

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C**

CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C., diecinueve (19) de septiembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación: 11001-03-26-000-2013-00091-00 (47693)

Actor: MARGARITA RICAURTE DE BEJARANO Y ANDRÉS JARAMILLO
VELÁSQUEZ

Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA

Medio de Control: NULIDAD

Contenido. Descriptor: Medio de control de nulidad promovido contra un aparte del artículo 1° y la totalidad del artículo 5° del Decreto 0935 de 2013, este último modificado por el artículo 1° del Decreto 1300 de 2013, que se pronunciaron sobre el criterio para determinar las áreas libres y requisitos documentales para soportar la realización de trabajos de exploración. Se declara nulidad de ambas disposiciones al incurrir en exceso de potestad reglamentaria por falta de competencia. **Restrictor:** La potestad reglamentaria. El medio de control de nulidad. Características y causales de nulidad. La falta de competencia como vicio de nulidad de los actos administrativos. La intervención del Estado en la economía y particularmente en las actividades mineras. La reserva de ley para modular, limitar o condicionar el ejercicio de ciertas actividades de carácter económico, en materia minera y en cuanto a la creación de procedimientos administrativos. Análisis normativo del enunciado demandado. Caso concreto. Síntesis de la decisión. Otras determinaciones.

Procede la Sala, en audiencia pública, a decidir la acción de nulidad interpuesta contra un aparte del artículo 1° del Decreto 0935 de 9 de mayo de 2013¹ y la totalidad del artículo 5° del mismo Decreto modificado por el artículo 1° del Decreto 1300 de 21 de junio de 2013², expedidos por la Presidencia de la República.

ANTECEDENTES

1.- En escrito del 16 de julio de 2013 los ciudadanos Margarita Ricaurte Rueda y Andrés Jaramillo Velásquez, en ejercicio del medio de control de nulidad previsto en el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, solicitaron se declarara la nulidad de los artículo 1° (parcialmente) y 5° del Decreto 0935 de 9 de mayo de 2013 este último modificado por el artículo 1° del Decreto 1300 de 21 de junio de 2013, expedidos por la Presidencia de la República, disposiciones normativas cuyo tenor literal es como sigue:

¹ Decreto publicado en el Diario Oficial No. 48785 de 9 de mayo de 2013, pág. 15. Año CXLIX

² Decreto publicado en el Diario Oficial No. 48828 de 21 de junio de 2013, pág. 9. Año CXLIX



Decreto 0935 de 9 de mayo de 2013. Artículo 1°. Artículo 1°. Se entiende que un área es libre para ser otorgada cuando puede ser ofrecida a proponentes y/o solicitantes, ya sea porque nunca ha sido objeto de propuestas o solicitudes anteriores o porque habiendo sido afectada por un título, solicitud o propuesta anterior, estos ya no se encuentran vigentes y han transcurrido treinta (30) días después de hallarse en firme los actos administrativos de la Autoridad Minera o la sentencia ejecutoriada que impliquen tal libertad. Todo acto administrativo o sentencia ejecutoriada relacionado con los títulos terminados y propuestas rechazadas o desistidas, de concesión, de legalización, de formalización, de minería tradicional, deberá ser publicado en la página electrónica de la Autoridad Minera o en el medio que hiciere sus veces, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de su ejecutoria. Así mismo, dentro de este mismo término, deberá inscribirse en el Registro Minero Nacional.

Parágrafo. Las disposiciones contenidas en el presente decreto, respecto del término para considerar libre un área, no serán aplicables a las solicitudes de autorización temporal para vía pública, en razón a la prioridad que este tipo de trámites para obras públicas requiere, a fin de que se pueda acceder a los materiales de construcción en forma expedita, conforme al artículo 116 de la Ley 685 de 2001. (Se demanda el aparte resaltado).

Decreto 0935 de 9 de mayo de 2013. Artículo 5° [Modificado por el Artículo 1° del Decreto 1300 de 21 de junio de 2013]. *Para efectos de soportar la realización de los trabajos de exploración conforme con el literal f del artículo 271 de la Ley 685 de 2001, la autoridad minera o concedente deberá exigir del proponente, persona natural independiente comerciante o no comerciante, persona natural dependiente o persona jurídica, según sea el caso, los siguientes documentos:*

1. En caso de tratarse de persona natural independiente no comerciante:

1.1. Certificado de ingresos expedido por un contador público titulado, en cuyo caso se deberá acompañar copia legible de la tarjeta profesional y certificado de antecedentes disciplinarios del contador.

1.2. Extractos bancarios de los tres últimos meses anteriores a la presentación de esta documentación.

1.3. Registro Único Tributario (DIAN) – RUT actualizado.

2. En caso de tratarse de persona natural independiente comerciante:

2.1. Estados financieros de propósito general básicos, debidamente certificados.

2.2. Extractos bancarios de los tres últimos meses anteriores a la presentación de esta documentación.

2.3. Registro Único Tributario (DIAN) – RUT actualizado.

2.4. Matrícula Mercantil.

3. En caso de tratarse de persona natural dependiente:

3.1. Certificado de ingresos y retenciones expedido por la autoridad competente.

3.2. Extractos bancarios de los tres últimos meses anteriores a la presentación de esta documentación.

3.3. Registro Único Tributario (DIAN) – RUT actualizado, si declara renta.

4. En caso de tratarse de persona jurídica:

4.1. Los estados financieros de propósito general ya sean básicos o consolidados, en este último caso si fuere aplicable, conforme a lo dispuesto en el Decreto reglamentario 2649 de 1993 o las normas que lo modifiquen, sustituyan o adicionen, certificados y dictaminados.

Las sociedades subordinadas o controladas deberán presentar estados financieros consolidados de la matriz o controlante e igualmente de la sociedad solicitante de la propuesta de contrato de concesión minera.

4.2. Certificado de Existencia y Representación Legal de la sociedad con una vigencia no mayor a tres (3) meses, que contemple en su objeto social, expresa y



específicamente, la exploración y explotación mineras, conforme lo establece el artículo 17 de la Ley 685 de 2001.

Parágrafo 1°. El solicitante también podrá soportar la realización de los trabajos de exploración a que hace referencia el presente artículo mediante la presentación de una carta de compromiso de inversión de un tercero. Para tal efecto deberá aportar:

- (i) Certificación de financiamiento firmada por el Representante legal;
- (ii) Certificado de existencia y representación legal de la sociedad en la que contemple en su objeto la inversión o financiación de proyectos o la exploración o explotación mineras;
- (iii) Estados financieros de propósito general ya sean básicos o consolidados, certificados y dictaminados.

Igualmente, se podrá presentar un aval financiero otorgado por un establecimiento de crédito debidamente vigilado por la Superintendencia Financiera, el cual deberá contenerse en una Carta de crédito o su equivalente expedida por el correspondiente establecimiento de crédito.

Parágrafo 2°. La autoridad minera o concedente rechazará las propuestas en los términos del artículo 274 de la Ley 685 de 2001, si después de hacer la evaluación y los análisis financieros con base en la documentación presentada, determina que no cuenta con la suficiencia financiera para realizar las actividades de exploración.

2.- Mediante auto de 25 de noviembre de 2013 el Despacho admitió la demanda, ordenó su notificación personal a la Entidad demandada, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y el Ministerio Público, concedió el término de traslado establecido en la ley para su contestación y ordenó comunicar la existencia de este proceso a la comunidad por conducto de la página web del Consejo de Estado y un medio de comunicación de amplia circulación del orden nacional.

3.- Como en escrito separado los ciudadanos peticionaron la medida cautelar de suspensión provisional de efectos jurídicos del artículo demandado, en auto de 25 de noviembre de 2013 se corrió traslado a la demandada oportunidad en la cual la Nación – Ministerio de Minas y Energía exteriorizó su oposición a la medida solicitada.

4.- En pronunciamiento de 26 de febrero de 2014 el Magistrado Ponente accedió a la medida cautelar de suspensión provisional de efectos de los dos artículos demandados; promovido por la parte demandada recurso de súplica contra esta determinación la Sala Dual en auto de 12 de junio de 2014 resolvió confirmar la decisión inicialmente adoptada.

5.- Noticiado el auto admisorio de la demanda a la Nación – Ministerio de Minas y Energía y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, la primera de ellas dio contestación en memorial de 4 de marzo de 2014 oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones (fls 152-165, c1).



6.- El 8 de septiembre de 2014 se celebró audiencia inicial donde se agotó todo el objeto de la misma.

7.- En auto de 22 de agosto de 2016 se fijó el 19 de septiembre a las 11.00 A.M., como fecha y hora para la realización de audiencia de alegaciones y lectura de fallo, la cual contó con la asistencia de las partes y en Agente del Ministerio Público. En desarrollo de la misma el Magistrado Ponente concedió el uso de la palabra a cada uno a efectos de exponer sus alegaciones así como al Agente del Ministerio Público conceptuó favorablemente a la pretensión de nulidad incoada.

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

CARGOS DE NULIDAD

Cargo de nulidad respecto del artículo 1° del Decreto 0935 de 2013.

Plantearon los actores que la disposición reglamentaria violaba el orden jurídico superior, concretamente los artículos 29, 84 y 189 núm. 11 de la Constitución Política y artículos 4, 16 y 274 de la Ley 685 de 2001.

Luego de recordar que en el ámbito minero las zonas mineras libres para contratar se adjudican a quien primero las solicite y de señalar que se entiende que el área objeto de propuesta se encuentra libre cuando no ha sido solicitada por terceros con anterioridad a la fecha de presentación, o cuando habiéndose presentado propuesta de contrato ésta ha sido rechazada, se ha aceptado el desistimiento del proponente una y otra cosa mediante acto administrativo. También afirmaron que en aquellos casos cuando el área ya ha sido objeto de un título minero ésta queda libre cuando el título se haya terminado por cualquier causa y esa terminación conste en acto administrativo ejecutoriado. Finalmente, indicaron que si el área no está libre se predica una superposición parcial o total del área.

Explicaron que ni la Ley 685 de 2001 ni el Decreto 2655 de 1988 dispusieron un sistema específico para determinar la fecha de libertad de áreas ocupadas por títulos otorgados o por solicitudes en trámite, distinto de lo consagrado en las normas generales del Código Contencioso Administrativo sobre la fecha en que producen efectos los actos administrativos. Recordaron que en vigencia del Decreto 2655 de 1988, específicamente en el Decreto No. 001 de 1993, se adoptó un sistema acorde a



lo establecido en el Código Contencioso Administrativo, esto es, considerar la fecha de libertad del área la del día siguiente a cuando un acto administrativo produce efectos³, sin embargo, como la Ley 685 de 2001 derogó el Código contenido en el Decreto 2655 de 1998 también perdió vigencia lo establecido por el Decreto reglamentario No. 001 de 1993 sobre este punto.

Ahora, cuentan los actores que en vigencia de la Ley 685 de 2001 la Autoridad Minera dispuso, mediante una “carta” remitida por el Viceministro de Minas al Presidente de Minercol Ltda el 17 de octubre de 2001 que las áreas ocupadas quedarían libres en la fecha de anotación en el Registro Minero Nacional del acto administrativo que implicare tal libertad, siendo una fecha posterior y distinta a la ejecutoria del acto administrativo que dependía del arbitrio de los funcionarios del registro *“todo lo cual generó grave inseguridad jurídica, (sic) y fomentó la corrupción administrativa”*.

Cuentan que para solucionar esta problemática la Ley 1382 de 2010 estableció en el artículo 25 que las áreas quedarían libres treinta (30) días después de que se encuentren en firme los actos administrativos definitivos que impliquen tal libertad, sin embargo, con la “caída de la Ley 1382 de 2010” se volvió al anterior régimen, esto es, que ninguna ley preveía un sistema especial para la libertad de las áreas.

En este contexto, señalan que el artículo 1° del Decreto 0935 introduce los treinta (30) días para libertad de las áreas que no se encuentran contemplados en la Ley reglamentada, esto es, la Ley 685 de 2001. Punto este en el que señalan que un decreto reglamentario no puede incluir aspectos no contenidos en la ley “por favorables que parezcan”, pues el decreto en el artículo en cuestión no hace más que repetir la regulación que se encontraba recogida en la Ley 1382 de 2010 sobre este punto.

Arguyeron que es al legislador al quien le corresponde modificar el criterio de libertad de áreas, razón por la cual el aparte en cuestión excedió la potestad reglamentaria atribuida al Gobierno Nacional, por cuanto el Decreto Reglamentario debe limitarse al ámbito material de la ley que pretende reglamentar.

³ Decreto 001 de 1993. Artículo 1°. Las zonas que hayan sido objeto de un título minero o de solicitud del mismo y que por cualquier causa queden libres, únicamente serán susceptibles de otorgamiento cuando se encuentren en firme los actos administrativos que impliquen tal libertad, cuando aquéllos o éstas se refieren a los minerales solicitados. (...)



Señalan, también, que estando vigente la Ley 685 de 2001 el interrogante de cuándo debe entenderse como libre un área que ha estado ocupada debe resolverse aplicando las normas generales del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativos en cuanto a la eficacia de los actos que es al momento en que quedan en firmes, según lo dispone el artículo 87 de ese Código.

Finalmente, consideran que la disposición estudiada vulnera los artículos 4, 16 y 274 del Código de Minas, Ley 685 de 2001, siendo la primera disposición relativa a que sólo se exigirán los requisitos, formalidades, documentos y pruebas que expresamente señale el Código para los respectivos trámites mineros, sin que ninguna autoridad pueda establecer o exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para la procedencia de las propuestas. Por otro tanto, el segundo precepto legal prescribe sobre la validez de la propuesta y el derecho de prelación o referencia que otorga la radicación de la primera solicitud y el tercero dice relación con las causales de rechazo de las propuestas, siendo una de ellas cuando el área pedida se superpone a propuestas o contratos anteriores.

Cargo de nulidad respecto del artículo 5° del Decreto 0935 de 2013.

Plantearon los actores que la disposición reglamentaria violaba el orden jurídico superior, concretamente los artículos 29, 84 y 189 núm. 11 de la Constitución Política y los artículos 4, 271 y 274 de la Ley 685 de 2001.

Luego de transcribir el artículo 271 de la Ley 685 de 2001 sobre los requisitos que debe satisfacer la propuesta de contrato de concesión, los demandantes argumentaron que el artículo demandado agregó una obligación adicional a la propuesta de contrato de concesión que no se encuentra en la Ley 685 de 2001 consistente en demostrar la capacidad económica del proponente.

A continuación hacen una disociación entre el verbo *estimar* (de estimativo de la inversión económica) que se ubica en el artículo 271 de la Ley 685 de 2001 y al que atribuye como significado apreciar, poner precio o evaluar algo y la demostración de capacidad económica para lo cual el artículo demandado exige toda clase de documentos que la ley no contempló.



Además, consideran los demandantes que el artículo comentado viola el 274 de la Ley 685 de 2001 toda vez que establece una causal adicional de rechazo de la propuesta que no se encuentra enlistado dentro de las que trae tal disposición legal.

Así las cosas, los demandantes arguyen que se incurrió en una violación al artículo 84 constitucional toda vez que el Gobierno Nacional estableció requisitos adicionales a los establecidos en la Ley. De la misma manera censuran la violación al artículo 189 núm. 11 constitucional sobre la potestad reglamentaria del Presidente de la República.

Finalmente los ciudadanos describen comparativamente lo relacionado al ítem de capacidad económica del proponente minero en vigencia de la Ley 685 de 2001, la Ley 1382 de 2010 y el Decreto 0935 de 2013 en el artículo demandado. El primero de los cuerpos normativos señala en el literal f) del artículo 271 como una de los requisitos a satisfacer por el proponente “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”; el literal i) de la Ley 1382 de 2010, que adicionó en su artículo 18 dos literales al artículo 271 de la Ley 1382 de 2010, prescribía: “i) cuando se trate de proyectos de más de ciento cincuenta (150) hectáreas, la demostración de la capacidad económica del interesado para adelantar el proyecto minero se hará con sujeción a los parámetros que fije el Ministerio de Minas y Energía, los cuales serán proporcionales al área solicitada” y, finalmente, el artículo 5° del Decreto 0935 de 2013 dispone, en su inciso primero, *“Para efectos de soportar la realización de los trabajos de exploración conforme con el literal f) del artículo 271 de la Ley 685 de 2001, la autoridad minera o concedente deberá exigir del proponente, persona natural independiente comerciante o no comerciante, persona natural dependiente o persona jurídica, según sea el caso, los siguientes documentos: (...) Parágrafo 2°. La autoridad minera o concedente rechazará las propuestas en los términos del artículo 274 de la Ley 685 de 2001, si después de hacer la evaluación y los análisis financieros con base en la documentación presentada, determina que no cuenta con la suficiencia financiera para realizar las actividades de exploración.”*

De lo anterior concluyen que el Decreto, en su artículo demandado, introdujo la obligación de demostrar capacidad económica al proponente minero poniendo de presente los demandantes que tal cosa constituyó un intento del Gobierno Nacional



de implicar algunas de las reformas que habían sido prescritas en la Ley 1382 de 2010 al Código de Minas cuerpo normativo aquel que quedaba sin vigor con la declaratoria de inconstitucionalidad decretada por la Corte en el fallo C-366 de 2010, siendo que tal asunto debía ser tramitada mediante una Ley y no por vía de un decreto reglamentario mediante el uso de la potestad reglamentaria de que goza el Presidente de la República. Finalizan los actores precisando que de lo expuesto se sigue que el artículo 5° del Decreto 0935 de 2013 modificado por el Decreto 1300 del mismo año es nulo por infracción a la norma en la que debería fundarse y por falta de competencia debido al exceso de la potestad reglamentaria.

ARGUMENTOS DE OPOSICIÓN A LA DEMANDA

Nación – Ministerio de Minas y Energía

En escrito del 4 de marzo de 2014 (fls, c1) dicha Entidad se opuso a la prosperidad de la pretensión incoada.

De entrada propuso la Entidad la excepción que denominó “Excepción de ilegalidad – inexistencia de causal de nulidad”, la cual sustentó en que no se había configurado en el caso del Decreto 0935 de 2013 causal de nulidad alguna toda vez que, por el contrario, la actividad del Gobierno Nacional se ajustó perfectamente dentro del ejercicio de la potestad reglamentaria.

Al abordar en detalle los argumentos expuestos en la demanda la Nación – Ministerio de Minas y Energía consideró que el primero de los cargos planteados no estaba llamado a prosperar. Alegó, en su defensa, que no se violaba el ejercicio de la potestad reglamentaria por cuanto el ejercicio de la misma tenía por objetivo “determinar disposiciones nuevas y necesarias para la materialización de la voluntad legislativa”. Sostuvo que, como lo reconocieron los demandantes, era cierto que la Ley 685 de 2001 no había establecido con claridad la determinación de la fecha de las áreas libres de ahí que se imponía establecer tal cuestión por la vía reglamentaria sin que ello vulnera los principios y objetivos de la ley ni desborde la potestad reglamentaria.

Por otro tanto, respecto del segundo de los cargos planteados por los ciudadanos respecto de la ilegalidad del artículo 5° del Decreto 0935 de 2013, el Ente Ministerial



alegó en defensa de dicha norma reglamentaria que los planteamientos de nulidad pierden de vista los objetivos planteados por la Ley 685 de 2001 para el sector minero, siendo estos el aprovechamiento en armonía con los principios y normas de explotación racional de los recursos no renovables y del ambiente y la explotación dentro de un concepto integral de desarrollo sostenible y fortalecimiento económico y social del país. A juicio del demandado el artículo 5° del citado decreto no hace más que precisar detalles necesarios para alcanzar estos objetivos, razón por la cual no se puede dar crédito al alegado desborde de la potestad reglamentaria de la administración *“pues consulta plenamente los objetivos del legislador”*.

Una vez expuestas algunas ideas sobre la titularidad estatal del subsuelo, de la función social en cabeza del Estado de tal bien y el deber de garantizarle un uso adecuado, sostenible y su conservación como principios derivados no solo de la Ley 685 de 2001 sino también de la Constitución Política, el ente demandado sostuvo que al establecer el artículo 271 del Código de Minas información de carácter financiero como requisito para contratar es apenas lógico que esta sea susceptible de verificación. Siendo esta facultad y deber de revisión esencial para garantizar la explotación dentro de un concepto de desarrollo sostenible se incluyó en el Decreto 0935 de 2013 el suministro de información financiera.

Expuso, además, que siendo que el artículo 271 de la Ley 685 de 2001 exige, entre otros requisitos para presentar propuesta de contrato de concesión minera, el estimativo de la inversión económica, resulta lógico que ese estimativo deba ser razonado y realizado con datos ciertos y verificables. Consideró que era deber del Estado, en tanto titular de los recursos naturales, velar por que se realice una inversión económica razonada que evite afectaciones innecesarias del medio ambiente. En este punto se argumenta que conforme a los deberes estatales indicados fue la necesidad y la omisión legislativa la que determinaron el ejercicio de la potestad reglamentaria en este caso. Afirma que en caso de anularse la norma en cuestión el proponente podría hacer cualquier estimativo financiero desprovisto de la más mínima fidelidad y obtener la concesión *“siendo por tanto más exigente obtener una tarjeta de crédito en cualquier supermercado que una concesión minera”*.

Finaliza concluyendo que el artículo exige requisitos mínimos que cualquier persona debe acreditar para que la inversión que dice realizará sea razonable y verificable. Por ende, termina su intervención sosteniendo que la reglamentación demandada no se



aparta de la ley reiterando que una lectura lógica de la norma legal lleva a considera que ese estimativo que se exige debe ser verificable, de no contarse con tales medidas no se establecería una política de planificación que protejan el medio ambiente, la biodiversidad y el patrimonio público.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Agente del Ministerio Público, en el marco de la audiencia de alegaciones emitió su concepto el cual va dirigido a solicitar se estimen las pretensiones de la demanda y en consecuencia se acceda a la declaratoria de nulidad de las dos disposiciones enjuiciadas.

CONSIDERACIONES

1.- Fijación del problema jurídico.

1.1.- Vistos los antecedentes que informan esta causa, los cargos de nulidad planteados, las oposiciones formuladas y el concepto del Ministerio Público, esta Sala encuentra que el *sub judice* plantea un problema jurídico común a los preceptos demandados y que se contrae a determinar si se configuró un exceso de la potestad reglamentaria del Gobierno Nacional y una falta de competencia al regular, en un Decreto reglamentario, materias tales como el término a partir del cual se predica que un área se considera libre para ser objeto de propuesta de contrato de concesión minera o el establecimiento de requisitos documentales demostrativos de suficiencia económica del proponente, para lo cual argumentan los ciudadanos que con ello se violaron los artículo 29, 84 y 189 núm. 11 de la Constitución y los artículos 4, 16, 271 y 274 de la Ley 685 de 2001.

1.2.- Para resolver lo pertinente la Sala, retomando la problemática jurídica propuesta por los ciudadanos, la parte accionada y el Ministerio Público, precisará el alcance de los conceptos adoptados como *ratio decidendi* para sustentar su decisión: (1) La potestad reglamentaria del Gobierno Nacional, (2) El medio de control de nulidad. Características y causales de nulidad, (3) La falta de competencia como vicio de nulidad de los actos administrativos, (4) La intervención del Estado en la economía y particularmente en las actividades mineras; (5) La reserva de ley para modular, limitar o condicionar el ejercicio de ciertas actividades de carácter económico, en materia minera y en cuanto a la creación de procedimientos administrativos, (6) Análisis



normativo de los enunciados demandados y (7) caso concreto. Consideraciones que fundamentan la *ratio decidendi* del caso.

2.- La Potestad reglamentaria⁴.

2.1.- Antes de entrar a estudiar el caso en concreto, la Sala estima conveniente hacer algunas consideraciones sobre la potestad reglamentaria, su origen histórico; su titularidad; su contenido y alcance a la luz de la jurisprudencia, tanto constitucional, como aquella proferida por esta Corporación⁵.

2.2.- Al hablar de la potestad reglamentaria resulta necesario remontarse al debate milenario entre el rey y las corporaciones en procura de la hegemonía por la producción normativa. Conflicto este que en los ordenamientos preconstitucionales se resolvió en favor del monarca; pero que, en el Estado Constitucional se trató de una “(...) pugna secular por la conquista de la hegemonía en el campo de la producción normativa entre el poder ejecutivo y las asambleas representativas; una pugna que ha tenido las más diversas manifestaciones y que está aún lejos de haberse cerrado definitivamente”⁶.

2.3.- La Revolución Francesa significó por muy corto tiempo la inversión de fuerzas en materia normativa, con lo cual el Parlamento recuperó su capacidad absoluta de regulación bajo el pretexto de la ley como manifestación de la voluntad general, lo que implicó para el ejecutivo prácticamente el abandono de la potestad reglamentaria. Sin embargo, la realidad de las cosas y la necesidad de convertir a la administración en el poder central de la revolución hicieron que rápidamente la función administrativa se volviera depositaria de los poderes normativos que caracterizaron durante el viejo régimen al soberano⁷.

2.4.- Sin embargo, no se puede olvidar que en otras latitudes europeas el proceso

⁴ Se reitera, en este punto, lo considerado por la Sala Plena de Sección Tercera sobre la materia en la sentencia de 2 de diciembre de 2013, exp. 41719.

⁵ Véase, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 24 de marzo de 2011. Exp: 36601, C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁶ SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso. Fundamentos de Derecho Administrativo. Tomo I, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces SA. Madrid 1991, p. 690.

⁷ “Las razones que impulsaron este espectacular cambio de criterio pueden adivinarse sin dificultad. La eliminación de la potestad reglamentaria tenía sentido en los momentos iniciales del proceso, cuando dicha potestad hubiera correspondido a un rey y a una corte abiertamente opuestos al proyecto revolucionario; extinguida la monarquía, destruido casi por completo el poder de la nobleza y controlado todo el aparato político por la burguesía triunfante, la transformación completa del sistema económico y jurídico exigía un ejecutivo inequívocamente fuerte respecto al cual carecían de justificación las cortapisas diseñadas para el último de los capetos”. *Ibid.*, pp. 698-699.



entre potestad reglamentaria y legislativa fue diferente. En el modelo germánico, por ejemplo, se presentó una distribución funcional entre Parlamento y Ejecutivo, que en un comienzo fue incipiente pero que se consolidó prácticamente con la Constitución de Weimar de 1919⁸.

2.5.- Ahora bien, la evolución histórica de la figura de la potestad reglamentaria en Colombia ha estado ligada a los altibajos de nuestro constitucionalismo, pues las características del sistema presidencial colombiano han determinado el papel preponderante que la administración históricamente ha cumplido y la han convertido en una fuente indudable e inagotable de normatividad.

2.6.- En cuanto a la titularidad de la potestad reglamentaria, es decir, de la capacidad de producir normas administrativas de carácter general reguladoras de la actividad de los particulares y base para la actuación de las autoridades, resulta claro que la Constitución de 1991 distribuyó dicha potestad entre las diferentes autoridades y organismos administrativos. Desde esta perspectiva, es posible formular una regla general que nos traslada de inmediato a las competencias del Presidente de la República; y unas reglas de excepción, algunas de ellas previstas en la Constitución y otras en la ley, que le entregan la potestad normativa o reglamentaria a otros sujetos de la función administrativa.

2.7.- En este orden de ideas, la *regla general en materia reglamentaria* la tiene el Presidente de la República por dos vías: por una parte, a través de la reglamentación directa de la ley cuando sea indispensable para hacer posible su cumplimiento (Constitución, artículo 189. 11), pues en su condición de Suprema Autoridad Administrativa le corresponde “ejercer la potestad reglamentaria mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarias para la cumplida ejecución de las leyes”; y por otra parte, en los casos en que la Constitución le permite desarrollar directamente sus preceptos normativos, caso en el cual la potestad normativa o reglamentaria es directamente de la Constitución⁹, asunto que en algunas oportunidades la jurisprudencia de esta Corporación denominó como deslegalización de materias en favor de la administración, y que, mirado desde otro

⁸ En la práctica, a diferencia del sistema francés que planteaba una subordinación jerárquica entre el reglamento y la ley, en el caso alemán la ley y el reglamento se encuentran a un mismo nivel normativo, que corresponde a dos puntos horizontales de producción normativa de contenidos materiales diversos.

⁹ Ejemplos de potestad reglamentaria constitucional los encontramos de sobra en las disposiciones transitorias de la Constitución, en donde en varios asuntos se le entrega esta potestad al Presidente de la República.



punto de vista, no es más que el reconocimiento constitucional de la potestad reglamentaria en cabeza del Presidente, no ya a nivel de la ley, sino del acto administrativo de carácter general, pues orgánica y funcionalmente el acto sería administrativo y no legislativo, excepto que el constituyente le hubiera establecido efectos legislativos, como en el caso del artículo 341 inciso 3.º constitucional.

2.8.- Por otra parte se encuentran las *reglas de excepción en materia reglamentaria*, se está frente a estas cuando por mandato constitucional algunos otros organismos del Estado pueden dictar normas con carácter general en asuntos de su competencia¹⁰.

2.9.- Tal es el caso del Consejo Superior de la Judicatura, órgano al que corresponde *“dictar los reglamentos necesarios para el eficaz funcionamiento de la administración de justicia, lo relacionado con la organización y funciones internas asignadas a los distintos cargos y la regulación de los trámites judiciales y administrativos que se adelanten en los despachos judiciales, en los aspectos no previstos por el legislador”* (Constitución, artículo 57.3). Situación similar se plantea frente al Consejo Nacional Electoral, el cual deberá *“reglamentar la participación de los partidos y movimientos políticos en los medios de comunicación social del Estado”* (Constitución, artículo 265. 9).

2.10.- Así mismo, la Junta Directiva del Banco de la República goza de una facultad normativa directa y excluyente, pues está facultada para *“regular la moneda, los cambios internacionales y el crédito”* (Constitución, artículo 71 inciso 2º). La Contraloría General de la República y las contralorías departamentales y municipales gozan de poderes similares, pues según lo previsto en la Constitución se les permite, respectivamente, *“prescribir los métodos y la forma de rendir cuentas, los responsables del manejo de fondos o bienes de la nación e indicar los criterios de evaluación financiera, operativa y de resultados que deberán seguirse”,* y *“dictar normas generales para armonizar los sistemas de control fiscal de todas las entidades públicas del orden nacional o territorial”* (Artículo 268, numerales 1 y 12, en concordancia con el 272).

¹⁰ Sobre la potestad reglamentaria dispersa, esto es, no en cabeza del Presidente de la República, véase, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 14 de abril de 2010, Exp.: 31223. C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.



2.11.- En este orden de ideas, resulta claro que la potestad reglamentaria en cabeza del Presidente de la República constituye una simple regla general, objeto de excepciones previstas en el mismo texto constitucional y así lo ha reconocido la Corte Constitucional:

“En materia de potestad reglamentaria existe una cláusula general de competencia en cabeza del Presidente de la República, pero la Constitución ha previsto, de manera excepcional, facultades de reglamentación en otros órganos constitucionales. Esas facultades especiales de reglamentación, ha dicho la Corte, encuentran su fundamento en la autonomía constitucional que tienen ciertos órganos, y están limitadas, materialmente, por el contenido de la función a cuyo desarrollo autónomo atienden y, formalmente, por las previsiones que la Constitución haya hecho sobre el particular. Desde esta perspectiva formal, la potestad reglamentaria que constitucionalmente tienen asignada ciertos órganos constitucionales se limita a aquellos ámbitos expresamente mencionados en la Constitución, sin que por consiguiente, respecto de determinadas materias sea posible afirmar la concurrencia de dos competencias reglamentarias, la general propia del Presidente del República y la especial, que sin estar expresamente atribuida, se derivaría del carácter autónomo del órgano que la ejerce. No, de acuerdo con la Constitución las competencias reglamentarias especiales son aquellas expresamente conferidas por la Constitución y por fuera de ese ámbito, la potestad reglamentaria para la cumplida ejecución de las leyes corresponde al Presidente de la República”¹¹.

“La potestad reglamentaria, entendida como la capacidad de producir normas administrativas de carácter general, reguladoras de la actividad de los particulares y fundamento para la actuación de las autoridades públicas, la tiene asignada de manera general, en principio, el Presidente de la República, en virtud de lo dispuesto en el artículo 189-11 de la Carta Política, quien puede ejercerla en cualquier momento sin necesidad de que la ley así lo determine en cada caso. 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”¹².

2.12.- Finalmente, respecto de la titularidad de la potestad reglamentaria, es decir, de la posibilidad de expedir actos normativos de carácter general, se ha reconocido que los ministerios también gozan de dicha competencia. En este sentido, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

“(…) Tal como lo establece el artículo 208 de la Carta Política, los ministros, junto con los jefes de departamentos administrativos, son los jefes de la Administración en su respectiva dependencia.

En concordancia con esta preceptiva, la Ley 489 de 1998, que regula aspectos vinculados con la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, ha dispuesto que los ministerios son organismos pertenecientes a la rama ejecutiva del poder público (Art. 38 ibídem), que son los principales órganos de la Administración (Art.

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia C-307 del 30 de marzo de 2004. Magistrados Ponentes: Rodrigo Escobar Gil, Manuel José Cepeda y Alfredo Beltrán Sierra.

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



39 ídem) y que, con los departamentos administrativos y las superintendencias, constituyen el Sector Central de la Administración Pública Nacional (ídem).

El fundamento constitucional de las competencias asignadas a los ministerios también se encuentra normado por el artículo 208 de la Carta. El canon prescribe que a los ministros les corresponde “formular las políticas atinentes a su despacho, dirigir la actividad administrativa y ejecutar la ley”, todo ello bajo la dirección del Presidente de la República.

De igual forma, en acogimiento de los preceptos constitucionales, la Ley 489 de 1998 ha establecido que los ministerios son entidades cuyo destino es “la formulación y adopción de las políticas, planes generales, programas y proyectos del Sector Administrativo que dirigen” (Art. 58. íbidem).

Ahora bien, entre las funciones concretas asignadas por la Ley a los ministerios, resaltan las contenidas en los numerales 2º, 3º y 6º del artículo 59 de la misma Ley, a saber:

“Artículo 59. Funciones. Corresponde a los ministerios y departamentos administrativos, sin perjuicio de lo dispuesto en sus actos de creación o en leyes especiales:

“2. Preparar los proyectos de decretos y resoluciones ejecutivas que deban dictarse en ejercicio de las atribuciones que corresponden al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa y dar desarrollo a sus órdenes que se relacionen con tales atribuciones.

“3. Cumplir las funciones y atender los servicios que les están asignados y dictar, en desarrollo de la ley y de los decretos respectivos, las normas necesarias para tal efecto.

“6. Participar en la formulación de la política del Gobierno en los temas que les correspondan y adelantar su ejecución.

Del cuadro normativo precedente se deduce que la función de los ministerios en la estructura orgánica nacional es la de ser, bajo la dirección del presidente de la República, la máxima autoridad administrativa en el área correspondientemente asignada y que, en ejercicio de dicha función, los primeros pueden formular y adoptar políticas atinentes a su despacho, pero, además, ejecutar la Ley en el ámbito de su especialidad.

Ahora bien, dado que a los ministerios se les encargan las funciones preestablecidas puede decirse, en conexión con la potestad de reglamentación que les asiste, que éstos organismos tienen una competencia residual de regulación que debe ejercerse de manera subordinada a la potestad reglamentaria del Presidente de la República, pero, tal como se dijo anteriormente, exclusivamente en el área correspondiente a su especialidad.

“En los anteriores términos, no resulta inconstitucional que una ley atribuya, de manera directa, a los Ministros del Despacho, competencias para expedir normas de carácter general sobre las materias en ella contenidas, cuando tales normas correspondan a regulaciones de carácter técnico u operativo, dentro de la orbita competencial del respectivo Ministerio, por cuanto, en ese caso, la competencia de regulación tiene el carácter de residual y subordinada respecto de aquella que le corresponde al Presidente de la Republica en ejercicio de la potestad reglamentaria”¹³. (Subrayas fuera del original)

2.13.- En similar dirección apunta la jurisprudencia del Consejo de Estado cuando admite que es potestad administrativa de los ministerios y demás dependencias administrativas y no del Presidente de la República en ejercicio de la potestad reglamentaria, reglamentar mediante actos generales los asuntos que legalmente les corresponda. Así lo ha dejado claro la Corporación en multiplicidad de fallos, entre los que se destaca el siguiente:

¹³ Corte Constitucional, Sentencia C-917 de 2002. M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.



“(…) Cuando la ley ordena que determinada materia sea regulada por un Ministerio, con ello quiere dar a entender el legislador que se hace innecesario hacer uso de la potestad reglamentaria consagrada en el artículo 189, numeral 11, de la Carta Política, adscrita al Presidente de la República, quien la ejercita con el Ministro o el Director del Departamento Administrativo respectivo. Sabido es que una cosa es hablar del Gobierno, entendiendo éste como presidente y Ministro o Director del Departamento Administrativo respectivo, conforme lo prevé el inciso 3o. del artículo 115 de la Carta Política, y otra muy diferente es hablar de una función administrativa que le corresponde únicamente al Ministro por mandato de la ley, porque aquí juega papel importante uno de los principios que rigen la actuación administrativa, como es el de la desconcentración de funciones”¹⁴.

2.14.- Ahora bien, otro punto importante al estudiar la potestad reglamentaria es el referente a su contenido y alcance. Sin duda alguna, dicha potestad normativa está en directa relación con los poderes de orientación política, dirección, estructuración, regulación, diseño y fijación de directrices para el cometido de los fines estatales asignados a la administración; todo esto, como es obvio, dentro del contexto de los principios y parámetros constitucionales y legales respectivos. Es decir, la potestad normativa de la administración o de hacer normas rectoras de la actividad estatal, en cuanto privilegio funcional, es de naturaleza subordinada y dependiente de las normas de carácter superior. Sería absurdo pensar en la posibilidad de una potestad normativa de la administración ausente o inmune al principio de la legalidad.

2.15.- Por su parte, la Corte Constitucional, en diversos pronunciamientos, ha estudiado el contenido material de la potestad reglamentaria, sosteniendo que se trata de un tema siempre problemático y complejo, sobre todo en la definición de sus límites materiales frente a la ley; no obstante reconoce que, en lo que si hay consenso, es en que, en toda materia sometida por el Constituyente a reserva de ley, no se admite normativa reglamentaria de no haber sido tratada previamente por el legislador, pues es este el llamado a producirla y, en consecuencia, que la reglamentación de la administración depende directamente del texto legal, quedando habilitada la administración directa e intemporalmente, no de manera exclusiva el Presidente de la República, por la sola presencia y existencia de la ley, para ejercer la potestad reglamentaria que considera oportuna y necesaria con el propósito de cumplir, hacer viable y ejecutorio los postulados de la norma legal.

2.16.- Así, en opinión de la Corte, la potestad reglamentaria constituye un importante y trascendental ejercicio de elaboración material y objetivo de normatividad general

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección I. Sentencia del 26 de febrero de 1998. Exp.-4500. Ernesto Rafael Ariza.



tendiente hacer viable el cumplimiento de la ley, haciendo explícito lo implícito en ella, determinando dentro de los marcos legales circunstancias de tiempo, modo, lugar y demás aspectos técnicos, que en cada caso exige el cumplimiento de la ley¹⁵.

2.17.- De manera concreta, tanto la jurisprudencia del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional han definido un marco conceptual para el estudio y análisis del alcance y límites de la potestad reglamentaria en el derecho colombiano.

2.18.- Así, en cuanto a su alcance general el Consejo de Estado, consideró que “(...) *El numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política le asigna al Presidente de la República la atribución de “Ejercer la potestad reglamentaria mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes”. La potestad reglamentaria es la expresión por excelencia de la función administrativa que ejerce el Presidente de la República. Es una facultad del gobierno para expedir normas generales, impersonales y abstractas para lograr la cumplida ejecución de las leyes. El acto reglamentario tiene su marco general en la ley para proveer la adecuada ejecución de ésta, precisando circunstancias o pormenores no contenidos en ella, por no haber sido regulados o por no ser de carácter sustancial. Ciertamente es imposible que la ley contenga todos los requisitos y pormenores indispensables para su cabal aplicación. No es posible que la ley tome en consideración los diversos casos particulares que se puedan comprender en determinada materia. La ley sienta los principios generales y el decreto reglamentario los hace operantes o los particulariza para hacer viable la aplicación de la ley. De consiguiente, so pretexto del ejercicio de la potestad reglamentaria mal puede ampliarse el ámbito de aplicación de la ley. El acto reglamentario debe aportar entonces los detalles, los pormenores de ejecución o aplicación de la ley; hace explícito lo implícito en ella; facilita su entendimiento y comprensión. Pero no puede extender su ámbito más allá de la ley. No es posible que el reglamento contenga normas que le están reservadas al legislador; no puede adicionar la ley, cambiarla,*

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencias C-557 y C-606 de 1992 (M.P.: Ciro Angarita Barón), C-228 de 1993 (M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa), C-022 (M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz), C-206 (M.P.: José Gregorio Hernández Galindo) y C-216 de 1994 (M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa), C-539 de 1995 (M.P.: Antonio Barrera Carbonell), C-100 (M.P.: Alejandro Martínez Caballero), C-138 (M.P.: José Gregorio Hernández Galindo), C-433 (M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz), C-451 (M.P.: José Gregorio Hernández Galindo y Hernando Herrera Vergara) y C-629 de 1996 (M.P.: Carlos Gaviria Díaz), C-028 (M.P.: Alejandro Martínez Caballero), C-290 (M.P.: Jorge Arango Mejía), C-350 (M.P.: Fabio Morón Díaz), C-428 (M.P.: José Gregorio Hernández Galindo, Alejandro Martínez Caballero y Vladimiro Naranjo Mesa) y C-512 de 1997 (M.P.: Jorge Arango Mejía), C-066 (M.P.: Fabio Morón Díaz y Alfredo Beltrán Sierra), C-302 (M.P.: Carlos Gaviria Díaz), C-372 (M.P.: José Gregorio Hernández Galindo), C-509 (M.P.: José Gregorio Hernández Galindo) y C-579 de 1999 (M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz).



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”¹⁶.

2.19.- Por otra parte, en relación con las acciones precisas de la administración para su desarrollo, esta Corporación ha señalado que la potestad reglamentaria debe “(...) *entenderse como la facultad para expedir normas generales, impersonales y abstractas para lograr la cumplida ejecución de las leyes. De tal manera, el ejercicio de la facultad reglamentaria no puede desconocer el marco general de la ley, pues su ejercicio sólo se justifica en la medida en que, para proveer a la adecuada ejecución de ésta, se requiera precisar circunstancias o pormenores no contenidos en ella, por no haber sido regulados. En efecto, como resulta imposible que la ley contenga todas las previsiones indispensables para su cabal cumplimiento, corresponde al reglamento precisar los pormenores necesarios para la ejecución de la ley, es decir “hacer explícito lo implícito”¹⁷.*

2.20.- En cuanto a sus límites, esta Corporación ha indicado que “(...) *el Presidente de la República en ejercicio de la potestad reglamentaria no puede dictar disposición alguna que viole una ley cualquiera, no sólo la que dice desarrollar o ejecutar sino todas las normas que tengan carácter legislativo (...)*”¹⁸ y que so pretexto de reglamentar una norma, el decreto reglamentario no puede, en ejercicio de la facultad mencionada, modificar, ampliar o restringir el sentido de la ley dictando nuevas disposiciones o suprimiendo las contenidas en las mismas, porque ello no sería reglamentar sino legislar¹⁹.

2.21.- Así las cosas, se puede concluir, en primer lugar, que el alcance de la potestad reglamentaria varía en atención a la extensión de la regulación legal²⁰. Al respecto, la Corte Constitucional ha establecido que:

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 9 de julio de 1996. Exp. 854, C.P.: Roberto Suárez Franco.

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección I. Sentencia del 21 de julio de 2001. Exp. 6378, C.P.: Olga Inés Navarrete Barrero. En este sentido, véase también, Sección I, Sentencia del 7 de junio de 2001. Exp. 6067, C.P.: Manuel Santiago Urueta Ayala y Sentencia del 28 de agosto de 1997. Exp. 4355, C.P.: Juan Alberto Polo Figueroa.

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección I, Sentencia del 15 de mayo de 1997. Exp. 4015-4068, C.P.: Juan Alberto Polo.

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección III. Auto del 2 de febrero de 2005. Exp. 28615, C.P.: Alier Eduardo Hernández.

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de agosto 21 de 2008, Exp.: 0294-04 y 0295-04, C. P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.



“(…) [L]a doctrina y la práctica han demostrado que la potestad reglamentaria del ejecutivo es inversamente proporcional a la extensión de la ley. De suerte que, ante menos cantidad de materia regulada en la ley, existe un mayor campo de acción para el ejercicio de la potestad reglamentaria, y viceversa.

¿Qué factores determinan que ello ocurra?

En esencia, la mayoría de las veces, el ejercicio íntegro o precario de la potestad de configuración normativa depende de la voluntad del legislador, es decir, ante la valoración política de la materia a desarrollar, el Congreso de la República bien puede determinar que regula una materia en su integridad, sin dejar margen alguna a la reglamentación o, por el contrario, abstenerse de reglar explícitamente algunos aspectos, permitiendo el desenvolvimiento posterior de las atribuciones presidenciales de reglamentación para que la norma pueda ser debidamente aplicada.

No obstante, esta capacidad del Congreso para determinar la extensión de la regulación de una institución, tiene distintos límites que vienen dados por las especificidades de las materias objeto de dicha regulación. Así, por ejemplo, el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política, somete a estricta reserva legal, entre otras, la regulación de materias tales como impuestos o leyes estatutarias. Para esta Corporación, es claro que la regulación de los elementos esenciales de materias sometidas a reserva de ley y que recaigan sobre asuntos administrativos, no son susceptibles de ser regulados a través del ejercicio de la potestad reglamentaria, salvo en cuestiones accesorias y de detalle, so pena de contrariar disposiciones imperativas de raigambre Superior (C.P. arts. 152 y 338).”²¹

2.22.- Además, también es forzoso concluir que la potestad reglamentaria exige que el legislador previamente expida una regulación básica o “*materialidad legislativa*”²², con base en la cual el Gobierno promulgue la reglamentación correspondiente; “*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*”²³.

2.23.- En otras palabras, la potestad reglamentaria no es absoluta, sus límites están determinados en la Constitución y la ley y, en consecuencia, el Ejecutivo no puede alterar o modificar el contenido y espíritu de la ley, “*ni puede reglamentar leyes que no ejecuta la administración, como tampoco puede desarrollar aquellas materias cuyo contenido está reservado al legislador*”²⁴.

2.24.- En este sentido, el Consejo de Estado ha establecido que la potestad reglamentaria se encuentra limitada por dos criterios, a saber: *la competencia y la*

²¹ Corte Constitucional, Sentencia C-432 de 2004. M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

²² Corte Constitucional, Sentencia C-474 de 2003. M.P.: Eduardo Montealegre Lynnet.

²³ Corte Constitucional, Sentencia C-290 de 1997. M.P.: Jorge Arango Mejía.

²⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-028 de 1997. M.P.: Alfredo Martínez Caballero.



*necesidad*²⁵. El primero se refiere a la extensión de la regulación que el Legislador defiere al Ejecutivo “*de manera que le está prohibido, socapa de reglamentar la ley, adicionar nuevas disposiciones, por lo que debe entonces, para asegurar la legalidad de su actuación, limitarse al ámbito material desarrollado por el legislativo*”²⁶.

2.25.- De otra parte, la necesidad del ejercicio de la potestad reglamentaria se funda en el carácter genérico de la ley. Así, si la regulación legal agota el objeto o materia regulada, la intervención del Ejecutivo no deviene indispensable²⁷. En este sentido, la jurisprudencia de esta Corporación estableció que:

“Los límites del poder reglamentario de la Ley, los señala la necesidad de cumplir debidamente el estatuto desarrollado; si los ordenamientos expedidos por el Congreso, suministran todos los elementos necesarios para su ejecución, el órgano administrativo nada tendrá que agregar y por consiguiente, no habrá oportunidad para el ejercicio de la potestad reglamentaria. Pero, si en ella faltan los pormenores necesarios para su correcta aplicación, opera inmediatamente la potestad para efectos de proveer la regulación de esos detalles”.²⁸

2.26.- Así mismo, para la Sala resulta oportuno señalar como la reserva de ley constituye un límite a la potestad reglamentaria. En relación con este tema, la jurisprudencia constitucional ha señalado que, en primer lugar, se “*hace referencia a la prohibición general de que puedan establecerse restricciones a los derechos constitucionales fundamentales en fuentes diferentes a la ley*”²⁹.

2.27.- No obstante, la expresión “*reserva de ley*” también se utiliza como sinónimo de “*principio de legalidad*” o de “*cláusula general de competencia del Congreso*”, a partir de lo cual “*todos los temas pueden ser regulados por el órgano legislativo mediante ley y que la actividad de la administración, a través de su potestad reglamentaria, debe estar fundada en la Constitución cuando se trate de disposiciones constitucionales con eficacia directa, o en la ley*”³⁰.

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 14 de abril de 2010, Exp.: 36054, C.P.: Enrique Gil Botero.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia de Septiembre 5 de 1997, Exp.: 8308. C. P.: Germán Ayala Mantilla y Sección Cuarta, Sentencia de mayo 5 de 2003. Exp.: 13212 C. P.: Ligia López Díaz.

²⁸ Cfr. Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 21 de agosto de 2008, Exp. 0294-04 y 0295-04, C.P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren

²⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-1262 de 2005. M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

³⁰ *Ibidem*.



2.28.- Igualmente, la reserva de ley define aquellos eventos en los que el constituyente insta al legislador a regular determinadas materias en razón de su trascendencia³¹.

2.29.- El efecto de la reserva de ley se traduce en *“la obligación de que las prescripciones normativas que regulen materias propias de esa técnica, consten en disposiciones que pertenezcan a cuerpos normativos de rango legal”*³², lo cual implica que tales materias únicamente pueden ser reguladas por el Ejecutivo en razón de una ley de facultades extraordinarias o de decretos legislativos de estados de excepción, pero nunca a través de la potestad reglamentaria del Gobierno³³:

“La técnica de reserva de ley se refiere a la exigencia, dentro del ordenamiento jurídico, que ciertas materias se regulen necesariamente mediante normas con fuerza de ley. Dicho de otra manera, los asuntos reservados a las normas legislativas, no pueden ser regulados mediante decretos reglamentarios ni resoluciones. ... todos los preceptos constitucionales en los que existe reserva de ley imponen la obligación que los aspectos principales, centrales y esenciales de la materia objeto de reserva estén contenidos (regulados) en una norma de rango legal. Es decir, en la ley en cualquiera de las variantes que pueden darse en el Congreso de la República, decretos leyes, o decretos legislativos. Las materias que son objeto de reserva de ley pueden ser ‘delegadas’ mediante ley de facultades extraordinarias al Ejecutivo para que sea éste quien regule la materia mediante decretos leyes. Pero las materias objeto de reserva de ley no pueden ser ‘deslegalizadas’, esto es, el legislador no puede delegar al Ejecutivo que regule esa materia mediante reglamento, en desarrollo del artículo 189.11 de la Constitución”³⁴.

2.30.- Así las cosas, el Legislador puede delimitar una materia y permitir que se desarrolle y concrete mediante actos administrativos, siempre y cuando no se trate de asuntos amparados con reserva legal³⁵.

2.31.- Ahora bien, en materia de derechos fundamentales, la Corte Constitucional ha considerado que los límites de la potestad reglamentaria deben ser mayores. Así, la Corte sostuvo que *“(...) en materia de derechos fundamentales el único órgano competente para establecer limitaciones es el Congreso de la República. La reserva de ley en materia de regulación de derechos fundamentales, como el derecho al*

³¹ *Ibidem*.

³² Cita en la cita: “Las normas con rango de ley en nuestro ordenamiento jurídico son: la leyes expedidas por el Congreso en cualquiera de sus modalidades (arts 150, 151 y 152 C.N), los decretos con fuerza de ley expedidos por el Ejecutivo con fundamento, tanto en normas constitucionales (por ejemplo arts. 212, 213 y 215 C.N), como en las facultades extraordinarias otorgadas por el Congreso (art 150.10 C.N) y demás decretos leyes, tales como los que se dictan en virtud del artículo 241 de la Constitución, entre otros.”

³³ Corte Constitucional, Sentencia C-372 de 2009. M.P.: Nilson Pinilla Pinilla.

³⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-1265 de 2005. M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

³⁵ Corte Constitucional, Sentencias C-570 de 1997. M.P.: Carlos Gaviria Díaz y C-1191 de 2001, M.P.: Rodrigo Uprimny Yeyes.



trabajo o el derecho a escoger y ejercer profesión u oficio, constituye una de las primordiales garantías de estos derechos, frente a posibles limitaciones arbitrarias de otros poderes públicos o de particulares. Así, las materias reservadas no pueden ser objeto de transferencia, pues con ello se estaría vulnerando la reserva de ley establecida por la propia Constitución”³⁶.

2.32.- Por último, cabe señalar que la potestad de reglamentaria, puede ser trasladada o reconocida a otros organismos de la administración a través de la expedición de actos generales para cumplir o hacer cumplir la ley. Así lo ha señalado el Consejo de Estado:

“(…) El Presidente de la República es, sin duda, el titular constitucional de la potestad reglamentaria, pero ello no obsta para que dentro de su ámbito de competencia y nivel de subordinación jerárquica y normativa, las demás autoridades administrativas adopten medidas de carácter general a fin cumplir o hacer cumplir las disposiciones superiores relativas a los asuntos a su cargo. Las autoridades administrativas, como lo ha precisado esta Corporación, están investidas de las facultades o potestades propias de la administración, dentro de las cuales está justamente la reglamentaria, de allí que los actos administrativos generales pueden emanar de cualquier autoridad administrativa, en lo que concierna a los asuntos a su cargo”³⁷.

3.- El medio de control de nulidad. Características y causales de nulidad³⁸.

3.1.- La pretensión de nulidad desarrollada en el artículo 137 CPACA³⁹ es una acción de naturaleza objetiva, pública, popular, intemporal, general e indesistible a través de la cual cualquier persona podrá solicitar directamente o por medio de su representante, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, que un acto administrativo, incurso en alguna de las causales establecidas en la ley, pierda su fuerza ejecutoria por declaración judicial de nulidad en beneficio del ordenamiento jurídico y la legalidad⁴⁰.

³⁶ Sentencia C-606 de 1992, M.P.: Ciro Angarita Barón.

³⁷ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección II, Sentencia del 19 de agosto de 2004. exp. 2473-1, C.P.: Alberto Arango Mantilla.

³⁸ Acápite tomado de SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III. Contencioso Administrativo. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 134-140. Se ajustaron las referencias normativas pertinentes acorde a las disposiciones vigentes, esto es, la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sin alterar la esencia de lo allí expuesto.

³⁹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 4 de marzo de 2003. exp. 8302, C.P.: Manuel Santiago Urueta Ayola: “En cuanto a la titularidad de la acción, se observa que la de nulidad es una acción popular, abierta a todas las personas, cuyo ejercicio no necesita del ministerio de un abogado [...] En cuanto a la oportunidad para ejercer la respectiva acción, la de nulidad no tiene por lo general término de caducidad, de manera que puede utilizarse en cualquier tiempo [...] En relación con los efectos de la sentencia, la que se produce en proceso de nulidad los tiene *erga omnes*, si la decisión es anulatoria; en caso contrario, cuando no se accede a las pretensiones de la demanda, esos efectos se limitarán a los motivos de nulidad invocados por la actora [...] la de nulidad no es desistible, cualquier persona puede coadyuvar o impugnar la demanda”.

⁴⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-513 de 1994, M.P.: Antonio Barrera Carbonell: “La acción de nulidad tiene un sólido soporte en el principio de legalidad que surge, principalmente, del conjunto normativo contenido en los arts. 1, 2,



3.2.- Se califica de objetiva, en la medida en que a través de su ejercicio sólo se puede pretender la preservación del ordenamiento jurídico y el principio de legalidad⁴¹. Implica, por lo tanto, el desarrollo de una pretensión de carácter general dirigida a restablecer la juridicidad en interés de la comunidad y el Estado de derecho. De aquí que así mismo se predique su carácter de pública y popular, en la medida en que la preservación del ordenamiento jurídico no puede ser exclusivamente de interés de unos pocos o una carga funcional privativa de las autoridades. Respecto del mantenimiento de las instituciones jurídicas, históricamente se ha considerado que es una responsabilidad pública, una legitimidad abierta en cabeza de cualquier persona que advierta las rupturas al sistema jurídico ocasionadas con la entrada en vigencia de un acto administrativo que lo desconozca. Desde esta perspectiva, la acción puede ser intentada por cualquier persona natural o jurídica, nacional o extranjera, de derecho público, privado o internacional⁴². Lo importante para las instituciones es que los conflictos suscitados entre un acto administrativo y el ordenamiento jurídico sean objeto de conocimiento por la jurisdicción de lo contencioso administrativo y ésta produzca una decisión declarando lo que corresponda frente al litigio y resolviéndolo de manera tal que produzca su decisión efectos generales, esto es, *erga omnes*.

3.3.- Lo objetivo de la acción implica así mismo una especial técnica de impugnación por parte del ciudadano interesado y de análisis jurídico por el juzgador. Se trata de la confrontación entre una norma superior que se argumenta trasgredida o violentada, y un acto administrativo al cual se le atribuye la infortunada virtud de ser causante de la trasgresión o violación; confrontación de la cual debe surgir una decisión declarativa de la existencia o no de violación al ordenamiento jurídico, en caso afirmativo

6, 121, 123, inciso 2o., 124 de la C.P., pero así mismo tiene su raíz en las normas que a nivel constitucional han institucionalizado y regulado la jurisdicción de lo contencioso administrativo (arts. 236, 237-1-5-6 y 238).”

⁴¹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 5 de mayo de 1998, exp. S-719, C.P.: Juan de Dios Montes Hernández: “No procede la excepción denominada carencia de legitimidad por parte del actor para promover la acción instaurada, porque siendo incoada la de nulidad de simple, cuyo propósito según lo establece la ley y lo repite la jurisprudencia es el control de la legalidad objetiva, interés de carácter general por esencia, cualquier persona está legitimada para ejercerla”.

⁴² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 9 de diciembre de 1991. C.P.: Guillermo Chahín Lizcano. En esta providencia la corporación acogió la tesis de que sólo los ciudadanos estaban legitimados para interponer la acción de nulidad. En aquella oportunidad el Consejo de Estado se fundamentó en el texto del artículo 40 C.N. de 1991, que indica: “todo ciudadano tiene derecho de participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede: [...] 6. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley”. Desde esta perspectiva se abandona el carácter de acción popular, por el de una acción ciudadana, con las consecuentes limitaciones que implicaba para su ejercicio. Esta posición jurídica fue revisada por la corporación, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia 31 de julio de 1996, C.P.: Silvio Escudero Castro, recuperando el carácter de acción popular para la nulidad; no sólo en razón de que la acción de nulidad pretende la defensa del orden jurídico abstracto, sino también porque no sería lógico ni constitucional limitar el ejercicio de los mecanismos de defensa.



sancionando la manifestación de voluntad de la administración con nulidad. La acción de nulidad no conlleva pretensión diferente, por lo tanto, no le corresponde al juez hacer un pronunciamiento distinto, ni mucho menos producir declaración alguna respecto de la situación de las personas sobre las cuales el acto declarado nulo produjo efectos jurídicos.

3.4.- Por regla general, la acción de nulidad no tiene un término específico de caducidad, según lo dispone el artículo 164, núm. 1º, lít. a) CPACA, la acción de nulidad podrá ejercitarse en cualquier tiempo a partir de la expedición del acto, lo importante es que el acto aun esté surtiendo efectos jurídicos⁴³. Por otra parte, una vez puesta en marcha una acción de nulidad, el impetrante de la misma no podrá

⁴³ Este aspecto, el de que el acto administrativo aún esté produciendo efectos jurídicos, como presupuesto para el ejercicio de la acción de nulidad, no ha sido de aceptación pacífica en la jurisprudencia colombiana. El Consejo de Estado, en Sentencia de Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 14 de enero de 1991, C.P.: Carlos Gustavo Arrieta Padilla, hace un importante recuento de esta inconstancia jurisprudencial: en primer lugar, señala que la corporación se ha pronunciado en el sentido de que sería inoperante un fallo de nulidad sobre un acto de carácter general derogado o revocado, ya que si estaba viciado de nulidad, la actividad de la administración restableció el orden jurídico; por lo tanto, “el pronunciamiento jurisdiccional carecería de objeto”. Entre otras, señala como providencias en esta dirección las sentencias del 11 de julio de 1962, exp. 929; del 14 de febrero de 1979, exp. 994; del 18 de julio de 1975; del 13 de marzo de 1979, exp. 518; del 12 de julio de 1988, exp. 387; del 12 de octubre de 1989, exp. 522; del 24 de noviembre de 1989, exp. 1062. En segundo lugar, la corporación también se ha pronunciado en sentido contrario, aceptando la posibilidad de providencias de fondo en acciones de nulidad sobre actos derogados o revocados, esto es, negando la posibilidad de la “sustracción de materia”. Como ejemplo de esta posición se invoca la sentencia del 17 de agosto de 1984, de la Sección Cuarta, exp. 9524, en la cual se indicó: “Basta que una norma jurídica de carácter general haya tenido vigencia por un pequeño lapso de tiempo para que la jurisdicción de lo contencioso administrativo deba pronunciarse ante una demanda de nulidad”. El argumento fundamental de esta segunda tesis consiste básicamente en prevenir actuaciones tendenciosas de la administración que hagan nugatoria la acción de nulidad. “Subyace la preocupación por la burla a la ley que pudiese resultar de la estricta interpretación de la primera de las posiciones planteadas, ya que de hecho se sustraería del control jurisdiccional aquellas disposiciones derogadas por la administración al momento en que se fuera a decidir sobre su legalidad”. En la providencia en estudio de la Sala Plena de 1991, la corporación recogió la segunda de las posiciones jurídicas indicando al respecto: “un acto administrativo, aun si ha sido derogado, sigue amparado por el principio de legalidad que lo que efectivamente restablece el orden vulnerado no es la derogatoria del acto, sino la decisión del juez que lo anula, o lo declara ajustado a derecho”. Es de advertir que esta tesis se expuso a propósito de un acto administrativo demandado en acción de nulidad y derogado durante el transcurso de la misma. Esta tendencia jurisprudencial, según lo expuso el Consejo de Estado en sentencia de Sala Plena del 8 de febrero de 1996, exp. 5475, C.P.: Luis Eduardo Jaramillo M., no se aplica en los casos en que el acto ha sido derogado o revocado con anterioridad al ejercicio de la acción de nulidad, caso en el cual se produciría sin discusión la sustracción de materia. En el salvamento de voto a esta última providencia los consejeros Carlos Betancur Jaramillo y Juan de Dios Montes Hernández expusieron: “El acto de contenido general no solo deberá estar vigente al momento de dictarse la sentencia”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 16 de febrero de 2001, exp. 3531, C.P.: Olga Inés Navarrete: “Esta corporación ha precisado que, no obstante haber pedido si vigencia el acto demandado, es imperativo el estudio de fondo del mismo, en atención a los efectos que pudo producir durante el tiempo en que rigió. Así lo ha expresado en varios de sus fallos: ‘De otra parte, en cuanto al tema de la sustracción de materia, la Sala Plena del Consejo de Estado prohijó durante mucho tiempo la aplicación de la teoría de la sustracción de materia, tratándose de actos que han sido derogados o sustituidos por otros, o que han dejado de regir, o que produjeron todos sus efectos’. Se consideró que en tales eventos resultaría inútil e inócua un pronunciamiento de mérito, por cuanto al haber desaparecido el acto de la vida jurídica, surgía la sustracción de materia y por consiguiente la sentencia adolecería de falta de objeto práctico. Sin embargo, dicha tesis tuvo algunas variantes, en el sentido de considerar que, dado que el acto administrativo pudo haber producido efectos durante su vigencia, es menester un pronunciamiento de fondo sobre su legalidad. Este último criterio ha sido mayoritario a partir de Consejo de Estado, Sala Plena. Sentencia del 14 de enero de 1991, C.P.: Carlos Gustavo Arrieta Padilla. A partir del fallo de 1991 antes citado, la jurisprudencia de esta corporación ha sido optado por el fallo de mérito cuando quiera que el acto administrativo examinado haya desaparecido del universo jurídico por derogatoria”.



desistir, en razón de que está de por medio el interés general y no el simple particular del accionante.

3.5.- La nulidad procede previa configuración procesal de algunas de las causales establecidas por el legislador en el artículo 137 CPACA, que dicho sea, se ha edificado sobre la base del respeto a un complejo principio de legalidad, que se fundamenta ante todo en el acatamiento al marco orientador de todo el sistema jurídico como lo es la Constitución del Estado colombiano. El marco genérico del régimen de causales de nulidad de los actos administrativos es siempre la Carta Política, es más, cada una de las causales de manera directa se relaciona de una u otra manera con los principios, valores y normas constitucionales. En este sentido, referirse a la acción de nulidad en materia contencioso administrativa es acercarse sin lugar a dudas a un importante juicio de constitucionalidad y de legalidad⁴⁴ sobre los actos de quienes ejercen funciones administrativas con el fin de que se declara la misma por la autoridad contenciosa correspondiente, salvo que se hubiere purgado la misma conforme lo ha establecido nuestra jurisprudencia⁴⁵.

3.6.- De manera específica, las razones para la anulación de los actos administrativos se relacionan con la infracción a las normas en que debería haberse fundado el acto administrativo, disposiciones estas que se supone fueron desconocidas o vulneradas por las autoridades al momento de su expedición. Como se observa, la generalidad de la redacción del legislador permite deducir sin mayores esfuerzos que se incorpora en esta descripción la totalidad de la base normativa y conceptual, de principios y valores aplicables a cada acto administrativo en el derecho colombiano, lo que implica

⁴⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 3 de marzo de 1995, exp. 2691, C.P.: Miguel González Rodríguez: “Para la Sala, la excepción de inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones no está llamada a prosperar. En efecto, como lo advirtió esta corporación, y ahora lo reitera, la distinción que hace el excepcionante: que la declaratoria de nulidad se predica de los actos administrativos, mientras que la de inconstitucionalidad responder por una acción de inexequibilidad, aplicable para los actos de ley, es inadmisibles ya que la acción de nulidad no sólo puede dar lugar a un juicio de legalidad sino también de constitucionalidad, dado que los actos administrativos no solamente pueden violar la ley sino la Constitución, y para hacer efectivo el control jurisdiccional frente a este último evento la Carta Política lo instituyó en cabeza de esta jurisdicción (arts. 237.2 y 238)”.

⁴⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 8 de abril de 1997, exp. S-650, C.P.: Amado Gutiérrez Velásquez: “El fenómeno jurídico denominado ‘purga de ilegalidad’ que hace parte del tema de la convalidación, según el cual se considera no viciado de nulidad un acto administrativo que ilegal en el momento de su nacimiento si la norma quebrantada ha desaparecido de la vida jurídica por derogatoria, subrogación o declaratoria de inexequibilidad o nulidad, producidas antes de que el juez contencioso administrativo hubiera proferido el fallo; también si ha recibido sustento legal posterior a su expedición. El fenómeno jurídico de la ‘purga de ilegalidad’ estudiada por la Corte Suprema de Justicia (sentencia del 29 de mayo de 1933) y por esta corporación (Sección Primera. Sentencia del 24 de abril de 1980), forma parte de uno más amplio, conocido como convalidación de actos administrativos, que otorga efectos hacia atrás en cuanto atribuye validez a la disposición desde su origen, es decir ex tunc. No obstante, carece de aplicación en el caso en examen, pues la Ley 100 de 1993 está inspirada en la filosofía contraria a la sustentada por el suplicante, y no se entienden convalidados con su expedición los actos administrativos demandados, pues escapan a la posibilidad de saneamiento los actos proferidos con carencia absoluta de competencia”.



necesariamente que dentro de ella queden incorporadas las normas constitucionales que son la base y esencia del sistema. Luego todo juicio de nulidad de un acto administrativo implica en esta perspectiva lógica un acercamiento al texto constitucional y a sus bases sustentadoras, no se trata de un simple enjuiciamiento de legalidad sub constitucional.

3.7.- Agrega en esta misma dirección el artículo 137 CCA que la nulidad también puede provenir de la incompetencia del funcionario o del organismo que produjo el acto administrativo, sin limitarla al simple desconocimiento de normas de competencia simplemente legales. Es decir, el análisis de las competencias administrativas para el juez contencioso administrativo involucra necesariamente las que el constituyente hubiere establecido para las autoridades en cada caso concreto, es más, el simple desconocimiento de una regla de competencia administrativa lleva de por sí una ruptura institucional, si se tiene en cuenta que en los artículos 121 y 123 inciso 2° C.N. se ordena y obliga a todos los servidores públicos a ejercer sus funciones en los términos establecidos en la Constitución, la ley o el reglamento.

3.8.- Se sanciona así mismo con nulidad a todo acto administrativo que sea expedido en forma irregular, irregularidad ésta que puede provenir del desconocimiento de los parámetros establecidos en la Constitución Política. Si se trata de la vulneración de las exigencias simplemente legales o administrativas, también se violaría la Carta Fundamental, en cuanto que, como lo anotábamos a propósito de la causal anterior, están de por medio los artículos 121 y 123 inciso 2° C.N. que son perentorios al determinar que los poderes y funciones de las autoridades deben ejercerse en los estrictos términos señalados en las disposiciones constitucionales, legales o administrativas.

3.9.- Se ubica en la base de las nulidades de los actos administrativos el desconocimiento sustancial al debido proceso, causal que debe en consecuencia ser analizada y entendida conforme a lo dispuesto en el artículo 29 C.N. en concordancia con lo establecido en los artículos 42 y 44 CPACA que obligan al respeto y acatamiento del concepto sustancial del debido proceso como presupuesto para la expedición de cualquier decisión por parte de quienes ejercen funciones administrativas. La causal que enmarcamos dentro de este contexto señala que los actos administrativos serán nulos por el desconocimiento del derecho de audiencia y defensa. La Sola referencia al artículo 29 C.N. implica que el juicio y análisis de esta



causal debe llevar al juez contencioso administrativo necesariamente a un estricto control de constitucionalidad del acto administrativo y la decisión que adopte se fundará estrictamente en reflexiones en torno a la Carta Fundamental.

3.10.- En relación directa con el debido proceso se ha desarrollado en el derecho administrativo la causal de nulidad por falsa motivación, a través de la cual se recogen todas las irregularidades objetivas emanadas de los fundamentos de hecho y de derecho de las decisiones de quienes ejercen funciones administrativas.

3.11.- Aproximarse a las razones de anulación de los actos significa abordar, igualmente, los principios, propósitos y finalidades del orden constitucional del Estado. según dispone el artículo 137 CPACA, los actos administrativos deberán ser declarados nulos por el juez contencioso administrativo cuando hubieren sido el producto de la desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió; esto es, nos encontramos en materia de causales de nulidad ante la institucionalización del abuso de poder en materia administrativa como mecanismo perturbador del orden jurídico, principalmente del orden constitucional del Estado, en cuanto atenta contra los propósitos y finalidades del mismo, que para el caso colombiano se encuentran perfectamente determinados en los artículos 2°, 123 inciso 2° y 209 C.N. El desvío o el abuso de poder implica actuaciones subjetivas de los servidores públicos en beneficio de sus propios intereses, luego significa desconocer la objetividad que debe reinar en toda actuación pública y el consecuente respeto al interés general⁴⁶.

4.- La falta de competencia como vicio de nulidad de los actos administrativos.

4.1.- El de falta de competencia es uno de aquellos vicios invalidantes de los actos administrativos reconocidos por el derecho positivo colombiano. Así lo dispone el inciso segundo del artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo al preceptuar que se declarará la nulidad de los actos *“cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que debería fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de defensa y audiencia, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.”* (Resaltado propio).

⁴⁶ Sobre las causales de nulidad de los actos administrativos puede consultarse el tomo II de este Tratado, capítulo octavo, donde se aborda en detalle cada una de sus razones de invalidez.



4.2.- En la estructura dogmática de los vicios invalidantes la falta de competencia se ubica como un vicio externo al acto⁴⁷ toda vez que es alrededor del sujeto activo que expidió la decisión el eje sobre el que gravita el debate jurídico en orden a determinar si es éste al que el ordenamiento le ha reconocido la aptitud para actuar como legítimo portador de la voluntad estatal, concretamente como autoridad normativa, y le faculta para dictar actos de naturaleza administrativa creadores de situaciones jurídicas particulares y concretas o de carácter general, en tanto manifestación de poder reglamentario.

4.3.- Ello responde, en esencia, al hecho de que el de competencia es un concepto normativo toda vez que es el propio derecho el que prescribe el modo, forma y condiciones de producción de las normas jurídicas (autorregulación) y en este escenario es que tiene lugar la determinación de los sujetos que fungen como autoridades normativas con poder decisorio para emitir actos jurídicos. Por tal razón, la averiguación sobre si un sujeto de derecho público es competente no es un asunto que demande reflexiones internas en torno a la decisión, esto es, su ilicitud, imposibilidad o inexistencia, ni su motivación o finalidad, sino que se contrae a indagar, en el marco del universo jurídico vigente, si tal o cual contenido normativo podía ser emitido por cierta autoridad administrativa.

4.4.- El atributo de la competencia, entonces, debe ser entendido como la posibilidad que tiene una determinada persona, esto es, un órgano público o un particular de proferir o realizar un acto productor de determinados cambios normativos, que repercutirán en quien lo produce o un tercero, reconocido por el ordenamiento jurídico superior, siempre que se sigan los pasos establecidos para tal fin, o lo que es lo mismo, mientras se dé el estado de cosas dispuesto en la norma jurídica que establece la competencia.

4.5.- De observarse lo reglado, se tendrá que la competencia atribuida a un sujeto –y su resultado- ha sido llevada a cabo de manera adecuada, mientras que, de no ser así, el acto jurídico ejecutado en contravención se verá expuesto a la consecuencia de la nulidad y se dirá que no se llevó a cabo con éxito la competencia otorgada⁴⁸.

⁴⁷ Cfr. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II. Acto Administrativo. 4º ed., 2003, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 264.

⁴⁸ Atienza y Ruiz Manero, califican a las reglas de competencia o aquellas que confieren poderes como de carácter constitutivo que no participan de la categoría de normas deónticas: “el “poder” de una regla que confiere poder es el de alcanzar determinados resultados normativos por el hecho de que, dadas ciertas circunstancias, efectuamos una acción



4.6.- Sobre este punto vale recordar, con Kelsen, que *“Cuando una norma califica el acto de cierto individuo como supuesto jurídico o consecuencia de derecho, esto significa que sólo ese individuo es “capaz” de realizar dicho acto; o sea que sólo él es “competente” para realizarlo (usado el término en un sentido más amplio)”*⁴⁹ de manera que las consecuencias de contar o no con esta atribución repercutirán en el ejercicio de la actuación desplegada por el órgano, pues *“Sólo si este individuo capaz y competente realiza o deja de realizar el acto, pueden producirse la acción o la omisión que de acuerdo con la norma constituyen la condición o la consecuencia jurídicas”*⁵⁰; mientras que Hart señala que la infracción a tales normas no se puede asimilar como *“un castigo establecido por una regla para que uno se abstenga de las actividades que la regla prohíbe (...) [sino que] simplemente dichas reglas no le acuerdan reconocimiento jurídico”*⁵¹. En esta misma línea, esta Corporación ha dicho que la incompetencia es *“la falta de poder legal para tomar esas decisiones o proferir providencias necesarias o inherentes a la actividad administrativa o jurisdiccional”*⁵².

4.7.- Así las cosas, una perspectiva analítica del vicio de incompetencia en el acto administrativo permite, a la vez, distinguir entre incompetencia en razón a la materia, al territorio, tiempo, por el grado de horizontalidad o verticalidad, por usurpación de poder o por la presencia de funcionarios de hecho. Sobre tales cuestiones la doctrina ha precisado lo siguiente:

“1. incompetencia “*ratione materiae*”

Se caracteriza esta incompetencia porque se concreta sobre la materia u objeto específico del acto (en este sentido, FORSTHOFF se pronuncia por vicios de la competencia objetiva)⁵³, esto es, sobre las potestades otorgadas por el ordenamiento a los órganos o sujetos de la administración. Constituye la regla general en materia de incompetencia y puede decirse que, en su mayoría, las otras modalidades de incompetencia son especificidades suyas. En sentido estricto, podemos identificar la incompetencia en razón de la materia, comprobando “si el acto considerado está

que, por otro lado, puede estar permitida, ser obligatoria o estar prohibida; lo opuesto a poder, en este segundo caso, es ser incompetente, es decir, no tener capacidad para producir un determinado resultado normativo; y, finalmente, las reglas que confieren poder no pueden tampoco incumplirse, pero no por la razón por la que no pueden incumplirse las permisiones, sino porque ellas no son normas deónticas: lo único que cabe con las reglas que confieren poder es usarlas con éxito o no.” ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos. 2ª edición, 2004. Barcelona, Ariel. Pág. 99.

⁴⁹ KELSEN, Hans. Teoría General del Derecho y del Estado. 2º edición, 1958. Universidad Nacional Autónoma de México. Pág. 106.

⁵⁰ KELSEN, Hans. *Ibíd.*, pág. 106.

⁵¹ HART. H.L.A. El concepto de derecho. 3ª edición, 2ª reimpression, 2012. Buenos Aires, Abeledo Perrot. Pág 43.

⁵² “Si en estricto sentido la competencia se refiere solo a la aptitud para tomar decisiones, o sea emitir actos jurídicos, se tiene que la incompetencia es la falta de poder legal para tomar esas decisiones o proferir providencias necesarias o inherentes a la actividad administrativa o jurisdiccional.” Consejo de Estado, Auto de 31 de julio de 1980.

⁵³ FORSTHOFF. *Tratado*, cit., pp. 318 y 320.



incluido en la lista de las decisiones permitidas al órgano administrativo”⁵⁴.

Esta incompetencia puede depender de las siguientes circunstancias:

- El ejercicio por parte de los sujetos administrativos de competencias de que carecen;
- El ejercicio por parte de los sujetos administrativos de competencias inexistentes para cualquiera de los órganos de la administración, y
- Exceso en las competencias delegadas.

2. incompetencia “*ratione loci*” o territorial

Como su nombre lo indica, es el ejercicio de competencias con violación de las circunscripciones territoriales o ámbito territorial asignado a cada órgano o funcionario de la Administración Pública; puede depender de las siguientes circunstancias:

– Por proferirse actos, por una autoridad administrativa, para que surtan efectos en el espacio territorial de otra; como lo indica ESCOLA, en estas oportunidades el “órgano pretende ampliar su ámbito de acción dictando actos que sean aplicables o produzcan sus efectos naturales fuera de los límites territoriales que tienen señalados...”⁵⁵.

– Por proferirse, por una autoridad administrativa, decisiones por fuera de las demarcaciones geográficas de la entidad a que pertenece; se configura el vicio porque, a no dudarlo, la capacidad o competencia orgánica va unida indisolublemente a la jurisdicción territorial⁵⁶. En ambas oportunidades, como lo indica la doctrina tradicionalmente, se configura una usurpación interorgánica entre entidades de un mismo rango (por ejemplo: entre municipios, entre departamentos).

En derecho colombiano, se podría presentar este tipo de vicios entre organismos con un marco territorial definido para el ejercicio de sus atribuciones. Entre otros encontramos los pertenecientes a la llamada descentralización territorial, a los que la ley ha otorgado un ámbito de actuación específico.

Debemos, para efecto de una mayor claridad, a propósito de este ejemplo, diferenciar en esta oportunidad los fenómenos de la desconcentración y de la descentralización, admitidos constitucionalmente en el artículo 209, pues con el primero de ellos se estructuran algunas situaciones de excepción que no pueden considerarse como vicios por incompetencia territorial. De acuerdo con la primera de dichas instituciones, encontramos algunas actividades realizadas en el territorio de las entidades territoriales, a nombre de la nación, sin que se presente irregularidad alguna en razón de que la desconcentración es otra de las modalidades del ejercicio de competencias administrativas. Este evento se daría principalmente por vía de la delegación.

La nación, de manera general, tiene jurisdicción (en consecuencia, ejerce competencias) en todo el territorio de la República. Las entidades territoriales, por el contrario, la que les corresponde, la deben ejercer de manera restrictiva al interior de sus territorios, sin posibilidad de que sus competencias desborden sus marcos fronterizos y se ejerzan desconcentradamente en otras jurisdicciones.

Sucede lo anterior por la forma concreta y específica en que la Constitución y la ley han limitado los ámbitos territoriales de las entidades con la concreta finalidad de que sólo en este territorio sean desarrolladas sus competencias y en razón del carácter eminentemente jerarquizado, en consecuencia, de absoluto respeto de la legalidad

⁵⁴ ÁLVAREZ-GENDÍN. *Tratado*, cit., p. 349.

⁵⁵ ESCOLA. *Tratado*, cit., p. 84.

⁵⁶ FORSTHOFF. *Tratado*, cit., p. 318.



con que actúa la desconcentración; impide esta característica que la administración de las entidades pueda ampliar *motu proprio* sus esferas de acción.

3. incompetencia “*ratione temporis*”

Se presenta en los casos en que las competencias asignadas a un órgano o funcionario deben ser ejercidas bajo condición temporal. Estaremos frente a una incompetencia de esta clase cuando dichas competencias son ejercidas en las siguientes oportunidades: antes del tiempo o momento en que legalmente le correspondía actuar al funcionario respectivo; con posterioridad al vencimiento de la oportunidad en la cual podía válidamente, la administración, adoptar la decisión.

Casos concretos del ejercicio de competencia bajo condición temporal los encontramos en las estipulaciones que, sobre administración departamental y municipal, consagran la Constitución Política y sus respectivos desarrollos legales. En especial, en lo que tiene que ver con el ejercicio de precisas funciones que de manera temporal son otorgadas por las asambleas y concejos a los gobernadores y alcaldes, respectivamente.

Estas funciones corresponde ejercitarlas en el período de tiempo *–pro tempore–* que el mismo acto que las confiere determine; de no ser así, el acto que se expida estaría incurso en la causal que nos ocupa.

4. incompetencia en razón del grado de horizontalidad

En estos casos se configura el vicio en razón de la violación, por parte de la administración, de la independencia funcional de que gozan los poderes legislativo y judicial. Como lo expusimos a propósito de los vicios por violación de la Constitución, estamos ante evidentes usurpaciones funcionales pero por la vía del desconocimiento de competencias legales. El órgano administrativo en estos casos invade el ámbito de acción de algunas de las ramas del poder público; ejemplo de ello lo encontramos en los casos en que el Ejecutivo resuelve destituir al secretario general de la Cámara de Representantes o del Senado de la República, o cuando mediante decreto le da al Contralor o Procurador General de la Nación funciones que son claramente asignadas a las respectivas cámaras del Congreso Nacional; o cuando el Ejecutivo, sin las facultades de que trata el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política, resuelve legislar en los asuntos que de manera general corresponden al Congreso Nacional.

Igual situación se presenta frente al poder judicial; serían nulos aquellos actos de la Administración Pública que se arroguen competencias tanto administrativas como jurisdiccionales de esta rama del poder público. No puede el Ejecutivo, por ejemplo, nombrar o destituir jueces o magistrados, designar dignatarios de la Corte Suprema de Justicia o del Consejo de Estado o, dado el caso, administrar justicia, porque ésta es competencia del poder judicial.

Estos vicios de incompetencia, en razón de la horizontalidad, pueden darse así mismo al interior de la Administración Pública en aquellos casos en que uno de sus órganos invada las funciones administrativas de otro, por ejemplo, cuando el ministro de Hacienda profiere un acto administrativo de los que corresponde dictar al ministro de la Defensa Nacional, o cuando el Superintendente de Sociedades ejercita funciones de la Superintendencia de Notariado y Registro.

Lo característico de este tipo de anomalías de la competencia es que se da entre organismos no ligados de ninguna manera por un grado de jerarquía; actúan en la Administración Pública nacional de manera paralela, o corresponden a diversas ramas del poder público.

5. incompetencia en razón del grado de verticalidad



Al contrario de lo anterior, en este tipo de incompetencia existe algún grado de jerarquización entre los organismos y entre los sujetos de la Administración Pública en los cuales se presenta la usurpación funcional. Al introducirnos en el presente acápite de la incompetencia fuimos claros en señalar el carácter de normas de derecho público –en consecuencia inmutables por parte de la administración– que tienen aquéllas que determinan las competencias administrativas.

La competencia no puede ser modificada sino por quien la ha instituido. Consecuentes con este planteamiento, baste indicar que el grado de jerarquía existente entre funcionarios administrativos o entre organismos de la Administración Pública no los faculta para variar la competencia establecida por normas superiores. El superior jerárquico, salvo excepciones contempladas en la ley o reglamento que determine la competencia, no podrá asumir las que correspondan a su inferior, mucho menos el inferior atribuirse las de su superior.

Ejemplo típico en el ámbito nacional lo encontramos en aquellas hipótesis en que el Presidente de la República resuelve nombrar o destituir alcaldes municipales, función que ejercen los gobernadores de departamento. A escala interna, por ejemplo en aquellas eventualidades en que un jefe de sección o un director administrativo resuelve ejercer las funciones otorgadas por el reglamento o la ley al jefe de personal o director de vigilancia.

6. competencia de los funcionarios de hecho

Se trata de una interesante excepción a la teoría de la incompetencia. En nuestro medio, el funcionario de hecho es un servidor público que no genera, respecto de los actos que produzca, vicio alguno en razón de las deficiencias con que ejerce el cargo. Se presenta en los casos de existir un funcionario público que aparentemente ejerce las funciones públicas que le corresponderían si hubiere sido designado de manera legítima, creando tal impresión al conglomerado social, no obstante existir en sus condiciones o procedimientos de designación graves violaciones de la ley⁵⁷. Al respecto la doctrina indica: "... la situación jurídica de titular de atribuciones del Estado solamente se adquiere por el individuo investido de un cargo público en los términos que las leyes determinan [...] el costo de nombramiento o de elección del funcionario o empleado público condicionará para éste la atribución en la situación jurídica referida y la posibilidad legal de asumir todas las facultades y obligaciones del cargo para el cual ha sido investido..."⁵⁸.

En este sentido, nuestra legislación ha establecido una serie de requerimientos para tener acceso a los cargos públicos, los cuales deben ser cumplidos en su integridad tanto por los aspirantes como por las autoridades nominadoras. Los requerimientos se pueden resumir en los siguientes: calidades genéricas, calidades específicas para el acceso a la Administración Pública, inhabilidades, incompatibilidades e inelegibilidades y mecanismos constitucionales y legales de provisión de empleos. De por sí se busca, con el cumplimiento de estos requisitos, no sólo la seguridad jurídica propia de toda sociedad organizada, sino también eficiencia e idoneidad en el desempeño de todas aquellas funciones que pretenden el bien común de la sociedad. Sin el lleno de estos presupuestos en los términos que indica la norma sobre la función pública no se puede proveer un cargo. De hacerse, se configuraría el fenómeno del funcionario de hecho. En igual sentido, se sostiene la existencia de un servidor público de estas características en todos los casos en que se ejerza un empleo sin el lleno del cumplimiento de los requisitos constitucionales o legales.

Es, pues, en este contexto que los funcionarios públicos adquieren su condición de

⁵⁷ SAYAGUEZ LASO. *Tratado*, cit., supra, nota 86, p. 300: "Se denomina habitualmente funcionario de hecho a la persona que, sin título o con título irregular, ejerce funciones públicas como si fuese verdadero funcionario..."; FRAGA. *Derecho administrativo*, cit., p. 158.

⁵⁸ Idem.



tales. No se podrán considerar como “funcionarios legítimos o *de jure* los individuos que hayan ingresado a dichos cargos sin sujetarse a las leyes respectivas”⁵⁹.

En consecuencia, la teoría del llamado funcionario de hecho se refiere exclusivamente, *ab initio*, al modo de ingreso a la función pública; *a posteriori*, a los efectos de sus actos en el mundo jurídico.

Es precisamente en este campo donde surte efectos evidentes el planteamiento hecho; de manera general pudiéramos decir que si el acto ha provenido de un funcionario incompetente, estaría totalmente viciado de nulidad por esta circunstancia. No obstante, la doctrina tradicionalmente ha considerado que no siempre la actividad desarrollada por este tipo de funcionarios podrá considerarse violatoria de la legalidad. En efecto, se ha considerado, y en este sentido compartimos ampliamente el planteamiento, que los actos proferidos por los funcionarios de hecho en cuanto a sus efectos frente a terceros no se tendrán como irregulares, en cuanto la “investidura plausible” del sujeto que detenta el cargo público hace que amerite la credibilidad de los asociados sobre su validez.

La apariencia de legalidad con que un funcionario de esta clase ejerce un cargo previamente establecido, sumada a la presunción de legalidad que el común de la gente encuentra en las actuaciones de la Administración Pública, hace que los errores de ésta no se trasladen como cargas generales que la comunidad deba soportar. En el caso de regímenes institucionales normales, anota SAYAGUEZ LASO, “... el fundamento esencial radica en el interés de la administración de que los particulares, sin averiguaciones previas, admiten como regularmente investidos a los funcionarios y por lo tanto capacitados para realizar válidamente los actos propios de sus funciones...”⁶⁰.

Debemos agregar que las razones de conveniencia para la necesaria conservación de la credibilidad institucional y certeza jurídica, las cuales el Estado debe procurar frente a los particulares, hacen inevitable que las actuaciones de los funcionarios de hecho constituyan importante excepción, en cuanto a la configuración de vicios por incompetencia.

Entre nosotros, la doctrina está acorde con los anteriores razonamientos. BETANCUR JARAMILLO indica, precisamente, que en determinadas eventualidades “... la teoría del funcionario de hecho [...] permite que sus actos puedan ser asimilados a los expedidos por agentes legalmente investidos de autoridad...”⁶¹⁶².

5.- La intervención del Estado en la economía y particularmente en lo concerniente a las actividades mineras.

5.1.- El Constituyente de 1991 eligió un sistema de economía social de mercado, según el cual, la dirección de la misma corresponde al Estado, a quien le compete intervenir a fin de evitar o corregir las denominadas fallas del mercado, garantizar el pleno empleo de las fuerzas económicas, preservar la libre competencia de quienes concurren al mercado, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, etc, de

⁵⁹ *Ibíd.*, p. 158.

⁶⁰ SAYAGUEZ LASO. *Tratado*, cit., pp. 303 y 304.

⁶¹ BETANCUR JARAMILLO. *Derecho procesal administrativo*, cit., p. 144.

⁶² SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo II, cit, p. 378-383.



acuerdo a los postulados vertidos en los artículos 333⁶³ y 334⁶⁴ de la Constitución Política, tal como ha sido advertido por la jurisprudencia constitucional:

“La conjunción de los interés privados a través de la adopción de un modelo de libertad económica, fundado en la libre iniciativa, libertad de empresa, libertad de establecimiento y libre competencia económica (C.P. art. 333), junto al reconocimiento de la potestad de intervención del Estado en la economía, con el propósito de dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos para el desarrollo normal de una vida digna; ha permitido a esta Corporación, entender que nuestra economía con sujeción a las disposiciones de la Carta Fundamental, se regula bajo las premisas de la denominada “*economía social de mercado*”, según la cual las reglas de la oferta y la demanda deben estar al servicio del progreso y desarrollo económico de la Nación.”⁶⁵

5.2.- En este contexto, debe decirse que el referente constitucional del artículo 333, dirigido a garantizar la libertad de empresa e iniciativa económica, vinculado estrechamente con la protección y garantía del derecho a la propiedad y el libre desarrollo de la personalidad, supone, para los particulares, la libertad de emprender cualquier tipo de actividad comercial y/o empresarial, de manera libre y autónoma; advirtiendo que este derecho, como todos los demás de raigambre constitucional y legal, puede ser limitado por el Estado⁶⁶, en ejercicio de la cláusula competencial habilitante del mismo artículo, al señalar que “la ley determinará el alcance de la

⁶³ Constitución Política de Colombia. Artículo 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

⁶⁴ Constitución Política de Colombia. Artículo 334. -Artículo modificado por el artículo 1º del Acto Legislativo 3 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:- La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario.

El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar, de manera progresiva, que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo al conjunto de los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones.

⁶⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-865 de 2004.

⁶⁶ Puntualmente sobre esta cuestión la Corte Constitucional ha considerado lo siguiente: “No obstante, en los términos del artículo 333, **las libertades económicas no son absolutas**. Esta disposición señala que la empresa tiene una función social que implica obligaciones, prevé que la libre competencia supone responsabilidades, e indica que la ley delimitará el alcance de la libertad económica “cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”. Con base en esta disposición de la Carta, la jurisprudencia constitucional ha concluido que las libertades económicas **son reconocidas a los particulares por motivos de interés público**.⁶⁶ Por esta razón, en reiterada jurisprudencia, esta Corporación ha aclarado que las libertades económicas no son en sí mismas derechos fundamentales.”. Sentencia T-197 de 2012.



libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.”.

5.3.- Por lo tanto, la intervención del Estado en la economía reviste un carácter restrictivo, razón por la cual, la regla general, como se explicó, consiste en la garantía de la libertad de empresa e iniciativa privada⁶⁷, cuestión que se entiende claramente cuando se verifica el inciso primero del artículo 333, ya mencionado, que dispone: “La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio nadie podrá exigir permisos precios ni requisitos, sin autorización de la ley.”

5.4.- Es por tal razón que la economía social de mercado, establecida en la Constitución de 1991, supone, para el particular un derecho general de libertad⁶⁸, entendido como “una facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar un patrimonio”⁶⁹, mientras que para el Estado, como es característico en el marco del Estado de Derecho, opera una suerte de limitante jurídica en su actuación, por vía del concepto jurídico de competencia⁷⁰, razón por la cual sólo podrá intervenir en el decurso de un actividad económica, cuando así lo disponga una ley para tal efecto, cuestión que quiere decir, adicionalmente, que se trata de un asunto revestido con reserva de ley. Dicho en otras palabras, el derecho de libertad de empresa implica la asunción de una posición jurídica concreta susceptible de modulaciones por cuenta del Estado pero, a su vez, revestida de un

⁶⁷ Sobre la libertad de empresa anota Rodolfo Arango: “Ella está garantizada como un derecho constitucional y puede entenderse como una concreción del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad. Es claro que con la garantía de la libertad de empresa queda excluido el marco constitucional un sistema económico que prescindiera de dicha libertad, bien sea porque la proscriba o porque en la práctica la anula al adoptar una economía centralmente dirigida.”. ARANGO, Rodolfo. Derechos, constitucionalismo y democracia. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 2004. págs. 166-167.

⁶⁸ Una formulación del derecho general de libertad se encuentra en Robert Alexy cuando dice que éste se explica de la siguiente manera: (2) Si x es una acción (hacer u omisión) y no está prohibida por una norma jurídica formal y materialmente constitucional, entonces está permitida la realización de x”. ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. 1ª edición, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993, p, 337.

⁶⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-425 de 1992. No obstante, es preciso advertir que la jurisprudencia constitucional ha precisado que del artículo 333 constitucional se desprenden dos clases de libertades, una consistente en la libertad de empresa (en donde a su vez se encuentra la libertad contractual y de iniciativa privada) mientras que por otro lado se encuentra la libertad de competencia (de donde se desprenden derechos a concurrir y hacerse parte en el mercado, la libertad de ofrecer sus productos y/o servicios y de contratar con cualquier consumidor. Véase en general: Sentencias C-524 de 1995, C-616 y C- 815 de 2001, C-389 de 2002, C-992 de 2006, C-197 de 2012, entre otras.

⁷⁰ “El atributo de la competencia, en general, debe ser entendida como la posibilidad que tiene una determinada persona, esto es, un órgano público o un particular de proferir o realizar un acto productor de determinados cambios normativos, que repercutirán en quien lo produce o un tercero, reconocido por el ordenamiento jurídico superior, siempre que se sigan los pasos establecidos para tal fin, o lo que es lo mismo, mientras se dé el estado de cosas dispuesto en la norma jurídica que establece la competencia”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Pleno de Sección Tercera. Auto de 17 de octubre de 2013, exp. 45679.



amparo administrativo y judicial a fin de defenderlo de intromisiones injustificadas (en tanto que no exista disposiciones legislativa que avale ello) o desproporcionadas (atentatorias del núcleo esencial del derecho de libertad):

“El modelo constitucional de libertad económica, sustenta y soporta el reconocimiento de un claro e inequívoco derecho de carácter subjetivo, que no obstante caracterizarse por poseer un núcleo esencial aparentemente intangible, surte efectos plenos en cabeza de sus titulares, quienes pueden reclamar en todo momento y hora, mediante los procedimientos judiciales o administrativos correspondientes, que se les garantice el mismo y que además les proteja de las agresiones o desconocimientos por parte de cualquier actor dentro del tráfico jurídico⁷¹

El modelo constitucional de la libertad económica y el consecuente reconocimiento de los derechos subjetivos que hemos destacado, no son absolutos. La libertad en mención no es incompatible con el ejercicio de los poderes públicos interventores no solo policivos, sino también regulatorios en procura de su adecuación a los causes del interés público y general, hipótesis que se funda incluso en los mismos trabajos conceptuales de sus predicadores supremos dentro de las construcciones teóricas neoliberales⁷², debiéndose respetar en todo caso, su núcleo esencial, que si bien es cierto lo hemos entendido como aparentemente intangible, de todas maneras concentra la idea rectora de la subsistencia de la libertad, luego por vía de la intervención no se puede llegar a suprimirla, o materialmente desaparecerla⁷³.

(...)

La libertad económica en cuanto elemento que coadyuva a la sustentación del sistema Constitucional es parte integrante del mismo, y de ninguna manera una rueda suelta o sin puerto seguro dentro del mismo. Hace parte del contexto constitucional y así debe ser siempre entendida, produciendo unos efectos sustanciales que correspondan a su naturaleza y propósito. Bajo este entendido debe articularse con los demás postulados también básicos de nuestro sistema Constitucional, como lo puede ser en primer lugar el del Estado social y democrático de derecho. Relación supeditada al equilibrio y la ponderación, en relación con cada caso concreto, de manera que sin desconocer la esencia de cada uno de estos postulados básicos del sistema se puedan modular de manera coherente y permanente.”⁷⁴

5.5.- En lo que respecta a la actividad de exploración y explotación minera⁷⁵, vale decir que la intervención del Estado en este campo económico se encuentra razonablemente justificada en términos constitucionales dada la necesidad de modular y ponderar en una justa medida intereses encontrados entre la iniciativa privada y la libertad económica, por un lado, y el deber estatal de proveer

⁷¹ PAREJO ALFONSO. Estudio preliminar al libro Libertad de empresa en el Estado social de derecho, cit., p. 25.

⁷² HAYEK. Camino de servidumbre, cit., p. 37.

⁷³ PAREJO ALFONSO. Estudio preliminar al libro Libertad de empresa en el Estado social de derecho, cit., p. 28.

⁷⁴ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. El contrato de concesión de servicios públicos. Coherencia con los postulados del Estado Social y Democrático de Derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos. Tesis Doctoral. Universidad Carlos III Madrid, España. Febrero de 2010, p. 311-313.

⁷⁵ Actividades entendidas como de carácter comercial según la legislación comercial: Código de Comercio. Artículo 20. Son mercantiles para todos los efectos legales:

(...)

16) Las empresas para el aprovechamiento y explotación mercantil de las fuerzas o recursos de la naturaleza;



disposiciones, acciones y políticas que redunden en la protección de un medio ambiente sano, el uso racional del recurso no renovable en el marco de un desarrollo sostenible y la salvaguarda de las comunidades diferenciadas titulares de protección constitucional especial. Tales cuestiones, entonces, operan como fundamento teleológico de los instrumentos jurídicos diseñados por el legislador en materia minera como son, entre otras, la obtención previa de título minero para ejercer las actividades de exploración y explotación, el deber de asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del componente ambiental de estas actividades, las cargas impuestas por la Ley a los interesados en suscribir un contrato de concesión minera en el marco de un procedimiento administrativo, el aseguramiento de plenas garantías para el ejercicio de la consulta previa en los casos que así lo demande el ordenamiento jurídico, entre otros aspectos relevantes dirigidos, en últimas, a garantizar el primado del interés general como criterio de acción de la administración en este específico ámbito de acción⁷⁶.

6.- La reserva de ley para modular, limitar o condicionar el ejercicio de ciertas actividades de carácter económico, en materia minera y en cuanto a la creación de procedimientos administrativos.

6.1.- Queda claro que en el sistema jurídico constitucional colombiano la regulación de la intervención del Estado en la economía corresponde a una competencia limitada (en tanto que no puede ejercerse de manera arbitraria) que es objeto de reserva legal, lo que quiere decir que este tipo de restricciones a la libertad económica demanda de la satisfacción del requisito democrático, en tanto que sólo corresponde al Congreso de la República la expedición de normas jurídicas en tal sentido, en concordancia, también con el artículo 150.21 de la Constitución⁷⁷.

6.2.- Las anteriores consideraciones guardan plena concordancia con lo dispuesto, de modo más general, en el artículo 84 superior, según el cual “cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentadas de manera general, las autoridades públicas no

⁷⁶ Sobre este punto la Corte Constitucional ha sostenido: “el Estado en su calidad de propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, tiene de un lado, la obligación de conservación de estos bienes y, de otro lado, los derechos económicos que se deriven de su explotación, y por tanto la competencia y la facultad para conceder derechos especiales de uso sobre dichos recursos, a través de concesiones, las cuales constituyen derechos subjetivos en cuanto entrañan un poder jurídico especial para el uso del respectivo bien público.” Corte Constitucional, Sentencia C-983 de 2010. En similar sentido sentencia C-029 de 1997.

⁷⁷ Artículo 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

(...)

21. Expedir las leyes de intervención económica, previstas en el artículo 334, las cuales deberán precisar sus fines y alcances y los límites a la libertad económica.



podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio.”; disposición constitucional que, en consonancia con el principio de legalidad que rige para todas las autoridades del públicas, incluyendo las administrativas, impone, la prohibición de exigir el cumplimiento de cargas, requisitos, trámites o demás cuestiones que no se encuentren consagradas en la ley⁷⁸.

6.3.- Y es que este apotegma de la reserva de Ley cabe predicarlo, específicamente, en el escenario del derecho minero colombiano no solo por ser uno de aquellos segmentos de la actividad económica que caen bajo el radio de protección constitucional arriba expuesto sino también por lo pregonado expresamente en el artículo 4° de la Ley 685 de 2001⁷⁹ enunciado legal del que se desprenden los siguientes elementos sustantivos: i) Se erige el Código de Minas – Ley 685 de 2001 – como única fuente jurídica de la cual la Autoridad puede exigir requisitos, formalidades, documentos y pruebas para la presentación, trámite y resolución de “*negocios mineros*” en su trámite administrativo hasta obtener su perfeccionamiento, ii) mismo criterio se instituye en lo que hace relación a los términos y condiciones para explorar y explotar los recursos minerales y, guardando coherencia con estos postulados, 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*”, claro está sin perjuicio de lo que compete a la autoridad ambiental.

6.4.- Finalmente, esta misma *ratio* es predicable en cuanto a la creación o modificación de los procedimientos administrativos punto éste en el cual también cabe

⁷⁸ ““Ahora bien, la intervención del Estado en la economía se lleva a cabo con la concurrencia de las ramas del poder público. **En primer lugar**, en virtud de los principios democrático y *pro libertate*, la definición de los elementos básicos de las limitaciones de las libertades económicas corresponde exclusivamente al Legislador, es decir, **es una materia sujeta a reserva de ley**, de ahí que el artículo 333 de la Constitución prevé que para el ejercicio de las libertades económicas “nadie podrá exigir permisos previos o requisitos, **sin autorización de la ley**” y que “**la ley delimitará el alcance de la libertad económica**”.”⁷⁸ Esto significa que es deber del Legislador definir los instrumentos de intervención en la economía, sus límites y la forma cómo las demás autoridades públicas pueden participar en la regulación de las actividades económicas.” Corte Constitucional, sentencia C-197 de 2012. Igualmente en la sentencia T-425 de 1992 se señaló: “Por expreso mandato de la Ley Fundamental vigente, estas limitaciones a la libertad económica sólo puede establecerlas el Congreso (...) Las limitaciones a la libertad económica deben estar hoy, más que nunca, expresamente autorizadas por la ley, comoquiera que el Constituyente de 1991 quiso de manera clara y expresa no sólo ampliar su ámbito sino rodearla de las garantías necesarias para su ejercicio.”

⁷⁹ 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.



destacar que el diseño constitucional colombiano erige al legislador, por regla general, como autoridad normativa competente para el efecto, como se desprende, por una parte, del artículo 150.2 superior *“Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejercer las siguientes funciones: (...) 2. Expedir código en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones”* y por otro tanto de la jurisprudencia constitucional que 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”*⁸⁰ y todo nuevo procedimiento especial *“necesariamente debe hacerse por el legislador y no a través de facultades extraordinarias”*⁸¹, esto no hace más que confirmar la tesis expuesta según la cual la regulación normativa sobre procedimientos administrativos especiales constituye privilegio y reserva del legislador.

6.5.- Resta decir, en este punto, que esta Subsección ha reiterado esta línea de pensamiento en fallo de 21 de marzo de 2012, Exp. 39477, oportunidad en la cual la Sala se ocupó de estudiar una acción de nulidad simple promovida contra una Resolución mediante la cual un establecimiento público del orden nacional fijó un procedimiento administrativo especial para la imposición de multas y las causales y cuantías para hacer efectivas las cláusulas de multas pactadas en los contratos. Entre otras consideraciones que integraron la *ratio* de la decisión adoptada se sostuvo:

“La ausencia de procedimiento administrativo o las falencias normativas de los de naturaleza especial que hubiere establecido el legislador se llenan siempre y bajo cualquier circunstancia con las disposiciones de la primera parte del código contencioso administrativo, que configura en nuestro ordenamiento la gran regla general de los procedimientos administrativos.

Al respecto basta con recordar el viejo principio de nuestro ordenamiento jurídico en materia de procedimientos administrativos, positivizado en el inciso segundo del artículo 1 del decreto 01 de 1984, según el cual, “... Los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales se regirán por éstas; en lo no previsto en ellas se aplicarán las normas de esta parte primera que sean compatibles...”.

4.3.1.2.- Así las cosas, la Sala advierte que tanto la jurisprudencia⁸² como la doctrina especializada⁸³ han señalado que la competencia de establecer los procedimientos administrativos, con independencia de que éstos sean generales o especiales, corresponde de forma exclusiva al legislador y no a la autoridad administrativa, conclusión a la que se ha llegado a partir del estudio del artículo 150 de la Constitución, pues éste asigna como competencia exclusiva al legislador la

⁸⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-252 de 1994. En el mismo sentido véase C-510 de 2004.

⁸¹ *Ibíd.*

⁸² CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 14 de abril de 2010. C.P.: Enrique Gil Botero, Expediente: 36054. Véase también, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencias Sentencia C – 252 de 1994. En igual sentido, la Sentencia C – 229 de marzo 18 de 2003.

⁸³ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Op., cit.*, pp. 182 a 190.



expedición de códigos y, por tanto, los procedimientos administrativos contenidos en disposiciones especiales se consideran parte integrante del Código Contencioso Administrativo.

(...)

4.3.1.3.- En consecuencia, mediante acto administrativo no es posible crear procedimientos administrativos que regulen las relaciones entre la Administración y el ciudadano, esto es, con efectos extra-orgánicos, y si la ley no regula esos mínimos procedimentales será preciso acudir al procedimiento general consignado en el artículo 1º del C.C.A⁸⁴, como norma supletoria para estos casos⁸⁵.⁸⁶

6.6.- De esta manera, y en lo que hace relación específica con el ejercicio de la potestad reglamentaria por parte del Presidente de la República (artículo 189 núm. 11 Constitución Política), en virtud de su función como Suprema Autoridad Administrativa, debe advertirse que tal habilitación constitucional no supone, ni puede ser entendida como una autorización para desconocer, desvirtuar o trasgredir el contenido normativo de la Ley que se dice reglamentar, ya que, como bien entendido se tiene por esta Corporación, el ejercicio de reglamentación supone la adopción de decisiones administrativas tendientes a hacer operativa o llevar a ejecución la ley más, en modo alguno, que se cercene la voluntad legislativa, como lo ha sostenido la Sección Tercera de la Corporación: *“el Consejo de Estado ha establecido que la potestad reglamentaria se encuentra limitada por dos criterios, a saber: la competencia y la necesidad⁸⁷. El primero se refiere a la extensión de la regulación que el Legislador defiere al Ejecutivo “de manera que le está prohibido, socapa de reglamentar la ley, adicionar nuevas disposiciones, por lo que debe entonces, para asegurar la legalidad de su actuación, limitarse al ámbito material desarrollado por el legislativo”⁸⁸. De otra parte, la necesidad del ejercicio de la potestad reglamentaria se funda en el carácter genérico de la ley. Así, si la regulación legal agota el objeto o materia regulada, la intervención del Ejecutivo no deviene indispensable⁸⁹.⁹⁰*

⁸⁴ Artículo 1 del Código Contencioso Administrativo: *“...los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales se regirán por éstas; en lo no previsto en ellas se aplicarán las normas de esta primera parte que sean aplicables”*.

⁸⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 14 de abril de 2010. Exp. 36054.

⁸⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 21 de marzo de 2012, Exp. 39477.

⁸⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 19 de noviembre de 2008. C.P. Enrique Gil Botero.

⁸⁸ A propósito de la imposibilidad de exigir requisitos adicionales a los establecidos por el legislador se puede consultar: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. C. P. Jaime Moreno García.

⁸⁹ Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de Septiembre 5 de 1997. C. P. Germán Ayala Mantilla. Sección Cuarta. Sentencia de mayo 5 de 2003. C. P. Ligia López Díaz.

⁹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 24 de marzo de 2011. C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp. 36601.



7.- Análisis de los enunciados demandados.

7.1.- Se demanda la nulidad parcial del artículo 1° y la totalidad del 5° del Decreto 0935 de 9 de mayo de 2013 [el último de los artículos en la redacción que le imprimió el artículo 1° del Decreto 1300 de 2013] dictado por la Presidencia de la República y el Ministerio de Minas y Energía, enunciados cuyo tenor literal se transcribió al inicio de este fallo.

7.2.- Una primera aproximación a los preceptos demandados debe partir por considerar que estos se ubican dentro 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.

7.3.- En su parte considerativa se exponen cinco razones que motivan la necesidad de la reglamentación, siendo estas: la titularidad estatal del subsuelo y los recursos naturales no renovables y la obligación de conservación de estos bienes y la facultad para conceder derechos especiales de uso sobre los mismos; que mediante el Decreto 1829 de 2012 el Gobierno señaló los criterios para que la autoridad minera implemente el nuevo sistema de radicación de propuesta de concesión por vía internet; que se hace necesario *“precisar qué omisiones pueden dar lugar al rechazo de plano, y cuáles generan objeción de la propuesta, para su posterior corrección o adición por parte del proponente, en aplicación de los artículo 273 y 274 de la Ley 685 de 2001”*; que con el fin de garantizar transparencia en las propuestas radicadas por medios electrónicos, es necesario *“dictar disposiciones relacionadas con la determinación de las áreas libres”* y, finalmente, que desarrollo de lo dispuesto en el literal f) del artículo 271 de la Ley 685 de 2001 los proponentes de contratos de concesión deberán soportar el estimativo de la inversión económica por lo cual la Autoridad Minera *“deberá proceder a realizar los análisis financieros que permitan determinar la capacidad económica del proponente para el desarrollo de la inversión económica”* a través de estados financieros.

7.4.- En lo que respecta al artículo 5° del Decreto 0935 de 2013 su contenido normativo original fue sustituido por el del artículo 1° del Decreto 1300 de 21 de junio de 2013, circunstancia que fue advertida desde un comienzo por los ciudadanos demandantes. Dicho Decreto, que también fue expedido por el Gobierno Nacional invocando las facultades del artículo 189 núm. 11 constitucional y el artículo 271 de la



Ley 685 de 2001, trae en su parte considerativa una única razón para la reglamentación y es que junto a los estados financieros existen otros documentos que se consideran viables técnica y financieramente para soportar la realización de trabajos de exploración conforme al literal f) del artículo 271 de la mencionada Ley.

7.5.- También se hace necesario precisar que la totalidad del articulado de los Decretos 0935 de 2013 y el 1300 del mismo año está dirigido a regular 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.

7.6.- Dicho lo anterior, se tiene que un análisis semántico y sintáctico del primero de los enunciados demandados⁹¹ permite llegar a las siguientes conclusiones normativas: i) se trata de una definición, la definición de “área libre”, por cuanto de su literalidad no se desprende una regulación de una conducta sino que su función es meramente estipulativa toda vez que pretende precisar, para los partícipes de la práctica jurídica, el sentido en que cierto enunciado deber ser comprendido en el tráfico jurídico. Su utilidad, entonces, radica en que opera como reductor de complejidad interpretativa al asignar una atribución de sentido de cierto término el cual puede ser empleado, junto a otras disposiciones, en las premisas que guíen la adopción de una decisión jurídica; ii) el enunciado define “área libre” para ser otorgada como a) aquella que nunca ha sido objeto de propuestas o solicitudes anteriores o b) que habiendo sido afectada por un título, solicitud o propuesta anterior, éstos ya no se encuentran vigentes *“y han transcurrido treinta (30) días después de hallarse en firme los actos administrativos de la autoridad minera o la sentencia ejecutoriada que implique tal libertad”*; en este segundo supuesto se requiere, entonces, de un pronunciamiento de la autoridad competente, que el mismo cobre firmeza o ejecutoria y, seguidamente, computar treinta (30) días hábiles para declarar que un área, antiguamente afectada, se encuentra libre; finalmente iii) el artículo enseña que todo acto administrativo o sentencia ejecutoriada relacionada con títulos terminados, propuestas rechazadas o desistidas debe ser publicada en la página web

⁹¹ Decreto 0935 de 9 de mayo de 2013. Artículo 1°. Artículo 1°. Se entiende que un área es libre para ser otorgada cuando puede ser ofrecida a proponentes y/o solicitantes, ya sea porque nunca ha sido objeto de propuestas o solicitudes anteriores o porque habiendo sido afectada por un título, solicitud o propuesta anterior, estos ya no se encuentran vigentes *y han transcurrido treinta (30) días* después de hallarse en firme los actos administrativos de la Autoridad Minera o la sentencia ejecutoriada que impliquen tal libertad. Todo acto administrativo o sentencia ejecutoriada relacionado con los títulos terminados y propuestas rechazadas o desistidas, de concesión, de legalización, de formalización, de minería tradicional, deberá ser publicado en la página electrónica de la Autoridad Minera o en el medio que hiciere sus veces, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de su ejecutoria. Así mismo, dentro de este mismo término, deberá inscribirse en el Registro Minero Nacional. (Aparte resaltado objeto de la demanda).



de la autoridad minera e inscribirse en el registro minero nacional en dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria.

7.7.- El análisis semántico y sintáctico del segundo de los enunciados demandados⁹² permite llegar a las siguientes conclusiones normativas: i) se trata de una regla que se inscribe dentro del marco regulatorio (legal y reglamentario) sobre los requisitos y documentos que deben ser presentados por el pretense proponente del contrato de concesión minera, ii) el enunciado, en su primer inciso, señala que la autoridad minera debe exigir al interesado cierta documentación para efectos de “soportar la realización de los trabajos de exploración conforme con el literal f) del artículo 271 de la Ley 685 de 2001” para lo cual discrimina entre persona natural independiente no comerciante, persona natural independiente comerciante, persona natural dependiente y persona jurídica; iii) prescribe la disposición en comento como requisito alternativo para

⁹² Decreto 0935 de 9 de mayo de 2013. Artículo 5° [Modificado por el Artículo 1° del Decreto 1300 de 21 de junio de 2013]. *Para efectos de soportar la realización de los trabajos de exploración conforme con el literal f) del artículo 271 de la Ley 685 de 2001, la autoridad minera o concedente deberá exigir del proponente, persona natural independiente comerciante o no comerciante, persona natural dependiente o persona jurídica, según sea el caso, los siguientes documentos:*

1. En caso de tratarse de persona natural independiente no comerciante:

- 1.1. Certificado de ingresos expedido por un contador público titulado, en cuyo caso se deberá acompañar copia legible de la tarjeta profesional y certificado de antecedentes disciplinarios del contador.
- 1.2. Extractos bancarios de los tres últimos meses anteriores a la presentación de esta documentación.
- 1.3. Registro Único Tributario (DIAN) – RUT actualizado.

2. En caso de tratarse de persona natural independiente comerciante:

- 2.1. Estados financieros de propósito general básicos, debidamente certificados.
- 2.2. Extractos bancarios de los tres últimos meses anteriores a la presentación de esta documentación.
- 2.3. Registro Único Tributario (DIAN) – RUT actualizado.
- 2.4. Matrícula Mercantil.

3. En caso de tratarse de persona natural dependiente:

- 3.1. Certificado de ingresos y retenciones expedido por la autoridad competente.
- 3.2. Extractos bancarios de los tres últimos meses anteriores a la presentación de esta documentación.
- 3.3. Registro Único Tributario (DIAN) – RUT actualizado, si declara renta.

4. En caso de tratarse de persona jurídica:

4.1. Los estados financieros de propósito general ya sean básicos o consolidados, en este último caso si fuere aplicable, conforme a lo dispuesto en el Decreto reglamentario 2649 de 1993 o las normas que lo modifiquen, sustituyan o adicionen, certificados y dictaminados.

Las sociedades subordinadas o controladas deberán presentar estados financieros consolidados de la matriz o controlante e igualmente de la sociedad solicitante de la propuesta de contrato de concesión minera.

4.2. Certificado de Existencia y Representación Legal de la sociedad con una vigencia no mayor a tres (3) meses, que contemple en su objeto social, expresa y específicamente, la exploración y explotación mineras, conforme lo establece el artículo 17 de la Ley 685 de 2001.

Parágrafo 1°. El solicitante también podrá soportar la realización de los trabajos de exploración a que hace referencia el presente artículo mediante la presentación de una carta de compromiso de inversión de un tercero. Para tal efecto deberá aportar:

- (i) Certificación de financiamiento firmada por el Representante legal;
- (ii) Certificado de existencia y representación legal de la sociedad en la que contemple en su objeto la inversión o financiación de proyectos o la exploración o explotación mineras;
- (iii) Estados financieros de propósito general ya sean básicos o consolidados, certificados y dictaminados.

Igualmente, se podrá presentar un aval financiero otorgado por un establecimiento de crédito debidamente vigilado por la Superintendencia Financiera, el cual deberá contenerse en una Carta de crédito o su equivalente expedida por el correspondiente establecimiento de crédito.

Parágrafo 2°. La autoridad minera o concedente rechazará las propuestas en los términos del artículo 274 de la Ley 685 de 2001, si después de hacer la evaluación y los análisis financieros con base en la documentación presentada, determina que no cuenta con la suficiencia financiera para realizar las actividades de exploración.



soportar la realización de trabajos de exploración la presentación de una carta de compromiso de inversión de un tercero, para lo cual deberá adjuntarse certificado de financiamiento, certificado de existencia y representación legal de la sociedad donde se contemple como objeto la inversión o financiamiento de proyectos o la exploración o explotación mineras y los estados financieros certificados y dictaminados; finalmente iv) el parágrafo segundo del artículo demandado dispone que la autoridad minera rechazará la propuesta que después de haber sido sometida a evaluación y análisis financieros con los documentos presentados se determine que *“no cuenta con la suficiencia financiera para realizar las actividades de exploración”*.

8.- Caso concreto.

8.1.- Pretenden los censores la nulidad de un aparte del artículo 1° y la totalidad del artículo 5° del Decreto 0935 de 9 de mayo de 2013, precisando que el segundo de los artículos demandados fue modificado en su contenido por el artículo 1° del Decreto 1300 de 2013. 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 4⁹³, 16⁹⁴, 271⁹⁵ y 274⁹⁶.

⁹³ 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.

⁹⁴ Artículo 16. *Validez de la propuesta.* La primera solicitud o propuesta de concesión, mientras se halle en trámite, no confiere, por sí sola, frente al Estado, derecho a la celebración del contrato de concesión. Frente a otras solicitudes o frente a terceros, sólo confiere al interesado, un derecho de prelación o preferencia para obtener dicha concesión si reúne para el efecto, los requisitos legales.

Parágrafo Primero. Adicionado por el art. 1, Ley 1382 de 2010

Parágrafo Segundo. Adicionado por el art. 1, Ley 1382 de 2010

⁹⁵ 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 verse en el modelo estandarizado adoptado por la entidad concedente.

h) Adicionado por el art. 18, Ley 1382 de 2010

l) Adicionado por el art. 18, Ley 1382 de 2010

⁹⁶ 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



8.2.- Apoyan la pretensa nulidad, en suma, en que el primero de los preceptos reglamentarios demandados al introducir un término de treinta (30) días siguientes a la ejecutoria del acto administrativo o sentencia como fecha para determinar la libertad de las áreas mineras incluyó un aspecto que no se encontraba contenido en la Ley 685 de 2001. Arguyeron que en este punto el Decreto no hizo más que recoger la regulación que traía la inconstitucional Ley 1382 de 2010. Concluyeron el punto sosteniendo que la materia regulada es de competencia del legislador.

8.3.- En cuanto a la segunda de las disposiciones reglamentarias demandadas, el artículo 5° del Decreto 0935 de 2013, los demandantes censuran que por esta vía se establezca un requisito de demostración de capacidad económica del proponente lo que no se ajusta al requisito de estimativo de la inversión económica que plantea el artículo 271 de la Ley 685 de 2001. Cuestionan, también, que ese mismo precepto reglamentario instituya una causal adicional de rechazo de las propuestas de contrato de concesión que no se encuentra en el artículo 274 de la citada legislación. Concluyen los ciudadanos, luego de comparar los textos referidos y el artículo 18 de la Ley 1382 de 2010, que con este precepto el Gobierno Nacional intentó incluir algunas de las reformas que se encontraban en la Ley 1382 de 2010.

8.4.- El extremo pasivo de la pretensión propone, en defensa de las disposiciones demandadas, que los artículos se ajustan al ejercicio de la potestad reglamentaria. Afirma, en cuanto al primer precepto, que es cierto que la Ley 685 de 2001 no había establecido con claridad la determinación de la fecha de la libertad de las áreas afectadas de ahí que por vía reglamentaria se imponía establecer tal cuestión. En cuanto al segundo precepto enjuiciado alegó el ente ministerial que habiendo establecido el artículo 271 literal f) el requisito de estimativo de la inversión económica, es apenas lógico esta información sea susceptible de verificación por la autoridad minera. En suma, consideró que lo demandado se ajustaba al ordenamiento jurídico y al adecuado ejercicio de la potestad reglamentaria.

8.5.- Visto lo anterior, que en síntesis encierra la problemática jurídica que entraña el *sub judice*, esta judicatura debe determinar si los contenidos reglamentarios demandados retomaron disposiciones de la Ley 1382 de 2010 [declarada

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.



inconstitucional] y, con ello, excedieron la potestad reglamentaria al abordar asuntos propios de la esfera del legislador.

8.6.- El juicio de legalidad respecto del artículo 1° del Decreto 0935 de 2013.

8.6.1.- Sobre la primera de las cuestiones planteadas esta Sala considera que efectivamente el contenido del artículo 1° del Decreto 0935 de 2013 reproduce, íntegramente, la materia disciplinada por el artículo 25 de la Ley 1382 de 2010 que adicionó un inciso al artículo 334 de la Ley 685 de 2001. Una lectura comparativa de uno y otro texto basta para corroborar este punto:

Artículo 25 Ley 1382 de 2010	Artículo 1° Decreto 0935 de 2013
<p>Artículo 25°. Adicionase el artículo 334 de la Ley 685 de 2001, Código de Minas con el siguiente inciso:</p> <p><u>Las áreas que hayan sido objeto de un título o solicitud minera y que por cualquier causa queden libres, sólo podrán ser objeto de propuesta de concesión transcurridos treinta (30) días después de que se encuentren en firme los actos administrativos definitivos que impliquen tal libertad.</u> Todo acto administrativo a que se refiere este artículo deberá ser publicado en la página electrónica de la Autoridad Minera o en el medio que hiciere sus veces, dentro de los cinco (5) días siguientes a su ejecutoria. Dentro de este último término deberá inscribirse en el Registro Minero. (Resaltado propio).</p>	<p>Decreto 0935 de 9 de mayo de 2013. Artículo 1°. Artículo 1°. Se entiende que un área es libre para ser otorgada cuando puede ser ofrecida a proponentes y/o solicitantes, ya sea porque nunca ha sido objeto de propuestas o solicitudes anteriores o porque habiendo sido afectada por un título, solicitud o propuesta anterior, estos ya no se encuentran vigentes <u>y han transcurrido treinta (30) días</u> después de hallarse en firme los actos administrativos de la Autoridad Minera o la sentencia ejecutoriada que impliquen tal libertad. Todo acto administrativo o sentencia ejecutoriada relacionado con los títulos terminados y propuestas rechazadas o desistidas, de concesión, de legalización, de formalización, de minería tradicional, deberá ser publicado en la página electrónica de la Autoridad Minera o en el medio que hiciere sus veces, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de su ejecutoria. Así mismo, dentro de este mismo término, deberá inscribirse en el Registro Minero Nacional.</p> <p>Parágrafo. Las disposiciones contenidas en el presente decreto, respecto del término para considerar libre un área, no serán aplicables a las solicitudes de autorización temporal para vía pública, en razón a la prioridad que este tipo de trámites para obras públicas requiere, a fin de que se pueda acceder a los materiales de construcción en forma expedita, conforme al artículo 116 de la Ley 685 de 2001. (Se demanda el aparte resaltado).</p>

8.6.2.- Repárese cómo uno y otro precepto recogen el mismo enunciado, esto es, entender que un área se considera libre para contratar, en aquellos casos donde



previamente ha sido afectada por propuesta o título minero, transcurridos treinta (30) días siguientes a la ejecutoria del acto administrativo definitivo que implique tal libertad. Anótese como salvedad el que el precepto reglamentario adiciona al supuesto del acto administrativo la sentencia ejecutoriada sobre los mismos asuntos.

8.6.3.- En consecuencia, constata la Sala que existe plena identidad *ratione materiae*, por cuanto abordan la misma temática (las áreas libres) y en los mismos términos (treinta días siguientes a la ejecutoria del acto), con otras palabras, en este punto la Autoridad Reglamentaria no hizo cosa diferente que plasmar en un Decreto contenido normativo que, en estricto sentido, es de naturaleza legal.

8.6.4.- Ahora bien, al ser este asunto (el de los criterios para determinar las áreas libres) una cuestión que guarda relación estrecha y cercana con la regulación propia de la materia minera y por ser una disposición que incide, limita, afecta o interfiere en las condiciones para el ejercicio de la libertad de empresa y la iniciativa privada, no cabe duda que una regulación de esta naturaleza corresponde, de manera exclusiva y excluyente, al legislador por así prescribirlo los numerales 2° y 21 del artículo 150 constitucional arriba glosados.

8.6.5.- Y es que la anterior consideración encuentra mayor refuerzo cuando se advierte, e incluso así lo acepta la parte demandada en su escrito de contestación⁹⁷, que sobre esta materia existe un silencio legislativo habida consideración que la Ley 685 de 2001 no se pronunció sobre el particular. Siendo ello así conviene reiterar que el ejercicio de la potestad reglamentaria no opera, en el contexto jurídico constitucional colombiano, como un mecanismo supletorio o sustitutivo a la voluntad legislativa, por el contrario averiguado se tiene que la competencia de que trata el artículo 189.11 constitucional es *secundum legem*, esto es, está circunscrita a la observancia de los criterios de competencia y de necesidad, estándole proscrito al reglamentador adicionar disposiciones más allá de las previstas en la Ley o ejercer esta potestad cuando el legislativo ya agotó el objeto de la materia regulada.

8.6.6.- En el *sub judice* este exceso se evidencia en la primera de las vertientes desarrolladas por la jurisprudencia, esto es, se violó el criterio restrictivo de la

⁹⁷ “Así que, tal y cómo lo reconocen los demandantes con la expedición del Código de Minas, este asunto quedó huérfano de reglamentación o normatividad, y por lo tanto se presentó la necesidad de determinar dicho sistema a través de la potestad reglamentaria para así poder ejecutar el Código de Minas, y evitar la inseguridad jurídica y la “corrupción administrativa” a que refieren los actores en el aparte final de sustento de la demanda página 5.”



competencia por cuanto el reglamentador fue más allá de lo que le estaba permitido y sustituyó al legislador al crear una regulación reglamentaria que no tiene apoyo o correspondencia en ninguna disposición legal pues, se repite, el Código de Minas no abordó este punto de manera expresa razón por la cual la averiguación sobre el momento en que las áreas afectadas pueden ser consideradas como libres para ser objeto de propuesta de contratación es una cuestión que debe ser abordada de la mano de los principios generales del procedimiento administrativo para desentrañar de allí una de las características prototípicas de los actos administrativos particulares como es el carácter ejecutorio, esto es, que una vez el mismo ha cobrado firmeza lo allí resuelto u ordenado será de obligatorio cumplimiento para la administración y el administrado como lo recoge el artículo 89 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo: *“Carácter ejecutorio de los actos expedidos por las autoridades. Salvo disposición legal en contrario, los actos en firme serán suficientes para que las autoridades, por sí mismas, puedan ejecutarlos de inmediato. En consecuencia, su ejecución material procederá sin mediación de otra autoridad. (...)”*.

8.6.7.- Como justamente la liberación de las áreas mineras puede tener origen en pronunciamientos de la Autoridad Minera (ora por rechazar propuestas de contratos de concesión, aceptar desistimientos, por declaratoria de caducidad del contrato, vencimiento del término, mutuo acuerdo o muerte del concesionario), se sigue de allí que al quedar en firme uno de tales actos de la Administración⁹⁸ y predicarse su carácter ejecutorio la liberación del área afectada penderá de esta circunstancia. Similar razonamiento ha de predicarse respecto de las sentencias judiciales por cuanto, a voces del inciso sexto del artículo 189 del CPACA *“Las sentencias ejecutoriadas serán obligatorias y quedan sometidas a la formalidad del registro de acuerdo con la ley”*.

8.6.8.- Por cuanto el legislador no ha dispuesto cosa diferente hasta el momento⁹⁹, habida cuenta de la integración normativa que tiene lugar entre la parte primera del CPACA y los procedimientos regulados por leyes especiales cuando estos presenten

⁹⁸ Firmeza que se determina acorde con el artículo 87 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

⁹⁹ Exceptuando la efímera vigencia temporal que tuvo el artículo 25 de la Ley 1382 de 2010 que ya no resulta aplicable en el momento actual.



vacíos¹⁰⁰ y honrando la obligatoriedad de los fallos judiciales debidamente ejecutoriados, en tanto manifestación de la cosa juzgada, se sigue de lo expuesto que el artículo 1° del Decreto 0935 de 2013 refleja un exceso de la potestad reglamentaria.

8.6.9.- Como la incompetencia en razón a la materia se puede configurar cuando la Administración ejerce facultades de las que carecen y como en esta causa se evidenció que el artículo 1° del Decreto 0935 de 2013, en el aparte “*y han transcurrido treinta (30) días*”, contravino las disposiciones superiores y puntualmente los límites constitucionales a los que está sujeta la potestad reglamentaria al haber sustituido al legislador en la regulación de un asunto de reserva legal, se abre paso la nulidad del aparte del artículo demandado y así se declarará en la parte resolutive de este fallo.

8.7.- El juicio de legalidad respecto del artículo 5° del Decreto 0935 de 2013 modificado por el artículo 1° del Decreto 1300 de 2013.

8.7.1.- Sobre este punto la Sala debe recordar, como primera cuestión, que en autos de 26 de febrero de 2014 y 12 de junio del mismo año se accedió a la suspensión provisional de efectos jurídicos del artículo bajo análisis. En el primero de estos pronunciamientos se expuso, entre otras, las siguientes razones que fundamentaron la *ratio* de la decisión:

“4.7.2.- En este orden de ideas, el Despacho verifica que mientras 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 obra legislativa se instituye como un complemento normativo de esta disposición al establecer las causales de rechazo de la propuesta del contrato, incluyendo 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”.

En consecuencia, el Despacho considera que, dentro de las diversas disposiciones que rigen el procedimiento administrativo minero, los artículos en comento se han establecido por el legislador a fin de instrumentalizar la manera a partir de la cual un particular puede participar en la exploración y explotación de los recursos naturales no renovables, ya que con estos se da inicio al trámite administrativo de suscripción del contrato de concesión de minería; de ahí, entonces, que se considere que disposiciones como estas, que comparten una doble naturaleza de establecer requisitos para iniciar una actuación administrativa y a su vez significan limitaciones a la libertad de empresa, sólo puedan ser establecidas, modificadas o reformadas por el legislador, en ejercicio de la competencia establecida por los artículos 150.21 y 333 constitucionales.

¹⁰⁰ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Artículo 2°, inc. 3°: Las autoridades sujetarán sus actuaciones a los procedimientos que se establecen en este Código, sin perjuicio de los procedimientos regulados en leyes especiales. En lo no previsto en los mismos se aplicarán las disposiciones de este Código.



4.7.3.- Dicho lo anterior, también se observa que la finalidad del artículo 5° del Decreto 0935 de 2013 (modificado por el artículo 1° del Decreto No. 1300 de 21 de junio de 2013) consistió en reglamentar el literal f) de la Ley 685 de 2001, que establece como requisito de la propuesta que debe suscribir el interesado en la concesión minera “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;**” (Resaltado propio). Para tal efecto, el artículo 5° dispuso que, según la calidad del proponente, es decir, si correspondía a una persona natural –dependiente comerciante o no comerciante- o jurídica, se debían allegar ciertos documentos de acuerdo a cada condición.

4.7.4.- No obstante lo anterior, el párrafo 2° del artículo 5° del Decreto acusado, señala que la autoridad minera “rechazará las propuestas... si después de hacer la evaluación y los análisis financieros... determina que no cuenta con la suficiencia financiera para realizar las actividades de exploración.”.

4.7.5.- De esta manera, la contradicción que surge entre el artículo 271 de la Ley 685 de 2001 y la norma acusada se centra en la disparidad de las exigencias establecidas en cada una de tales normatividades, pues mientras que el literal f) de la primera norma (que se dice reglamentar) demanda del solicitante un “estimativo de la inversión económica resultante de la aplicación de tales términos y guías” el párrafo del artículo 5° del Decreto establece implícitamente la obligación de acreditar una “suficiencia financiera”.

4.7.6.- Tal disparidad de criterios no deviene en aparente sino que es auténtica, pues mientras que un “*estimativo de la inversión económica*” sugiere la idea de una valoración racional y ponderada por parte del interesado de los costos en que probablemente incurrirá para sacar adelante el contrato de concesión minera que pretende suscribir con la Autoridad Minera, la exigencia de “*suficiencia financiera*” alude, por el contrario, a la demostración, en término contables, a cierta capacidad económica que debe reunir el solicitante a fin de soportar las expensas que demandará el contrato de concesión, específicamente, las actividades de exploración, a juicio de la entidad. Mientras el primero se centra en el proyecto de exploración y explotación minera el segundo se enfoca en la persona solicitante.

4.7.7.- Junto a lo anterior, también se hace preciso advertir una incompatibilidad evidente entre el artículo 274 de la Ley 685 de 2001 y el artículo 5° del Decreto 0935 de 2013 (modificado por el artículo 1° del Decreto No. 1300 de 21 de junio de 2013), ya que esta última normativa establece una causal adicional para el rechazo de la propuesta de concesión, 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 causal de rechazo incluida en la norma acusada en el *sub judice* (Artículo 5° Dcr. 0935 de 2013), como se ha reiterado, hace referencia a la aplicación de tal sanción cuando el solicitante “no cuenta con la suficiencia financiera para realizar las actividades de exploración”, cuestión que no se acompasa con la norma que se dice reglamentar.

4.7.8.- Puesto de presente lo anterior, considera este Despacho prudente advertir, como lo indicaron los demandantes, que el requisito de “suficiencia económica” del solicitante del contrato de concesión minera es una exigencia que se encontraba dispuesta en el artículo 18 de la Ley 1382 de 2010, específicamente en el literal i) que se adicionaba al artículo 271 de la Ley 685 de 2001 en los siguientes términos: “*cuando se trate de proyectos de más de ciento cincuenta (150) hectáreas, la*



demostración de la capacidad económica del interesado para adelantar el proyecto minero se hará con sujeción a los parámetros que fije el Ministerio de Minas y Energía, los cuales serán proporcionales al área solicitada.”; de manera que lo perseguido por el Gobierno Nacional con la adopción de un Decreto Reglamentario de tal característica es intentar revivir los efectos de una disposición jurídica que, de acuerdo con los efectos diferidos de la sentencia de constitucionalidad C-366 de 2011, se encuentran derogadas (sic) desde el 11 de mayo de 2013¹⁰¹; para lo cual el Despacho llama la atención respecto del hecho de que ésta no es la manera en que ha debido proceder la autoridad administrativa, ya que, como lo pone de presente la reseñada decisión judicial, ha debido surtirse el trámite legislativo de rigor, conforme a los requerimientos específicos allí establecidos.”¹⁰²

8.7.2.- Y en esta oportunidad la Sala no encuentra razones que le lleven a apartarse de este parecer toda vez que aflora como verdad irrefutable i) que el artículo 5° del Decreto 0935 de 2013 (siempre en la redacción que le dio el Decreto 1300 de 2013) introdujo en el ordenamiento jurídico minero la suficiencia financiera del proponente como uno de los requisitos de la propuesta de contrato de concesión, ii) que pese a que el inciso primero del artículo enjuiciado pretende ligar tal exigencia a la prescrita en el literal f) del artículo 271 de la Ley 685 de 2001 (esto es, el estimativo de la inversión económica resultante de la aplicación de términos de referencia y guías mineras), lo cierto es que basta con una aproximación interpretativa textual de una y otra cuestión para entender que no corresponden, en puridad, a un mismo asunto, pues mientras este refiere a una valoración ponderada de los probables costos que demanda la actividad comercial extractiva aquel mira hacia el proponente y su capacidad económica, razón por la cual no puede concluirse una unicidad de significado; iii) que, de otra parte, el artículo reglamentario analizado pretende insertar en el ordenamiento jurídico minero una causal de rechazo autónoma y novedosa toda vez que faculta a la Autoridad Minera a rechazar aquellas propuestas que, luego de ser sometidas a evaluación y análisis, se determine que no satisfacen este requisito de suficiencia financiera para realizar las actividades de exploración; iv) que, por el contrario, advierte la Sala la estrecha relación que existe entre el artículo demandado y el literal l) adicionado al artículo 271 del Código de Minas por el artículo 18 de la Ley 1382 de 2010 pues este literal sí refiere expresamente a la exigencia de “*demostración de la capacidad económica del interesado para adelantar el proyecto minero*”, enunciado éste que ya fue retirado del ordenamiento jurídico con los efectos de inconstitucionalidad de la sentencia C-366 de 2010 de la Corte Constitucional; v)

¹⁰¹ El numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia C-366 de 2011 es del siguiente tenor: “Segundo.- Diferir los efectos de la inexecutable declarada por el término de dos (2) años, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.”

¹⁰² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección C. Auto de Ponente de 26 de febrero de 2014, Exp. 47693.



que con el artículo 22 de la Ley 1753 de 2015¹⁰³ el mismo legislador viene a reiterar lo argumentado en esta providencia, esto es, que la inclusión de requisitos adicionales en sede de proposición de contratos de concesión de minería tradicional es de resorte exclusivo del legislador y no del reglamentador, quien carece de competencia para regular la materia, como lo expresaron en la vista oral el Agente del Ministerio Público y los ciudadanos demandantes; vi) que, en términos materiales, de una conjunción interpretativa de los artículos 84 y 150.2 y 150.21 constitucionales y 4° de la Ley 685 de 2001 se sigue la reserva de ley para regular procedimientos administrativos y los requisitos o condiciones para el ejercicio de actividades económicas, proscribiéndose que autoridad alguna exija cargas, permisos, documentos o requisitos adicionales no contemplados por el legislador para adelantar trámites administrativos en el ámbito minero; vii) que de lo expuesto se concluye que el Gobierno Nacional excedió su potestad reglamentaria al pretender incorporar contenido material de ley a un decreto reglamentario en un intento, desafortunado, de hacer pervivir algunas de las disposiciones de la inconstitucional Ley 1382 de 2010.

8.7.3.- Como la incompetencia en razón a la materia se puede configurar cuando la Administración ejerce facultades de las que carecen y como en esta causa se evidenció que el artículo 5° del Decreto 0935 de 2013, en la redacción que le dio el artículo 1° del Decreto 1300 de 2013, contravino las disposiciones superiores y puntualmente los límites constitucionales a los que está sujeta la potestad reglamentaria pues pretextando reglamentar fue más allá y agregó requisitos para la propuesta de contrato de concesión como una causal de rechazo de la misma que no encuentran sustento en el ordenamiento jurídico constitucional o legal; por contera, se abre paso la nulidad del artículo demandado y así se declarará en la parte resolutive de este fallo.

¹⁰³ Ley 1753 de 2015. Artículo 22. Capacidad económica y gestión social. La Autoridad Minera Nacional para el otorgamiento de títulos mineros y cesiones de derechos y de áreas requerirá a los interesados acreditar la capacidad económica para la exploración, explotación, desarrollo y ejecución del proyecto minero.

En los contratos de concesión que suscriba la Autoridad Minera Nacional a partir de la vigencia de la presente ley, se deberá incluir la obligación del concesionario de elaborar y ejecutar Planes de Gestión Social que contengan los programas, proyectos y actividades que serán determinados por la Autoridad Minera de acuerdo a la escala de producción y capacidad técnica y económica de los titulares. La verificación del cumplimiento de esta obligación por parte de la Autoridad Minera hará parte del proceso de fiscalización y podrá financiarse con las mismas fuentes.

Parágrafo. La capacidad económica de que trata este artículo no le es aplicable a las propuestas de contrato de concesión presentadas antes de la entrada en vigencia de la presente ley.



9.- Síntesis de esta decisión.

9.1.- Correspondió a la Sala determinar si los artículos demandados excedieron la potestad reglamentaria encomendada, por disposición constitucional, al Presidente de la República en el artículo 189.11 superior, que criterio de esta Corporación encuentra límites en los criterios de necesidad y competencia sin que le sea dado al Gobierno Nacional exceder los preceptos de la ley que dice reglamentar o pronunciarse sobre materias que ya fueron agotadas por el legislador.

9.2.- Igualmente, se determinó una triple reserva de ley establecida por la Constitución y la jurisprudencia constitucional en lo que corresponde a la intervención del Estado en la economía, en asuntos mineros y en la creación y modificación de los procedimientos administrativos.

9.3.- En el *sub judice* se determinó que el Gobierno Nacional desbordó su competencia reglamentaria toda vez que estableció, por una parte, un criterio para determinar las “*áreas libres*” para ser objeto de propuesta de contrato de concesión minera sin que ello se siga de alguno de los preceptos del Código de Minas y soslayando las normas generales de la parte primera del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y el carácter ejecutivo que se pregonaba del atributo de la cosa juzgada de los fallos judiciales.

9.4.- Igualmente se incurrió en este exceso de competencia al agregarse un nuevo requisito para la presentación de propuestas de contratos de concesión minera así como una causal de rechazo de estas propuestas, expresiones que invaden la esfera competencial del legislador al ser ésta la única autoridad para establecer, modular o modificar uno y otro asunto por cuanto son parte integrante de los procedimientos administrativos y dicen relación directa con la libre iniciativa privada y la libertad económica.

9.5.- Para la Sala resulta profundamente reprochable que en las decisiones demandadas el Gobierno Nacional pretendiera revivir, vía reglamento, algunas de las disposiciones de la inconstitucional Ley 1382 de 2010 despreciando el cumplimiento de su deber constitucional de tramitar ante el Congreso de la República un proyecto de ley que abordara esta materia precedido de la satisfacción del derecho de consulta previa a negritudes y comunidades indígenas. Una elusión constitucional de estos



deberes no puede ser avalada por el Juez Administrativo en sede de control de la legalidad reglamentaria.

9.6.- Como el ordenamiento jurídico no atribuye competencia al Gobierno Nacional, en sede de potestad reglamentaria del artículo 189.11 superior, para establecer contenidos normativos propios del legislador sino para garantizar la operatividad y cumplida ejecución de la Ley y como en este asunto se demostró que ocurrió un exceso de esta potestad se estructura la incompetencia en razón a la materia como vicio invalidante de los artículos demandados y, por contera, su nulidad.

9.7.- Estas razones son las que llevan a la Sala a declarar la nulidad del aparte “y han transcurrido treinta (30) días” del artículo 1° y la totalidad del artículo 5° del Decreto 0935 de 2013, este último en la redacción que le dio el artículo 1° del Decreto 1300 de 2013.

10.- Otras determinaciones.

10.1.- Se sabe que el Gobierno Nacional dictó el Decreto No. 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 2.2.5.1.3.4,1.1 compiló y transcribió el artículo 1° del Decreto 0935 de 2013 incluyendo el aparte “*y han transcurrido treinta (30) días*”. Igualmente es sabido que los Decretos Compilerios (bien sea de leyes o decretos reglamentarios) no dan origen a nuevas disposiciones jurídicas sino que agotan su labor en la agrupación y codificación ordenada de varios preceptos que guardan unidad lógica y de materia. Por consiguiente, se advertirá en la parte resolutive que los efectos de la declaratoria de nulidad parcial del artículo 1° del Decreto 0935 de 2013 también se predicán para el mismo aparte recogido en el artículo 2.2.5.1.3.4,1.1 del Decreto 1073 de 2015 por cuando este no es más que una transcripción de aquel. Por tal razón no es del caso, si quiera, recurrir a una integración normativa del citado artículo del Decreto Único Reglamentario No. 1073 de 2015 con las normas acá enjuiciadas, por la potísima de ser apenas una reiteración de un texto reglamentario previo.

10.1.- 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 del artículo que se declara nulo, por cuanto están revestidas de presunción de legalidad.

En mérito de lo expuesto, la Subsección C 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,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR la nulidad del aparte “*y han transcurrido treinta (30) días*” contenido en el artículo 1° del Decreto 0935 de 9 de mayo de 2013 y la totalidad del artículo 5° del mismo Decreto en la redacción dada por el artículo 1° del Decreto 1300 de 2013, por los motivos expuestos en esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR que los efectos de la declaratoria de nulidad parcial del artículo 1° del Decreto 0935 de 9 de mayo de 2013 también se predicen para el mismo aparte recogido en el artículo 2.2.5.1.3.4,1.1 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 del artículo que se declara nulo, por cuanto están revestidas de presunción de legalidad.

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,

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Presidente de Sala de Subsección C

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Magistrado – Aclaración de Voto