción del área objeto del contrato, y de su extensión; c) La indicación del mineral o minerales objeto del contrato; d) La mención de los grupos étnicos con asentamiento permanente en el área o trayecto solicitados y, si fuere del caso, el hallarse total o parcialmente dentro de zona minera indígena, de comunidades negras o mixtas; e) Si el área abarca, en todo o en parte, lugares o zonas restringidas para cuya exploración y explotación se requiera autorización o concepto de otras autoridades, deberán agregarse a la propuesta de acuerdo con el artículo 35; 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; g) A la propuesta se acompañará un plano que tendrá las características y especificaciones establecidas en los artículos 66 y 67 de este Código. // La propuesta deberá verterse en el modelo estandarizado adoptado por la entidad concedente (...).”*

⁵⁵ Ley 685 de 2001, artículo 271.

⁵⁶ Ley 685 de 2001, artículo 34. Zonas excluibles de la minería. *“No podrán ejecutarse trabajos y obras de exploración y explotación mineras en zonas declaradas y delimitadas conforme a la normatividad vigente como de protección y desarrollo de los recursos naturales renovables o del ambiente y que, de acuerdo con las disposiciones legales sobre la materia, expresamente excluyan dichos trabajos y obras. // Las zonas de exclusión mencionadas serán las que se constituyan conforme a las disposiciones vigentes, como áreas que integran el sistema de parques nacionales naturales, parques naturales de carácter regional y zonas de reserva forestales. Estas zonas para producir estos efectos, deberán ser delimitadas geográficamente por la autoridad ambiental con base en estudios técnicos, sociales y ambientales con la colaboración de la autoridad minera, en aquellas áreas de interés minero. // Para que puedan excluirse o restringirse trabajos y obras de exploración y explotación mineras en las zonas de protección y desarrollo de los recursos naturales renovables o del ambiente, el acto que las declare*

14.7. El artículo 274 del Código de Minas⁵⁸, por su parte, establece taxativamente las causales de rechazo de la propuesta de concesión, a saber: *i)* si el área pedida en su totalidad se hallare ubicada en los lugares y zonas señaladas en el de dicho código; *ii)* si no se hubiere obtenido las autorizaciones y conceptos que la norma exige; *iii)* si se superpone totalmente a propuestas o contratos anteriores; *iv) si no cumple con los requisitos de la propuesta*; o si al requerirse para subsanar las deficiencias, *v)* no se atiende tal requerimiento. Dispone también la norma que “*en caso de hallarse ubicada parcialmente, podrá admitirse por el área restante si así lo acepta el proponente*” (sic).

15. Caso concreto

15.1. Pretenden los demandantes la nulidad del artículo 2º del Decreto 935 del 9 de mayo de 2013, expedido por el gobierno nacional; y de los artículos 6 y 7 de las Resoluciones 391 del 11 de junio de 2013 y 299 del 27 de septiembre de 2012 expedidas por el Presidente de la Agencia Nacional Minera. Argumentan los actores que por esta vía el gobierno nacional excedió su potestad reglamentaria y desconoció disposiciones de la Ley 685 de 2001 recogidas en los artículos 2, 4, 6, 29, 84, 113, 122, 150, 189.11, 209 de la Constitución Política y los artículos 4, 271 y 2 de la Ley 685 de 2001 y el artículo 12 de la Ley 153 de 1887.

15.2. Apoyan la petición nulidad, en síntesis, en que el primero de los preceptos reglamentarios demandados al precisar que la omisión en la presentación de alguno de los requisitos establecidos en el artículo 271 y su reglamento,

deberá estar expresamente motivado en estudios que determinen la incompatibilidad o restricción en relación con las actividades mineras. // No obstante, la autoridad minera previo acto administrativo fundamentado de la autoridad ambiental que decrete la sustracción del área requerida, podrá autorizar que en las zonas mencionadas en el presente artículo, con excepción de los parques, puedan adelantarse actividades mineras en forma restringida o sólo por determinados métodos y sistemas de extracción que no afecten los objetivos de la zona de exclusión. Para tal efecto, el interesado en el Contrato de Concesión deberá presentar los estudios que demuestren la compatibilidad de las actividades mineras con tales objetivos”.

⁵⁷ Ley 685 de 2001, artículo 273.

⁵⁸ Artículo 274. Rechazo de la propuesta. “*La propuesta será rechazada si el área pedida en su totalidad se hallare ubicada en los lugares y zonas señaladas en el artículo 34 de este Código, si no hubiere obtenido las autorizaciones y conceptos que la norma exige; si se superpone totalmente a propuestas o contratos anteriores, si no cumple con los requisitos de la propuesta o si al requerirse subsanar sus deficiencias no se atiende tal requerimiento. En caso de hallarse ubicada parcialmente, podrá admitirse por el área restante si así lo acepta el proponente*”.

incluyendo los documentos de soporte de la propuesta de contrato de concesión, creó una causal rechazo de la propuesta del contrato de concesión.

15.3. Alegaron en este punto que aunque la Ley 1382 de 2010 fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-366 de 2011, el legislador no condicionó la propuesta de concesión a la entrega de los documentos físicos dentro del término de tres (3) días hábiles siguientes a la radicación de la propuesta vía web, según los términos consignados en el artículo 7º de la Resolución 299 de 2012 y 6º de la Resolución 391 del 11 de junio de 2013, y solo limitó el rechazo al incumplimiento de aspectos puntuales.

15.4. En cuanto a estas disposiciones —artículo 7º de la Resolución 299 de 2012 y 6º de la Resolución 391 de 2013—, los demandantes consideran que deben seguir la misma suerte del artículo 2º del Decreto 935 de 2013, pues censuran que por esta vía se establezca no solo una causal adicional de rechazo de las propuestas de contrato de concesión que no se encuentran previstas en el artículo 274 de la citada legislación sino también condiciones de carácter temporal como lo es la creación de términos preclusivos.

15.5. El extremo pasivo de la pretensión propone, en defensa de las disposiciones demandadas, que los artículos se ajustan al ejercicio de la potestad reglamentaria; y afirmó que *“los documentos de soporte de la propuesta a los que hacen referencia tanto el Decreto 935 de 2013, como las resoluciones 299 de 2012 y 391 de 2013 son inescindibles de la propuesta como tal y se erigen como verdaderos requisitos de la propuesta”* (fls. 43 y s, c.1). Advirtió que *“al no ser presentada la propuesta personalmente, sino a través de medios electrónicos, por condiciones técnicas no [era] posible subir al sistema todos los documentos”*, y en consecuencia, *“debían posteriormente ser entregados materialmente en las oficinas”*. Enfatizó que una *“interpretación en contrario llevaría al absurdo de considerar que el proponente podría mantener suspendido el trámite de solicitud de un contrato de concesión minera, bloqueando un área del territorio nacional en la medida que sobre ella no se podrían solicitar otros contratos de concesión (...) hasta que a bien tenga el peticionario presentar los documentos con los cuales se puede llevar a cabo la evaluación de la solicitud”* (fls. 43, c.1).

15.6. Visto lo anterior, que en síntesis contiene la identificación de la problemática jurídica que entraña el *sub judice*, esta Sala debe estudiar si los contenidos

reglamentarios demandados incurrieron en falta de competencia y violación a la ley.

16. El juicio de legalidad respecto del artículo 2° del Decreto 0935 de 2013

16.1. En relación con la **falta de competencia**, la Sala considera que el Decreto 0935 de 2013 fue expedido por el gobierno nacional en desarrollo de la facultad contenida en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, con el fin de reglamentar los artículos 271, 273 y 274 de la Ley 685 de 2001. Para efectos metodológicos, se contrasta la disposición demandada con los artículos que desarrolla y que están contenidos en dicha ley:

Artículos 271, 273 y 274 de la Ley 685 de 2001	Artículo 2° del Decreto 0935 de 2013, artículo 7° de la Resolución 299 de 2012 y artículo 6° de la Resolución 391 de 2013
<p>Artículo 271. Requisitos de la propuesta. La propuesta para contratar, además del nombre, identidad y domicilio del interesado, contendrá:</p> <p>a) El señalamiento del municipio, departamento y de la autoridad ambiental de ubicación del área o trayecto solicitado;</p> <p>b) La descripción del área objeto del contrato, y de su extensión;</p> <p>c) La indicación del mineral o minerales objeto del contrato;</p> <p>d) La mención de los grupos étnicos con asentamiento permanente en el área o trayecto solicitados y, si fuere del caso, el hallarse total o parcialmente dentro de zona minera indígena, de comunidades negras o mixtas;</p> <p>e) Si el área abarca, en todo o en parte, lugares o zonas restringidas para cuya exploración y explotación se requiera autorización o concepto de otras autoridades, deberán agregarse a la propuesta de acuerdo con el artículo 35;</p> <p>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;</p> <p>g) A la propuesta se acompañará un plano que tendrá las características y especificaciones establecidas en los artículos 66 y 67 de este Código. La propuesta deberá verterse en el modelo estandarizado adoptado por la entidad concedente.</p>	<p>Decreto 0935 de 9 de mayo de 2013. Artículo 2°. Una vez presentada la propuesta de contrato de concesión, la omisión en la presentación de alguno de los requisitos establecidos en el artículo 271 y su reglamento, incluyendo los documentos de soporte de la propuesta de contrato de concesión requeridos para la evaluación <u>en el término fijado para remitirlos</u>, dará lugar al rechazo de plano de la propuesta.</p> <p>Artículo 7° de la Resolución 299 de 2012 "(...) Los documentos que soportan las propuestas de Contrato de Concesión y las autorizaciones Temporales presentadas por Internet, deberán radicarse ante la autoridad minera dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a su radicación vía web. El envío de la documentación soporte de la solicitud puede hacerse por correo certificado o por mensajería especializada dentro del término establecido anteriormente, sin embargo dichos documentos deberán ser recepcionados y radicados por la autoridad minera dentro de los tres (3) días hábiles que trata el inciso anterior (...)"</p> <p>Artículo 6° de la Resolución 391 de 2013. "Para verificar el cumplimiento del término para presentar la información de soporte de la propuesta, se tendrá en cuenta la fecha de radicación ante la Agencia Nacional de Minería (ANM), o la fecha de envío por correo certificado a la misma. Si dentro de los tres (3) días siguientes a la radicación de la propuesta, no se presenta la documentación soporte, según lo establecido en el procedimiento de la Resolución número 0299 de 2012, se aplicará la causal de rechazo establecida expresamente en el artículo 2° del Decreto número 0935 de 2013".</p>

Artículo 273. Objeciones a la propuesta. La propuesta se podrá corregir o adicionar, por una sola vez, por la autoridad minera, si no puede identificarse al proponente, no se puede localizar el área o trayecto pedido, no se ajusta a los términos de referencia o guías o no se acompaña de los permisos previos en los casos señalados en el artículo 34 de este Código, cuando dicha área o trayecto estuvieren ubicados en los lugares o zonas mencionados en dicha disposición. El término para corregir o subsanar la propuesta será de hasta treinta (30) días y la autoridad minera contará con un plazo de treinta (30) días para resolver definitivamente. // Una vez corregida la propuesta, cuando fuere el caso, se procederá a la determinación del área libre de superposiciones con propuestas anteriores o títulos vigentes.

Artículo 274. Rechazo de la propuesta. La propuesta será rechazada [a] si el área pedida en su totalidad se hallare ubicada en los lugares y zonas señaladas en el artículo 34 de este Código, [b] si no hubiere obtenido las autorizaciones y conceptos que la norma exige; [c] si se superpone totalmente a propuestas o contratos anteriores, [d] si no cumple con los requisitos de la propuesta o [e] si al requerirse subsanar sus deficiencias no se atiende tal requerimiento. En caso de hallarse ubicada parcialmente, podrá admitirse por el área restante si así lo acepta el proponente.

16.2. Véase cómo el decreto demandado desarrolla el enunciado del artículo 274 de la Ley 685 de 2001, esto es, entender que habrá lugar al rechazo de plano “*si no cumple con los requisitos de la propuesta*”, los cuales están enlistados en el artículo 271 y su reglamento, incluyendo los documentos que soporten la propuesta del contrato de concesión requeridos para la evaluación.

16.3. Así las cosas, se observa que, de conformidad con lo señalado en el artículo 271, literal e), se establece la obligación de allegar el concepto o autorización de la autoridad competente en el caso de zonas de minería restringida, en los términos de lo dispuesto en el artículo 35 de la misma ley⁵⁹. O el literal g) exige el

⁵⁹ Código de Minas, artículo 35. Zonas de minería restringida. “*Podrán efectuarse trabajos y obras de exploración y de explotación de minas en las siguientes zonas y lugares, con las restricciones que se expresan a continuación: a) Dentro del perímetro urbano de las ciudades o poblados, señalado por los acuerdos municipales adoptados de conformidad con las normas legales sobre régimen municipal, salvo en las áreas en las cuales estén prohibidas las actividades mineras de acuerdo con dichas normas; b) En las áreas ocupadas por construcciones rurales, incluyendo sus huertas, jardines y solares anexos,*

acompañamiento de un plano que debe cumplir las exigencias de los artículos 66⁶⁰ y 67⁶¹, disposiciones que exigen a su vez la identificación y el área del contrato y las especificaciones de orden técnico minero que deban atenderse en la elaboración de documentos, planos, croquis, reportes relacionados con la determinación y localización del área objeto de la propuesta del contrato de concesión, así como los documentos e informes técnicos que se deban rendir.

16.4. En consecuencia, la Sala constata que la Ley 685 de 2001 establece dentro de sus requisitos la presentación de una documentación indispensable, detallada y minuciosa que le ofrece soporte técnico a la propuesta. En efecto, de conformidad con lo señalado en el artículo 274, una de las causales de rechazo de la propuesta es precisamente no cumplir con esos requisitos o si, en el evento de requerirse al solicitante, no atender dicho requerimiento.

siempre y cuando se cuente con el consentimiento de su dueño o poseedor y no haya peligro para la salud e integridad de sus moradores; c) En las zonas definidas como de especial interés arqueológico, histórico o cultural siempre y cuando se cuente con la autorización de la autoridad competente; d) En las playas, zonas de bajamar y en los trayectos fluviales servidos por empresas públicas de transporte y cuya utilización continua haya sido establecida por la autoridad competente, si esta autoridad, bajo ciertas condiciones técnicas y operativas, que ella misma señale, permite previamente que tales actividades se realicen en dichos trayectos; e) En las áreas ocupadas por una obra pública o adscritas a un servicio público siempre y cuando: i. Cuente con el permiso previo de la persona a cuyo cargo estén el uso y gestión de la obra o servicio; ii. que las normas aplicables a la obra o servicio no sean incompatibles con la actividad minera por ejecutarse y iii. que el ejercicio de la minería en tales áreas no afecte la estabilidad de las construcciones e instalaciones en uso de la obra o servicio. f) En las zonas constituidas como zonas mineras indígenas siempre y cuando las correspondientes autoridades comunitarias, dentro del plazo que se les señale, no hubieren ejercitado su derecho preferencial a obtener el título minero para explorar y explotar, con arreglo a lo dispuesto por el Capítulo XIV de este Código; g) En las zonas constituidas como zonas mineras de comunidades negras siempre y cuando las correspondientes autoridades comunitarias, dentro del plazo que se les señale, no hubieren ejercitado su derecho preferencial a obtener el título minero para explorar y explotar, con arreglo a lo dispuesto por el Capítulo XIV de este Código; h) En las zonas constituidas como zonas mineras mixtas siempre y cuando las correspondientes autoridades comunitarias, dentro del plazo que se les señale, no hubieren ejercitado su derecho preferencial a obtener el título minero para explorar y explotar, con arreglo a lo dispuesto por el Capítulo XIV de este Código (...)".

⁶⁰ Artículo 66. Las reglas técnicas. *"En la identificación y delimitación del área objeto de la propuesta y del contrato, serán de obligatoria aplicación los principios, criterios y reglas técnicas propias de la ingeniería, geología y la topografía, aceptadas y divulgadas oficialmente"*.

⁶¹ Artículo 67. Normas técnicas oficiales. *"El Gobierno Nacional por medio de decreto, establecerá, en forma detallada, los requisitos y especificaciones de orden técnico minero que deban atenderse en la elaboración de los documentos, planos, croquis y reportes relacionados con la determinación y localización del área objeto de la propuesta y del contrato de concesión, así como en los documentos e informes técnicos que se deban rendir. Ningún funcionario o autoridad podrá exigir en materia minera a los interesados la aplicación de principios, criterios y reglas técnicas distintas o adicionales a las adoptadas por el Gobierno"*.

16.5. Sin duda el decreto demandado desarrolla el contenido legal del artículo 274 de la Ley 685 de 2001, con la finalidad de hacerlo más operativo, ágil, instrumental y ejecutivo. En el *sub judice* no se observa que el gobierno nacional hubiese traspasado la competencia, pues no fue más allá de lo que le estaba permitido y no creó ninguna causal que no tuviera respaldo en una disposición legal; por el contrario, se observa que la norma demandada, teniendo como fundamento el Código de Minas, hizo claridad en la documentación enlistada por la Ley que debía ser aportada por el usuario en la apertura del procedimiento administrativo minero vía internet y no agregó o mencionó documentos que puedan entenderse como adicionales a los previstos en el artículo 271 y que se consideren como requisitos de la propuesta.

16.6. No obstante, el problema de la configuración del vicio por incompetencia surge en cuanto a la frase contenida en el artículo 2º del Decreto 935 de 2013: *“término fijado para remitirlos”*. Al tenor de lo precisado *ad supra* se concluyó que la competencia para crear, modificar o suprimir los términos en los procedimientos administrativos corresponde al legislador y no a la autoridad administrativa. Esta postura es consonante con lo afirmado por la Corte Constitucional cuando dijo 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”*⁶² –se destaca–.

16.7. De conformidad con lo anterior, no es posible que mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria se creen, modifiquen o supriman etapas o términos del procedimiento administrativo, pues este último establece las relaciones con antelación entre el usuario y la administración. Desde esta óptica, dicho procedimiento organiza un conjunto de actuaciones administrativas con etapas,

⁶² Corte Constitucional, sentencia C-034 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa.

fases y términos, las cuales deben ser observadas puntualmente en la medida que están orientadas a la producción de una decisión por parte de quien ejerce funciones administrativas. Por tanto, la fase de etapas y términos en el procedimiento administrativo deben ser fijados democráticamente en espacios deliberativos y representativos, y no pueden ser sustraídos arbitraria y unilateralmente por la administración, so pena de sorprender a los ciudadanos y desconocer el debido proceso.

16.8. Ahora, si se constata que frente a los términos en una actuación administrativa existe un silencio legislativo a la vista de que el Código de Minas no fijó límites temporales para allegar los documentos de las peticiones hechas por internet, no es posible de allí inferir que la potestad reglamentaria opera como un instrumento que llena las lagunas del principio democrático en escenarios en los que en una ordenación normativa falta una regulación legal, máxime cuando la potestad reglamentaria del artículo 189.11 constitucional es *secundum legem*, es decir, la norma reglamentaria adquiere el carácter de tal, y, por consiguiente, su fuerza vinculante, por la expresa autorización de ley. Además, dicha norma debe observar, tal como se mencionó anteriormente, los criterios de competencia – *prohibición de rebasar los parámetros autorizados por ley*– y de necesidad – *prohibición de ejercer la potestad reglamentaria cuando existe agotamiento del objeto*–.

16.9. En el caso en estudio, la violación del principio de competencia, esto es, el desbordamiento de la potestad reglamentaria, está probado, habida cuenta de que la disposición del decreto demandado sustituyó al legislador al crear por una vía reglamentaria, la cual no se sustenta en el Código de Minas, una fase de términos para la radicaciones por internet que no existía y cuyos elementos específicos fueron desarrollados detalladamente por las resoluciones demandadas.

16.10. Para la Sala es claro que un vicio de competencia no se produce por introducir aspectos operativos, instrumentales o de ejecución de la ley. Ese desbordamiento tiene ocurrencia cuando la sustitución tiene tal incidencia que la reserva legal resulta suplantada por una autoridad administrativa. Al ser este asunto —el de fijar términos— una cuestión que guarda una relación inescindible con la regulación del sector minero y por tratarse de fases del procedimiento que restringen o afectan las condiciones en que se ejerce un derecho fundamental como lo es la iniciativa privada, no cabe duda de que la fijación de términos a una actuación administrativa corresponde de manera exclusiva y excluyente al

legislador, según el numeral 2° del artículo 150 y el artículo 360 constitucional arriba mencionados.

16.11. Así las cosas, el gobierno nacional incurrió en un exceso de la potestad reglamentaria, por violar el ámbito de su competencia, en la medida que desconoció los linderos que le habían sido fijados por la Ley, pues reemplazó al legislador al introducir vía reglamento una regulación sobre la etapa de términos para allegar la documentación física, sin tener sustento en ninguna disposición legal. En efecto, el Código de Minas no abordó el asunto referente al término de manera expresa, razón por la cual la inclusión y el alcance de la palabra “término” es una cuestión que debe ser definida exclusivamente el legislador.

16.12. Como el vicio de competencia se puede configurar cuando la administración ejerce facultades de las que no está revestida y como en esta causa se evidencia que el artículo 2° del Decreto 935 de 2013, en el aparte “*en el término fijado para remitirlos*”, contravino las disposiciones superiores y puntualmente los límites constitucionales a los que está sujeta la potestad reglamentaria al haber llenado un vacío, se debe declarar la nulidad del aparte del artículo demandado y así se dispondrá en la parte resolutive de este fallo.

16.13. Lo anterior conduce a que el juez de la legalidad, consciente de esta realidad y por cuanto el legislador no ha dispuesto cosa diferente hasta el momento, el artículo 2° del Decreto 0935 de 2013 refleja un exceso de la potestad reglamentaria, por lo que en los eventos de radicación del expediente minero por internet se deberá aplicar el procedimiento subsidiario previsto en el CPACA.

16.14. A la luz de este procedimiento subsidiario, el artículo 17 precisa que si la petición está incompleta, la administración tiene la obligación de requerir al peticionario dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de radicación para que complete los requisitos o documentos faltantes en el término máximo de un (1) mes.

17. El juicio de legalidad respecto del artículo 7° de la Resolución 299 de 2012 y 6° de la Resolución 391 del 11 de junio de 2013

17.1. El artículo 271 de la Ley 685 de 2001 establece los requisitos que debe satisfacer la propuesta que debe ser presentada por el interesado; el artículo 274

de la misma disposición introduce una consecuencia cuando se incurra en un incumplimiento de dichos requisitos, esto es, la configuración de las causales de rechazo de la propuesta del contrato, comprendiendo como una de tales causales *“si no se cumple con los requisitos de la propuesta o si al requerirse subsanar sus deficiencias no se atiende tal requerimiento”*; y el Decreto 0935 de 2013 que *“la omisión en la presentación de alguno de los requisitos establecidos (...) en el término fijado para remitirlos, dará lugar al rechazo de plano de la propuesta”*.

17.2. En esos términos, se observa que la finalidad del artículo 7º de la Resolución 299 de 2012 y 6º de la 391 de 2013 consistió en reglamentar el Decreto 1829 del 31 de agosto de 2012 —encargado de desarrollar el art. 270 de la Ley 685 de 2001—, que había dispuesto que la ANM señalará *“un término para que el interesado anexe los documentos que soportan la propuesta de contrato de concesión”*.

17.3. Para tal efecto, *i)* la primera disposición dispuso que *“los documentos que soportan las propuestas de Contrato de Concesión y las autorizaciones Temporales presentadas por Internet, deberán radicarse ante la autoridad minera dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a su radicación vía web. El envío de la documentación soporte de la solicitud puede hacerse por correo certificado o por mensajería especializada dentro del término establecido anteriormente, sin embargo dichos documentos deberán ser recepcionados y radicados por la autoridad minera dentro de los tres (3) días hábiles que trata el inciso anterior”*; *ii)* la segunda disposición previó *“para verificar el cumplimiento del término para presentar la información de soporte de la propuesta, se tendrá en cuenta la fecha de radicación ante la Agencia Nacional de Minería (ANM), o la fecha de envío por correo certificado a la misma. Si dentro de los tres (3) días siguientes a la radicación de la propuesta, no se presenta la documentación soporte, según lo establecido en el procedimiento de la Resolución número 0299 de 2012, se aplicará la causal de rechazo establecida expresamente en el artículo 2º del Decreto número 0935 de 2013”*.

17.4. De esta manera, la contradicción que surge entre los artículos 271 y 274 de la Ley 685 de 2001 y las resoluciones se centra en la discrepancia de las exigencias establecidas en cada una de tales disposiciones respecto a los términos, pues mientras el artículo 271 y 274 precisa que es causal de rechazo la omisión en el *“cumplimiento de los requisitos de la propuesta”*, las resoluciones,

remitiendo al Decreto 0935 de 2013, fijan adicionalmente un término perentorio de tres (3) días para que se configure dicha causal.

17.5. Esta tensión normativa no es inane sino sustancial, pues mientras el legislador previó que la omisión en el cumplimiento de los requisitos de la propuesta configuraría la causal de rechazo, para lo cual la administración debería requerir al ciudadano para que, teniendo en cuenta obstáculos de orden geográfico o económico etc, allegue los documentos; las disposiciones demandadas introducen un término exiguo de tres (3) días para que el solicitante remita toda la documentación a fin de seguir con el trámite administrativo. Mientras el primero se centra en decir que es una causal de rechazo no allegar los documentos, el segundo fija los términos de confirmidad en que se producira dicha causal.

17.6. Ahora, en un número no despreciable de casos, las propuestas de contratos de concesión minera provienen de ciudadanos ubicados en lugares apartados de los grandes centros urbanos del país. Lo anterior ha forzado a que el pequeño minero inicie el trámite vía internet y quedé en muchos casos sometido a la imposibilidad fáctica y técnica de remitir perentoriamente dentro de un término tan corto la documentación requerida, so pena de que la administración aplique inexorablemente la causal de rechazo, con lo que también se afectarían otras garantías fundamentales de este segmento de ciudadanos.

17.7. Este término tan corto previsto en el procedimiento administrativo minero atenta también contra el espíritu de la acciones afirmativas que, como es sabido, se refiere a todas aquellas medidas a través de las cuales se establece un trato favorable que beneficia a determinadas personas o grupos humanos tradicionalmente marginados o discriminados –como lo puede ser el minero artesanal– con el único propósito garantizar una igualdad sustancial de todas las personas jurídicas y naturales que se dedican a esa actividad.

17.8. Como se dijo anteriormente en relación con las peticiones incompletas, es un deber que se impone a la administración y no al ciudadano indicar al momento de la recepción cuáles son los documentos faltantes, situación distinta que aquí regulan las resoluciones demandadas: se traslada la carga a los ciudadanos que radicaron la petición por internet de enviar en físico los documentos de la propuesta en un lapso exiguo, lo que frente a unos requisitos tan complejos y

minuciosos no significa alternativa distinta que desistir y aplicar inequívocamente causal de rechazo, con lo que se configura una condición que obstaculiza el ejercicio de los derechos y libertades particularmente de los pequeños mineros sin que se advierta la justificación para establecer un plazo tan breve.

17.9. Por lo anterior, se hace preciso advertir una incompatibilidad entre el artículo 274 de la Ley 685 de 2001 y los artículos de las resoluciones demandadas, pues mientras que el artículo 274 enlista taxativamente como causales de rechazo de la solicitud *i)* si el área pedida en su totalidad se hallare ubicada en una zona excluible de minería, *ii)* si no hubiere obtenido las autorizaciones conceptos que la norma exige, *iii)* si se superpone totalmente a propuestas o contratos anteriores, *iv)* si no cumple con los requisitos de la propuesta o si al requerirse subsanar sus deficiencias no se atiende tal requerimiento; la fijación de términos incluidos en las resoluciones demandadas, como se ha reiterado, hace referencia a la aplicación de la causal de rechazo cuando el solicitante no allega dentro de los tres (3) días siguientes después de la radicación por internet la documentación necesaria, cuestión que no está prevista en la norma que se pretende reglamentar.

17.10. La Sala considera que se incurrió en un vicio de competencia y transgresión a la ley, ya que quedaron demostrados los siguientes hechos: *i)* que el artículo 2° del Decreto 0935 de 2013 introdujo en el ordenamiento jurídico un elemento esencial del procedimiento administrativo minero como lo es que el que la administración fijó el término para que opere la causal de rechazo por la omisión en la presentación de alguno de los requisitos establecidos en el artículo 271 y su reglamento; *ii)* que los artículos de las resoluciones demandadas introdujeron el término de tres (3) días para que el proponente allegue los documentos soporte de la propuesta de contrato de concesión radicado vía web, y pese a que las entidades demandadas pretenden explicar la inclusión de dicho término con la causal por omisión de los requisitos de la propuesta consignados en el artículo 274 de la Ley 685 de 2001, lo cierto es que con una simple confrontación textual de una y otra norma se aprecia que se suplió al legislador en una de las fases más importantes del procedimiento administrativo como lo es la fijación términos, razón por la cual no puede concluirse que el reglamento desarrolló la ley, sino que la suplió; *iii)* que según los artículos 84 y 150.2 y 360 constitucionales y 4° de la Ley 685 de 2001, se configuró reserva de ley para regular procedimientos administrativos y los requisitos o condiciones para el ejercicio de actividades de minería, prohibiéndose que se exija cargas, permisos, documentos o requisitos

adicionales no contemplados por el legislador para adelantar trámites administrativos en el ámbito minero; *iv*) que el gobierno nacional y la ANM excedieron su potestad reglamentaria y transgredieron la ley al introducir dentro del procedimiento administrativo minero un término para que opere una causal de rechazo cuando las propuestas son radicadas vía internet, lo que constituye un contenido material de reserva de ley.

17.11. Como el vicio de falta de competencia y violación a la ley se configura cuando la administración ejerce competencias de las que no está revestida y como en esta causa se evidenció que el artículo 2° del Decreto 935 de 2013 y las Resoluciones 299 de 2012 y 391 de 2013, transgredieron las disposiciones superiores y puntualmente los límites constitucionales a los que está sujeta la potestad reglamentaria, se abre paso a la nulidad de estas disposiciones, en lo concerniente a los términos, y así se declarará en la parte resolutive de este fallo.

18. Conclusión de esta decisión

18.1. En el *sub judice* se demostró que si bien no se agregó una nueva causal de rechazo de las propuestas de contratos de concesión minera, sí invadió contenidos normativos exclusivos de la reserva legal. El gobierno nacional y la ANM desbordaron su competencia reglamentaria habida cuenta de que establecieron un término para la presentación física de los documentos que soportaban las propuestas de contratos de concesión minera vía internet, regulación que pertenece al ámbito de la ley por ser ésta la única autoridad investida para crear, modificar o suprimir los términos del procedimiento administrativo.

18.2. Como el ordenamiento jurídico no estableció competencia en favor del gobierno nacional ni de la ANM para fijar contenidos normativos como lo es la fijación de términos propios del legislador y habiéndose demostrado que en este asunto se incurrió en un exceso de potestad reglamentaria quedó estructurado el cargo de incompetencia y violación de la ley, y por ende su nulidad.

18.3. Estas razones son las que llevan a la Sala a declarar la nulidad: *(i)* del aparte “en el término fijado para remitirlos” del artículo 2° del Decreto 935 de 2013; *(ii)* las expresiones “dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a su radicación vía web”; “dentro del término establecido anteriormente, sin embargo dichos

documentos deberán ser recepcionados y radicados por la autoridad minera dentro de los tres (3) días hábiles que trata el inciso anterior” del artículo 7º de la Resolución 299 de 2012; (iii) y la totalidad del artículo 6º de la Resolución 391 de 2013.

18.4. Finalmente, se dispondrá que la declaratoria de nulidad se hará sin perjuicio de las situaciones individuales y concretas de carácter definitivo que se hayan producido y consolidado en vigencia de los artículos que se declaran nulos.

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

FALLA

PRIMERO: DECLARAR la nulidad de los apartes: (i) *“en el término fijado para remitirlos” del artículo 2º del Decreto 935 de 2013; (ii) “dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a su radicación vía web”; “dentro del término establecido anteriormente, sin embargo dichos documentos deberán ser recepcionados y radicados por la autoridad minera dentro de los tres (3) días hábiles que trata el inciso anterior” del artículo 7º de la Resolución 299 de 2012; y (iii) y la totalidad del artículo 6º de la Resolución 391 de 2013, por los motivos expuestos en esta providencia.*

SEGUNDO: DECLARAR que los efectos de la declaratoria de nulidad parcial del artículo 2º del Decreto 935 de 9 de mayo de 2013 también se predicán para el mismo aparte recogido en el artículo 2.2.5.1.3.4.1.2 del Decreto 1073 de 2015 por cuando este no es más que una transcripción de aquel.

TERCERO: DECLARAR que la nulidad así declarada se hace sin perjuicio de las situaciones individuales y concretas de carácter definitivo que se hayan producido y consolidado en vigencia de los artículos que se declaran nulos.

CUARTO: COMUNICAR esta decisión a la comunidad en general por la página web de esta Corporación y por los demás medios electrónicos de que disponga.

QUINTO: ARCHIVAR el proceso de la referencia, una vez en firme esta providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

RAMIRO PAZOS GUERRERO

Presidente de la Subsección

ALBERTO MONTAÑA PLATA

Magistrado

ACLARO EL VOTO

MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

Magistrado

ACLARO EL VOTO

ACLARACIÓN DE VOTO DEL HONORABLE CONSEJERO ALBERTO MONTAÑA PLATA

ALCANCE DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA / ÁMBITO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA / POTESTAD REGLAMENTARIA / TITULARIDAD DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA / EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA / POTESTAD DE LA RAMA EJECUTIVA / PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA / FACULTAD REGLAMENTARIA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA / FACULTAD PARA EXPEDIR REGLAMENTOS – Es distinto a la potestad reglamentaria y no tienen la misma jerarquía que los decretos del Presidente / JERARQUÍA NORMATIVA / PRINCIPIO DE JERARQUÍA NORMATIVA

El Presidente es el único titular de la potestad reglamentaria, sin perjuicio de que para algunos ámbitos de regulación, el constituyente haya asignado a otros órganos constitucionales competencias para expedir reglamentos. Esas competencias, en todo caso, son “distintas de la Potestad Reglamentaria del Presidente de la República”. Su naturaleza excepcional y taxativa no alcanza para afirmar que ellas constituyan un sistema policéntrico que difumine la potestad presidencial, que la convierta en una competencia ordinaria que se ejerza en una especie de sinergia horizontal, constante y ordinaria con los demás órganos de la Administración. Es posible que, además, otras autoridades administrativas adopten medidas de carácter general para hacer cumplir la ley, en su ámbito de competencia y nivel de subordinación. Sin embargo, como consecuencia del control de subordinación propio de la organización administrativa, esos reglamentos no tienen la misma jerarquía que los del Presidente.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el particular, ver sentencia de la Corte Constitucional C 805 de 2001.

RESERVA DE LA LEY / EXTRALIMITACIÓN DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA / TÉRMINOS ADMINISTRATIVOS / PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO / TÉRMINO LEGAL – No puede ser creado o modificado mediante acto administrativo / DEBIDO PROCESO / DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO / PRECEDENTE JUDICIAL / ASUNTOS MINEROS / RESERVA LEGAL - Se mantiene una reserva de ley ordinaria que protege las formas propias del procedimiento como parte del núcleo esencial de ese derecho

En este caso el desconocimiento de la reserva de ley no estuvo determinado por la violación de -lo que la sentencia llamó derecho- a la iniciativa privada, ni por el desconocimiento de la potestad del legislador para expedir códigos. (...) El precedente más cercano en la jurisprudencia, sobre vicios de ilegalidad por este tipo excesos en materia minera, es una sentencia de esta misma Subsección: En esa oportunidad, la Sala recordó que respecto del derecho fundamental al debido proceso, se mantiene una reserva de ley ordinaria que protege las formas propias del procedimiento como parte del núcleo esencial de ese derecho. Le está vetado a la Administración, en consecuencia, crear términos, formalidades y cargas procesales, como hizo en este caso. Si la Administración se excede en su potestad reglamentaria y suplanta al legislador diseñando los elementos procesales que están reservados al debate democrático, abre espacio a la arbitrariedad y al abuso de su posición, que es, precisamente, el mal que el constituyente quiso evitar.

NOTA DE RELATORÍA: Al respecto, ver sentencia de 15 de noviembre de 2019, Exp. 37012.

EXTRALIMITACIÓN DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA / TÉRMINOS ADMINISTRATIVOS - La fijación de términos a una actuación administrativa corresponde de manera exclusiva y excluyente al legislador / PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO / TÉRMINO LEGAL – No puede ser creado o modificado mediante acto administrativo / DEBIDO PROCESO / DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO – Los términos no pueden ser sustraídos arbitraria y unilateralmente por la administración, so pena de sorprender a los ciudadanos y desconocer el debido proceso / SILENCIO LEGISLATIVO – La potestad reglamentaria no permite llenar dichos vacíos / ALCANCE DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA / ÁMBITO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA

La Sentencia concluyó que, “si bien no se agregó una nueva causal de rechazo de las propuestas de contratos de concesión minera”, la Administración sí invadió contenidos normativos exclusivos de la reserva legal. En mi concepto, esta conclusión presenta una incoherencia interna en el argumento que soportó la declaratoria de nulidad de los actos demandados. Creo que en la Sentencia quedó claro que la Administración sí creó una nueva causal de rechazo que no estaba prevista en la ley, consistente en no allegar los documentos de soporte de la solicitud en un término de tres días. Es decir que la Administración se excedió porque creó esa causal de rechazo con base en un término procesal que, al margen de su brevedad, sólo podía haber establecido el Legislador.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO

Bogotá D.C., seis (6) de julio de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 11001-03-26-000-2013-00114-00 (48183)

Actor: JAIME GABRIEL MOVIL BRITO

Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA Y AGENCIA NACIONAL MINERA

Referencia: MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD (SENTENCIA)

Aclaración de voto de Alberto Montaña Plata

Estoy de acuerdo con la decisión adoptada en la Sentencia⁶³, pero aclaro mi voto porque no comparto algunos análisis relacionados con la titularidad de la potestad reglamentaria y el exceso en su ejercicio frente al contenido de la reserva legal en este caso. Me aparto, en consecuencia, de la forma en que se determinó el contenido del vicio de ilegalidad de los actos demandados.

1. El Presidente de la República es el titular de la potestad reglamentaria: no existe un sistema de potestad reglamentaria difuso y policéntrico.

Las líneas jurisprudenciales de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado sobre este asunto han sido pacíficas⁶⁴. Aunque la Corte ha reiterado que el Presidente es el titular de la potestad reglamentaria desde sus primeras sentencias⁶⁵, algunas razones que me apartan de la tesis del fallo pueden encontrarse en una de las citadas como parte de sus fundamentos⁶⁶. El Presidente es el único titular de la potestad reglamentaria, sin perjuicio de que para algunos ámbitos de regulación, el constituyente haya asignado a otros órganos constitucionales competencias para expedir reglamentos. Esas competencias, en todo caso, son “distintas de la Potestad Reglamentaria del Presidente de la República”⁶⁷. Su naturaleza excepcional y taxativa no alcanza para afirmar que ellas constituyan un sistema policéntrico que difumine la potestad presidencial, que la convierta en una competencia ordinaria que se ejerza en una especie de sinergia horizontal, constante y ordinaria con los demás órganos de la Administración.

Es posible que, además, otras autoridades administrativas adopten medidas de carácter general para hacer cumplir la ley, en su ámbito de competencia y nivel de subordinación⁶⁸. Sin embargo, como consecuencia del control de subordinación propio de la organización administrativa, esos reglamentos no tienen la misma jerarquía que los del Presidente. En el sistema de fuentes, en efecto, los actos de

⁶³ Sentencia de 6 de julio de 2020, exp. (48183).

⁶⁴ Es cierto, como lo señala la Sentencia que el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, (Concepto del 14 de septiembre de 2016, rad. 11001-03-06-000-2016-00066-00 (2291)) en una oportunidad sugirió que existía un sistema difuso y policéntrico de la potestad reglamentaria. Este concepto no crea derecho, no es obligatorio y fue expedido al margen de la jurisprudencia de la Corporación y de la Corte Constitucional.

⁶⁵ Ver, por ejemplo, las sentencias C-557 de 1992, C-302 de 1999

⁶⁶ Ver, Sentencia C-805 de 2001, citada en el pie de página 6 de la sentencia de 6 de julio de 2020, exp. (48183).

⁶⁷ Ver, Corte Constitucional, Sentencia C-805 de 2001.

⁶⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 24 de agosto de 2000.(Exp) 6096.

las demás autoridades administrativas están subordinados a los Reglamentos del Presidente⁶⁹. Esta posibilidad, en definitiva, tampoco pluraliza el centro o diluye la titularidad de la Potestad del Presidente.

2. El exceso en la potestad reglamentaria violó la reserva de ley que garantiza el derecho al debido proceso

En este caso el desconocimiento de la reserva de ley no estuvo determinado por la violación de -lo que la sentencia llamó derecho- a la iniciativa privada, ni por el desconocimiento de la potestad del legislador para expedir códigos. La Sala constató un exceso en la potestad reglamentaria, que se concretó en una trasgresión a la reserva de ley respecto del derecho al debido proceso.

El precedente⁷⁰ más cercano en la jurisprudencia, sobre vicios de ilegalidad por este tipo excesos en materia minera, es una sentencia de esta misma Subsección⁷¹: En esa oportunidad, la Sala recordó que respecto del derecho fundamental al debido proceso, se mantiene una reserva de ley ordinaria que protege las formas propias del procedimiento como parte del núcleo esencial de ese derecho. Le está vetado a la Administración, en consecuencia, crear términos, formalidades y cargas procesales, como hizo en este caso.

Si la Administración se excede en su potestad reglamentaria y suplanta al legislador diseñando los elementos procesales que están reservados al debate democrático, abre espacio a la arbitrariedad y al abuso de su posición, que es, precisamente, el mal que el constituyente quiso evitar.

3. El acto administrativo demandado fue declarado nulo porque creó una causal de rechazo relacionada con términos procesales, que no fue prevista en la ley

La Sentencia concluyó que, “si bien no se agregó una nueva causal de rechazo de las propuestas de contratos de concesión minera”, la Administración sí invadió contenidos normativos exclusivos de la reserva legal. En mi concepto, esta conclusión presenta una incoherencia interna en el argumento que soportó la

⁶⁹ Ver, Corte Constitucional, Sentencia C-805 de 2001

⁷⁰ Las providencias citadas como precedente, ni son fallos ni declararon ilegales los actos demandados como se aseguró en la sentencia. Son importantes Autos que suspendieron provisionalmente los actos administrativos demandados, por advertir la alta probabilidad de ocurrencia de excesos similares al comentado.

⁷¹ Ver, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 15 de noviembre de 2019, (Exp.) 37012

declaratoria de nulidad de los actos demandados. Creo que en la Sentencia quedó claro que la Administración sí creó una nueva causal de rechazo que no estaba prevista en la ley, consistente en no allegar los documentos de soporte de la solicitud en un término de tres días. Es decir que la Administración se excedió porque creó esa causal de rechazo con base en un término procesal que, al margen de su brevedad, sólo podía haber establecido el Legislador.

ALBERTO MONTAÑA PLATA

ACLARACIÓN DE VOTO DEL CONSEJERO MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD / DECRETO 935 DE 2013 / CONTROL DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / FACULTAD REGLAMENTARIA / PROPUESTA DEL PROPONENTE / PROPUESTA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN MINERA / COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO – Las consideraciones contenidas en los numerales 17.6, 17.7 y 17.8 en tanto no son argumentos de legalidad y, por tanto, no son de competencia de la Sala

Aunque comparto la decisión de acceder a las pretensiones de la demanda adoptada en la sentencia del 6 de julio de 2020, me aparto de las consideraciones contenidas en los numerales 17.6, 17.7 y 17.8 en tanto no son argumentos de legalidad y, por tanto, no son de competencia de la Sala.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO

Bogotá D.C., seis (6) de julio de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 11001-03-26-000-2013-00114-00 (48183)

Actor: JAIME GABRIEL MOVIL BRITO

Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA Y AGENCIA NACIONAL MINERA

Referencia: MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD (SENTENCIA)

Aunque comparto la decisión de acceder a las pretensiones de la demanda adoptada en la sentencia del 6 de julio de 2020, me aparto de las consideraciones contenidas en los numerales 17.6, 17.7 y 17.8 en tanto no son argumentos de legalidad y, por tanto, no son de competencia de la Sala.

Fecha ut supra

MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

Magistrado