



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA-SUBSECCIÓN B

Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth

Bogotá D.C., dieciséis (16) de junio de dos mil quince (2015)

Expediente:	47688
Radicación:	110010326000201300089 00
Demandante:	Natalia Patricia Caroprese Castro
Demandado:	La Nación-Presidencia de la República y Ministerio de Minas y Energía
Asunto:	Acción de nulidad

Procede el Despacho a resolver sobre la solicitud de suspensión provisional de los actos administrativos demandados en el proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

1. Mediante demanda presentada el 12 de julio de 2013, la señora Natalia Patricia Caroprese Castro, en ejercicio del medio de control consagrado en el artículo 137 del CPACA, presentó demanda de nulidad en contra de los artículos 2º, 3º, 5º y 6º del Decreto Reglamentario 935 del 9 de mayo de 2013 *“por el cual se reglamentan los artículos 271, 273 y 274 de la Ley 685 de 2001”* y los artículos 1º y 2º del Decreto Reglamentario 1300 del 21 de junio de 2013, *“por el cual se modifica el artículo 5º del Decreto 0935 del 9 de mayo de 2013”*.

2. En el escrito de demanda, la parte actora solicitó la suspensión provisional de las disposiciones normativas impugnadas, por considerar que ellas *“violan de manera contundente y evidente la Constitución Política en sus artículos 6, 113, 121, 150 (numeral 2) y 189 (numeral 11)”*, por cuanto a través de los decretos acusados el gobierno nacional –presidente de la República y ministro de Minas y Energía- *“se atribuyeron la facultad exclusiva del Congreso de la República de reformar los artículos 271, 273 y 274*

del Código de Minas”. Sustentó la solicitud de suspensión provisional en los siguientes términos:

Artículo 2 del Decreto 935 de 2013

3. Manifestó que el artículo 2 del Decreto 935 de 2013 no cuenta con soporte alguno en lo dispuesto en los artículos 271 y 274 del Código de Minas, que establecen los requisitos de las propuestas y las causales de rechazo –se refiere a la propuesta para celebrar el contrato de concesión minera y el rechazo de la misma-, pues la ley en el primero de tales artículos no faculta al gobierno nacional para establecer a través de reglamento requisitos adicionales para presentar las propuestas ni el segundo le otorga la facultad de incluir causales adicionales de rechazo de las mismas. A continuación, hizo un cuadro comparativo de las normas legales y el artículo demandado:

Código de Minas	Decreto 935 de 2013
<i>“Artículo 271. REQUISITOS DE LA PROPUESTA. La propuesta para contratar, además del nombre, identidad y domicilio del interesado, contendrá:</i> <i>a) El señalamiento del municipio, departamento y de la autoridad ambiental de ubicación del área o trayecto solicitado;</i> <i>b) La descripción del área objeto del contrato, y de su extensión;</i> <i>c) La indicación del mineral o minerales objeto del contrato;</i> <i>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;</i> <i>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;</i> <i>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;</i>	<i>Artículo 2º. Una vez presentada la propuesta de contrato de concesión, la omisión en la presentación de alguno de los requisitos establecidos en el Artículo 271 <u>y su reglamento</u>, incluyendo los documentos de soporte de la propuesta de contrato de concesión requeridos para la evaluación en el término fijado para remitirlos, dará lugar al rechazo de plano de la propuesta.</i>

<i>g) A la propuesta se acompañará un plano que tendrá las características y especificaciones establecidas en los artículos 66y 67de este Código.</i> <i>La propuesta deberá verse en el modelo estandarizado adoptado por la entidad concedente.</i> <i>ARTÍCULO 274. RECHAZO DE LA PROPUESTA. La propuesta será rechazada si el área pedida en su totalidad se hallare ubicada en los lugares y zonas señaladas en el artículo 34 de este Código, si no hubiere obtenido las autorizaciones y conceptos que la norma exige; si se superpone totalmente a propuestas o contratos anteriores, si no cumple con los requisitos de la propuesta o si al requerirse subsanar sus deficiencias no se atiende tal requerimiento. En caso de hallarse ubicada parcialmente, podrá admitirse por el área restante si así lo acepta el proponente.</i>	
---	--

Artículo 3 del Decreto 935 de 2013

4. Adujo que la misma situación se presenta en relación con el artículo 3 del Decreto 935 de 2013, frente a los artículos 271 y 273 del Código de Minas, pues el primero de éstos *“en ningún momento habilita al Ejecutivo para establecer a través de reglamento, requisitos adicionales para presentar propuestas, de forma tal que se pueda constituir en causal de objeción de la propuesta, con base en el artículo 273, el incumplimiento de los requisitos adicionales establecidos en el reglamento del artículo 271”*. A continuación, hizo el cuadro comparativo de las normas:

Código de Minas	Decreto 935 de 2013
<i>“Artículo 271. REQUISITOS DE LA PROPUESTA. La propuesta para contratar, además del nombre, identidad y domicilio del interesado, contendrá:</i> <i>a) El señalamiento del municipio, departamento y de la autoridad ambiental de ubicación del área o trayecto solicitado;</i> <i>b) La descripción del área objeto del contrato, y de su extensión;</i> <i>c) La indicación del mineral o minerales objeto del contrato;</i> <i>d) La mención de los grupos étnicos con asentamiento</i>	<i>“Artículo 3º. Si habiéndose reunido todos los requisitos establecidos en el artículo 271 y <u>su reglamento</u>, se presentaren deficiencias en el diligenciamiento de alguno o algunos de ellos, la autoridad minera procederá a objetar la propuesta y a requerir que sea subsanada, conforme a lo dispuesto por el artículo 273 de la Ley 685 de 2001”.</i>

<i>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;</i> <i>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;</i> <i>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;</i> <i>g) A la propuesta se acompañará un plano que tendrá las características y especificaciones establecidas en los artículos 66 y 67 de este Código.</i> <i>La propuesta deberá verse en el modelo estandarizado adoptado por la entidad concedente.</i> <i>ARTÍCULO 273. OBJECIONES A LA PROPUESTA. La propuesta se podrá corregir o adicionar, por una sola vez, por la autoridad minera, si no puede identificarse al proponente, no se puede localizar el área o trayecto pedido, no se ajusta a los términos de referencia o guías o no se acompaña de los permisos previos en los casos señalados en el artículo 34 de este Código, cuando dicha área o trayecto estuvieren ubicados en los lugares o zonas mencionados en dicha disposición. El término para corregir o subsanar la propuesta será de hasta treinta (30) días y la autoridad minera contará con un plazo de treinta (30) días para resolver definitivamente.</i> <i>Una vez corregida la propuesta, cuando fuere el caso, se procederá a la determinación del área libre de superposiciones con propuestas anteriores o títulos vigentes.</i>	
--	--

Artículos 5 del Decreto 935 de 2013 y 1º del Decreto 1300 de 2013

5. En relación con los artículos 5 del Decreto 935 de 2013 y 1º del Decreto 1300 de 2013, señaló que en el literal f) del artículo 271 del Código de Minas, no se hace mención alguna del requisito de capacidad económica y/o situación financiera y su comprobación mediante estados financieros o extractos bancarios consagrados ilegalmente en aquellas disposiciones demandadas, y que “Evidentemente el Presidente de la República

extralimitó su potestad reglamentaria al establecer requisitos adicionales y diferentes a los previstos en el artículo 271 del Código reglamentado (...) Es claro que el legislador, al establecer el literal f) del artículo 271 tantas veces citado, no quiso establecer requisitos que impidieran a las diferentes comunidades y actores participar en las actividades mineras nacionales. Recuérdesse que el legislador señaló que el propósito del Código de Minas era permitir el acceso sin tener en cuenta la capacidad económica de quienes quisieran participar (...)”.

6. De igual manera, aseguró que el artículo 274 del Código de Minas no estableció como causal de rechazo la no presentación de los estados financieros o de los extractos bancarios, ni la supuesta falta de capacidad económica o situación financiera del proponente, *“y mucho menos estableció los criterios para determinar la falta de capacidad económica o la situación financiera adecuada”*. A renglón seguido, efectuó la comparación de las normas, a doble columna:

Código de Minas	Decreto 935 de 2013
<i>“Artículo 271. REQUISITOS DE LA PROPUESTA. La propuesta para contratar, además del nombre, identidad y domicilio del interesado, contendrá:</i> <i>a) El señalamiento del municipio, departamento y de la autoridad ambiental de ubicación del área o trayecto solicitado;</i> <i>b) La descripción del área objeto del contrato, y de su extensión;</i> <i>c) La indicación del mineral o minerales objeto del contrato;</i> <i>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;</i> <i>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;</i> <i>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</i>	<i>Artículo 5º. Para efectos de soportar el estimativo de la inversión económica como requisito de la propuesta en los términos del literal f) del artículo 271 de la Ley 685 de 2001, la autoridad minera o concedente deberá exigir del proponente 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, con el fin de evaluar dichos estados financieros.</i> <i>PARÁGRAFO. 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 los estados financieros suministrados bien sean de propósito general básicos o consolidados, según el caso, determina la falta de capacidad</i>

<i>económica resultante de la aplicación de tales términos y guías;</i> <i>g) A la propuesta se acompañará un plano que tendrá las características y especificaciones establecidas en los artículos 66y 67de este Código.</i> <i>La propuesta deberá verse en el modelo estandarizado adoptado por la entidad concedente.</i> <i>ARTÍCULO 274. RECHAZO DE LA PROPUESTA. La propuesta será rechazada si el área pedida en su totalidad se hallare ubicada en los lugares y zonas señaladas en el artículo 34 de este Código, si no hubiere obtenido las autorizaciones y conceptos que la norma exige; si se superpone totalmente a propuestas o contratos anteriores, si no cumple con los requisitos de la propuesta o si al requerirse subsanar sus deficiencias no se atiende tal requerimiento. En caso de hallarse ubicada parcialmente, podrá admitirse por el área restante si así lo acepta el proponente.</i>	<i>económica para adelantar las inversiones en las actividades mineras.</i>
--	--

Código de Minas	Decreto 1300 de 2013
<i>“Artículo 271. REQUISITOS DE LA PROPUESTA. La propuesta para contratar, además del nombre, identidad y domicilio del interesado, contendrá:</i> <i>a) El señalamiento del municipio, departamento y de la autoridad ambiental de ubicación del área o trayecto solicitado;</i> <i>b) La descripción del área objeto del contrato, y de su extensión;</i> <i>c) La indicación del mineral o minerales objeto del contrato;</i> <i>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;</i> <i>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</i>	<i>Art. 1º.- Modificar el artículo 5º del Decreto número 0935 del 9 de mayo de 2013, el cual quedará así:</i> <i>Artículo 5º. 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:</i> <i>1. En caso de tratarse de persona natural independiente no comerciante:</i> <i>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.</i> <i>1.2. Extractos bancarios de los tres últimos meses anteriores a la presentación de esta documentación.</i> <i>1.3. Registro Único Tributario (DIAN) – RUT actualizado.</i> <i>2. En caso de tratarse de persona natural independiente comerciante:</i>

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 66y 67de este Código. La propuesta deberá verse en el modelo estandarizado adoptado por la entidad concedente. ARTÍCULO 274. RECHAZO DE LA PROPUESTA. La propuesta será rechazada si el área pedida en su totalidad se hallare ubicada en los lugares y zonas señaladas en el artículo 34 de este Código, si no hubiere obtenido las autorizaciones y conceptos que la norma exige; si se superpone totalmente a propuestas o contratos anteriores, si no cumple con los requisitos de la propuesta o si al requerirse subsanar sus deficiencias no se atiende tal requerimiento. En caso de hallarse ubicada parcialmente, podrá admitirse por el área restante si así lo acepta el proponente.	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 1º. 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>(i) Certificación de financiamiento firmada por el representante legal;</i> <i>(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;</i> <i>(iii) Estados financieros de propósito general ya sean básicos o consolidados, certificados y dictaminados.</i> <i>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.</i> <i>Parágrafo 2º. 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.</i>
--	---

Artículo 6º del Decreto 935 de 2013 y el aparte acusado del artículo 2º del Decreto 1300 de 2013

7. La demandante sostuvo que los artículos 11 y 12 del Código Civil, modificados por los artículos 52 y 53 del Código de Régimen Político y Municipal, el artículo 65 del CPACA, el artículo 119 de la Ley 489 de 1998, el artículo 8 de la Ley 57 de 1985 y el artículo 95 del Decreto Ley 2150 de 1995, “(...) disponen en conjunto que la ley, y en especial los actos administrativos de carácter general, como los decretos reglamentarios, sólo entrarán a regir a partir de su promulgación (o inserción en el Diario Oficial)”. Y el artículo 6 acusado, “pretende aplicar de manera retroactiva el contenido del Decreto 935 de 2013, a la ‘evaluación de las propuestas de los contratos de concesión presentadas en vigencia de la Ley 1382 de 2010 y que a la fecha de promulgación del presente decreto se encuentren pendientes de evaluación o surtiendo los recursos de la vía gubernativa (...)’, extendiendo su vigencia a fechas anteriores a su promulgación/publicación en el Diario Oficial, contrariando las disposiciones legales mencionadas. En el mismo sentido está

consagrado el aparte acusado del artículo 2 del Decreto 1300 de 2013. Las normas acusadas así pretenden extender los requisitos y causales para que proceda la objeción y consecuente posibilidad de corrección o adición de la propuesta, establecidos en los citados decretos con extralimitación de la potestad reglamentaria, incluso a trámites cuyas propuestas fueron radicadas en vigencia de otra ley”. Acto seguido, realizó el cuadro comparativo de las normas legales y las demandadas:

Código de Minas	Normas acusadas
<i>“Artículo 271. REQUISITOS DE LA PROPUESTA. La propuesta para contratar, además del nombre, identidad y domicilio del interesado, contendrá:</i> <i>(...)</i> <i>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; (...).”</i> <i>“ARTÍCULO 274. RECHAZO DE LA PROPUESTA. La propuesta será rechazada si el área pedida en su totalidad se hallare ubicada en los lugares y zonas señaladas en el artículo 34 de este Código, si no hubiere obtenido las autorizaciones y conceptos que la norma exige; si se superpone totalmente a propuestas o contratos anteriores, si no cumple con los requisitos de la propuesta o si al requerirse subsanar sus deficiencias no se atiende tal requerimiento. En caso de hallarse ubicada parcialmente, podrá admitirse por el área restante si así lo acepta el proponente”.</i>	Artículo 6 Decreto 935 de 2013: <i>“Este decreto también aplicará para la evaluación de las propuestas de contratos de concesión presentadas en vigencia de la Ley 1382 de 2010 y que a la fecha de promulgación del presente decreto se encuentren pendientes de evaluación, o surtiendo los recursos de la vía gubernativa, para lo cual la autoridad minera otorgará un término no mayor de 30 días para adecuar su solicitud a estos requerimientos”.</i> Artículo 2 Decreto 1300 de 2013: <i>“Este Decreto se aplicará para la evaluación de las propuestas de contratos de concesión minera radicadas a partir de la fecha de promulgación del presente decreto así como para aquellas que se encuentren pendientes de evaluación o surtiendo los recursos de la vía gubernativa, para lo cual la autoridad minera otorgará un término para que los proponentes mineros adecúen su solicitud a estos requerimientos.</i>

Actuación procesal

8. En cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 233 del CPACA, de la solicitud de suspensión provisional se corrió traslado a las demandadas, quienes oportunamente presentaron sendos escritos en los que se opusieron al decreto de la medida cautelar (f. 1, 20 y 28, c. de medida cautelar):

9. La **Nación-Ministerio de Minas y Energía**, manifestó que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 231 del CPACA, la suspensión provisional se encuentra condicionada a que el acto acusado contraríe de modo manifiesto lo dispuesto en normas superiores, lo cual debe surgir del simple cotejo de las normas que se confrontan o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud, pero si se requiere un estudio de fondo para determinar el cumplimiento de tal requisito, el juez debe diferir la decisión hasta el momento en que se dicte sentencia. Y que en el presente caso no procede la medida cautelar, pues del análisis de los artículos 2, 3, 5 y 6 del Decreto 935 de 2013 y del artículo 1º del Decreto 1300 de 2013 –que modifica el artículo 5º del Decreto 935- y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas ni del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud, surge violación de norma legal alguna.

10. Explicó que el artículo 271 de la Ley 685 de 2001 –Código de Minas-que establece los requisitos de la propuesta de contrato, dispone en su literal 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”,* y que es por ello que las disposiciones demandadas *“(...) establecen que para efectos de soportar el estimativo de la inversión económica como requisito deberá exigirse la información financiera del proponente, por lo tanto la Autoridad Minera o concedente 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 los estados financieros de propósito general ya sean básicos o consolidados según aplique (...).”*

11. Y dado que la acusación de la actora sobre la violación de normas superiores por parte de los actos demandados surge de su interpretación particular del Código de Minas, según la cual no se debe verificar la capacidad financiera del proponente para la elaboración de los contratos de concesión minera y por ello no se deben exigir documentos que reporten dicha capacidad ya que el artículo 271 del referido código no los solicita expresamente, resulta necesario analizar en profundidad este juicio y las argumentaciones de todas las partes, lo que se debe efectuar en el momento de proferir

el fallo y no en el estudio de una medida cautelar, pues se *“requiere de un estudio sistemático de las normas que resultan comprometidas, y se necesita para el análisis más fundamentos que aún no hacen parte del expediente. Según los requisitos de procedencia de la suspensión provisional, no es posible deducir de las normas la infracción ostensible del ordenamiento jurídico superior, pues para ello será necesario un análisis más complejo que aquél que puede hacerse en esta etapa procesal”*.

12. La **Nación-Departamento Administrativo de la Presidencia de la República – presidencia de la República-** por su parte, manifestó que en el presente caso no se dan los requisitos para la suspensión provisional referidos a la manifiesta vulneración de las normas jurídicas superiores por parte de los actos administrativos acusados que surja de su simple confrontación y al contrario, *“(…) brilla por su ausencia semejante arbitrariedad manifiesta, si se tiene en cuenta que la misma demanda requiere de una amontonada argumentación para justificar sus pretensiones (...)”*.

13. Adujo además, que el gobierno nacional se limitó a ejercer la facultad reglamentaria, la cual debe *“(…) obedecer al mandato restrictivo y taxativo de la ley y debe concretar el enunciado abstracto de la ley de tal manera que este mandato sea operativo”* y con la expedición de los Decretos 935 y 1300 de 2013, lo que se hizo fue modular la textura abierta de las normas contenidas en el Código de Minas.

14. Sostuvo que del análisis de las normas objeto de impugnación y su confrontación con las normas superiores supuestamente vulneradas así como de las pruebas allegadas por la demandante, no se deduce la violación legal aducida, si se tiene en cuenta que el artículo 271 del Código de Minas exige claramente la satisfacción del estimativo de la inversión económica como requisito para las concesiones, *“(…) siendo entonces un deber de la autoridad minera realizar los análisis financieros que permitan determinar la capacidad económica del proponente para el desarrollo de la inversión económica propuesta”*.

15. Se refirió también a la personal interpretación que la demandante hace de las normas del Código de Minas y a la necesidad de un juicio más detenido y ponderado que

el que corresponde efectuar para la medida cautelar, siendo más propio de la decisión de fondo.

Para resolver, se CONSIDERA:

La competencia

16. De acuerdo con lo dispuesto por los artículos 229 y siguientes del CPACA, este despacho, en sala unitaria, es competente para decidir sobre la solicitud de suspensión provisional de los actos administrativos demandados. En efecto, se observa que el capítulo XI del referido código, que regula lo concerniente a las medidas cautelares procedentes en los procesos contencioso administrativos, dispone que es competencia del juez o del magistrado ponente el decreto de tales medidas –art. 229¹-, dentro de las cuales se halla la de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo –art. 230²-; que les corresponde así mismo, la determinación de las cauciones a que haya lugar para el decreto de las medidas cautelares –art. 232³- y el trámite y decisión de su decreto –art. 233⁴ y que pueden inclusive, el juez o magistrado ponente, decretar

¹ “Art. 229.- En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el juez o magistrado ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo (...).”

² **Artículo 230. Contenido y alcance de las medidas cautelares.** Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para el efecto, el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas: (...) 3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo (...). // **Parágrafo.-** Si la medida cautelar implica el ejercicio de una facultad que comporte elementos de índole discrecional, el Juez o Magistrado Ponente no podrá sustituir a la autoridad competente en la adopción de la decisión correspondiente, sino que deberá limitarse a ordenar su adopción dentro del plazo que fije para el efecto en atención a la urgencia o necesidad de la medida y siempre con arreglo a los límites y criterios establecidos para ello en el ordenamiento vigente”.

³ “**Artículo 232. Caución.** El solicitante deberá prestar caución con el fin de garantizar los perjuicios que se puedan ocasionar con la medida cautelar. El Juez o Magistrado Ponente determinará la modalidad, cuantía y demás condiciones de la caución, para lo cual podrá ofrecer alternativas al solicitante (...).”

⁴ “**Artículo 233. Procedimiento para la adopción de las medidas cautelares.** La medida cautelar podrá ser solicitada desde la presentación de la demanda y en cualquier estado del

medidas cautelares de urgencia –art. 234⁵- y modificar, levantar o revocar las que se hubieren decretado, a petición de parte u oficiosamente, cuando se preste la respectiva caución a satisfacción del juez o magistrado ponente, en el primer caso, o se determine por éste que no se cumplieron los requisitos para su otorgamiento o que los mismos ya no se presentan o fueron superados, o que es necesario variarla para que se cumpla – art. 235⁶-. Y precisamente porque es competencia del magistrado ponente el trámite y

proceso. // El Juez o Magistrado Ponente al admitir la demanda, en auto separado, ordenará correr traslado de la solicitud de medida cautelar para que el demandado se pronuncie sobre ella en escrito separado dentro del término de cinco (5) días, plazo que correrá en forma independiente al de la contestación de la demanda. // Esta decisión, que se notificará simultáneamente con el auto admisorio de la demanda, no será objeto de recursos. De la solicitud presentada en el curso del proceso, se dará traslado a la otra parte al día siguiente de su recepción en la forma establecida en el artículo 108 del Código de Procedimiento Civil. // El auto que decida las medidas cautelares deberá proferirse dentro de los diez (10) días siguientes al vencimiento del término de que dispone el demandado para pronunciarse sobre ella. En este mismo auto el Juez o Magistrado Ponente deberá fijar la caución. La medida cautelar solo podrá hacerse efectiva a partir de la ejecutoria del auto que acepte la caución prestada. // Con todo, si la medida cautelar se solicita en audiencia se correrá traslado durante la misma a la otra parte para que se pronuncie sobre ella y una vez evaluada por el Juez o Magistrado Ponente podrá ser decretada en la misma audiencia. // Cuando la medida haya sido negada, podrá solicitarse nuevamente si se han presentado hechos sobrevinientes y en virtud de ellos se cumplen las condiciones requeridas para su decreto. Contra el auto que resuelva esta solicitud no procederá ningún recurso”.

⁵ “**Artículo 234. Medidas cautelares de urgencia.** Desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, el Juez o Magistrado Ponente podrá adoptar una medida cautelar, cuando cumplidos los requisitos para su adopción, se evidencie que por su urgencia, no es posible agotar el trámite previsto en el artículo anterior. Esta decisión será susceptible de los recursos a que haya lugar. // La medida así adoptada deberá comunicarse y cumplirse inmediatamente, previa la constitución de la caución señalada en el auto que la decrete”.

⁶ **Artículo 235. Levantamiento, modificación y revocatoria de la medida cautelar.** El demandado o el afectado con la medida podrá solicitar el levantamiento de la medida cautelar prestando caución a satisfacción del Juez o Magistrado Ponente en los casos en que ello sea compatible con la naturaleza de la medida, para garantizar la reparación de los daños y perjuicios que se llegaren a causar.

La medida cautelar también podrá ser modificada o revocada en cualquier estado del proceso, de oficio o a petición de parte, cuando el Juez o Magistrado advierta que no se cumplieron los requisitos para su otorgamiento o que estos ya no se presentan o fueron superados, o que es necesario variarla para que se cumpla, según el caso; en estos eventos no se requerirá la caución de que trata el inciso anterior.

La parte a favor de quien se otorga una medida está obligada a informar, dentro de los tres (3) días siguientes a su conocimiento, todo cambio sustancial que se produzca en las circunstancias que permitieron su decreto y que pueda dar lugar a su modificación o revocatoria. La omisión del cumplimiento de este deber, cuando la otra parte hubiere estado en imposibilidad de conocer dicha modificación, será sancionada con las multas o demás medidas que de acuerdo con las normas vigentes puede imponer el juez en ejercicio de sus poderes correccionales”.

decisión de las medidas cautelares, el artículo 236 establece que, en tal caso, el auto que las decreta será susceptible del recurso de súplica⁷.

17. Adicional a lo anterior, se observa que según lo dispuesto por el artículo 125 del CPACA, en el caso de los jueces colegiados –tribunales y Consejo de Estado–, las decisiones a que se refieren los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 243 del código serán de la Sala, correspondiendo el referido numeral 2 al auto *“que decrete una medida cautelar y el que resuelva los incidentes de responsabilidad y desacato en ese mismo trámite”*; pero a renglón seguido, aclara el artículo 125 que esta regla se dará *“excepto en los procesos de única instancia”*, que es el caso del presente proceso, una razón adicional para que la competencia para decidir sobre la suspensión provisional del acto administrativo demandado esté radicada en el magistrado ponente.

18. Por otra parte, en relación con la aparente contradicción existente entre ese artículo 125 y el capítulo XI de medidas cautelares en cuanto a la competencia para el decreto de las mismas, pues el primer artículo se la atribuye a la sala y el segundo al magistrado ponente, la jurisprudencia ha establecido que priman las normas especiales y posteriores del referido capítulo XI⁸.

Las medidas cautelares

19. Las medidas cautelares en los procesos judiciales están instituidas para evitar que la sentencia mediante la cual se deciden las pretensiones, resulte nugatoria por cuenta de las modificaciones que se pueden producir en la situación inicial como consecuencia del tiempo que se requiere para la tramitación del proceso, pues entre el momento en que el mismo se inicia y aquel en el que se puede materializar la sentencia, pueden suceder

⁷ **“Artículo 236. Recursos.** *El auto que decrete una medida cautelar será susceptible del recurso de apelación o del de súplica, según el caso (...)*”. La norma dice según el caso, porque si se trata de la decisión de un juez administrativo, procederá el recurso de apelación; pero si es un auto proferido por el magistrado ponente del tribunal administrativo o del Consejo de Estado, el recurso que cabrá interponer será el de súplica, que es aquel que procede *“(…) contra los autos que por su naturaleza serían apelables, dictados por el Magistrado Ponente en el curso de la segunda o única instancia (...)”*, según lo dispuesto por el artículo 246 del CPACA.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, auto del 24 de enero de 2014, expediente 47694, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

eventos que dificulten o incluso imposibiliten, los efectos prácticos de la decisión. Es por ello que se conciben como “(...) precauciones inequívocamente diseñadas para garantizar que la solución que se adopte como resultado del proceso judicial podrá ser materializada”⁹, brindándole a quien acude a la justicia, la certeza de que el trámite del proceso en sí mismo, no va a obrar en contra de sus intereses y que los mismos serán protegidos aún antes de la decisión definitiva.

20. Es precisamente por esa finalidad que en relación con las medidas cautelares se exige la existencia de ciertos requisitos, cuya evaluación se impone para establecer su procedencia¹⁰, la cual sólo será admisible en presencia de los mismos, pues de faltar alguno de ellos, la medida será innecesaria e inconveniente:

a. La verosimilitud del derecho invocado o apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*), lo que se traduce en últimas, en qué tantas probabilidades de éxito tienen las pretensiones del demandante a las que servirá la medida cautelar, pues de ser éstas mínimas, el daño que se le ocasione a quien soporta la medida cautelar será superior al beneficio de su existencia, lo que la hace inconveniente.

b. La existencia del riesgo por la demora del trámite procesal (*periculum in mora*), pues si el mismo no existe, las medidas cautelares sobran.

21. No se puede perder de vista que la adopción de una medida cautelar compromete el ejercicio de un derecho y por lo tanto, puede llegar a ocasionarse un perjuicio a su titular, razón por la cual este riesgo sólo resulta admisible, en la medida en que realmente sea necesaria la medida por estar reunidos los requisitos enunciados.

22. Con la expedición de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA-, se produjo un cambio trascendental desde el punto de vista de las facultades cautelares y preventivas que a petición de parte puede ejercer el juez contencioso administrativo en los procesos que se tramitan ante esta

⁹ Rojas Gómez, Miguel Enrique, “La Teoría del Proceso”, Universidad Externado de Colombia, 1ª ed., 2002, p. 219.

¹⁰ *Ibíd*em, p. 221.

jurisdicción especializada, puesto que las mismas fueron ampliamente aumentadas en relación con aquellas que le atribuía el Decreto-Ley 01 de 1984 –que sólo contemplaba la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos-.

La suspensión provisional del acto administrativo

23. Como es bien sabido, los actos administrativos están investidos de la presunción de legalidad y una vez en firme, son ejecutivos y ejecutorios, lo que significa que son obligatorios por sí mismos y la administración puede hacerlos cumplir por sí y ante sí, aun coercitivamente, inclusive si son demandados, puesto que esta circunstancia no les resta su eficacia.

24. No obstante, la Constitución Política en su artículo 238, establece que la jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial.

25. Mediante la suspensión provisional del acto administrativo demandado, se pretende impedir su ejecución mientras se tramita el proceso contencioso en el que se ventila su validez, es decir que dicha medida cautelar está dirigida a evitar que la decisión administrativa produzca los efectos que está llamada a producir en principio, hasta tanto se decida en la sentencia sobre su legalidad o ilegalidad, a través de la declaratoria de nulidad del acto administrativo demandado, cuando el juez compruebe la violación, por su parte, de las normas superiores aducidas por el demandante o de la denegatoria de las pretensiones, en caso contrario.

26. Es decir que la suspensión provisional del acto administrativo constituye una pérdida de fuerza ejecutoria transitoria del mismo, puesto que si al fallar, el juez concluye que definitivamente el acto demandado y suspendido no es violatorio de las normas legales aducidas en la demanda, proferirá sentencia denegatoria de las pretensiones y se

levantará automáticamente la orden de suspensión del acto administrativo, que recobrará su ejecutoriedad. Precisamente, el CPACA en su artículo 91, dispone:

Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos en firme serán obligatorios mientras no hayan sido anulados por la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Perderán obligatoriedad y, por lo tanto, no podrán ser ejecutados en los siguientes casos:

1. Cuando sean suspendidos provisionalmente sus efectos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo (...).

27. Lo anterior significa que un acto administrativo puede gozar de la presunción de legalidad -que conservará mientras no sea judicialmente declarado nulo-, es decir, que se entiende que es válido porque fue expedido con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos para su formación y que posee todos los elementos esenciales para su existencia, y a pesar de ello, puede carecer de eficacia -la cual no es más que la aptitud del acto administrativo de producir los efectos para los cuales se le dio vida jurídica-, entre otros eventos, cuando es judicialmente suspendido.

28. La suspensión provisional de los efectos del acto administrativo es una medida cautelar de naturaleza tutelar, puesto que apunta a evitar la producción de perjuicios por la ejecución del acto cuya legalidad se cuestiona en el proceso judicial y se halla regulada en el Capítulo XI del CPACA -Ley 1437 de 2011-, cuyo artículo 231 dispone:

Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.

29. Es decir que cuando sólo se pretende la nulidad del acto administrativo, para la procedencia de la suspensión provisional de sus efectos basta con la constatación de la violación de las normas superiores, a partir del análisis del acto acusado y la norma infringida y/o las pruebas allegadas con la demanda.

30. Y sobre esta exigencia, resulta necesario advertir, como lo ha hecho la jurisprudencia en pasadas ocasiones¹¹, que la Ley 1437 de 2011 introdujo una importante diferencia frente a lo que disponía al respecto el Código Contencioso Administrativo –Decreto 01 de 1984-, pues en éste, la prosperidad de la solicitud de suspensión provisional del acto administrativo demandado dependía de que la violación de la norma superior apareciera de manera manifiesta, es decir que debía surgir en forma evidente y protuberante de la sola comparación entre aquella y el acto acusado o los documentos públicos aportados por la parte demandante, sin que fuera posible llevar a cabo mayor elucubración o análisis por parte del juez, puesto que en tal caso, de ser ello necesario para verificar la validez o ilegalidad del acto demandado, debía negar la suspensión y dejar el estudio para la decisión de fondo, luego del análisis probatorio a que hubiera lugar¹².

31. En cambio, en el artículo 231 de la Ley 1437 no se hace una exigencia de estas características, pues sólo dice que la suspensión procederá *“cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud”*, lo que ha sido entendido por la Corporación como una ampliación de las facultades del juez encargado de decidir sobre la suspensión provisional, puesto que ya no se encuentra limitado por la obviedad de la ilegalidad sino que puede efectuar un análisis más profundo de los cargos y de los documentos y pruebas aportados por el demandante, para deducir la existencia o inexistencia de la ilegalidad aducida en la demanda.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, providencia de 24 de enero de 2013, expediente 11001-03-28-000-2012-00068-00; C.P. Dra. Susana Buitrago Valencia; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto de 3 de diciembre de 2012, expediente 11001-03-24-000-2012-00290-00; C.P. Dr. Guillermo Vargas Ayala; citadas en Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, auto del 14 de mayo de 2014, expediente 50222, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, auto del 30 de abril de 2014, expediente 47694 A, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

¹² El artículo 152 del C.C.A., establecía: Art. 152. El Consejo de Estado y los tribunales administrativos podrán suspender los actos administrativos mediante los siguientes requisitos: 1º) Que la medida se solicite y sustente de modo expreso en la demanda o por escrito separado, presentado antes de que sea admitida; // 2º) Si la acción es de nulidad, basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud; 3º) Si la acción es distinta de la de nulidad, además se deberá demostrar, aunque sea sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto demandado causa o podría causar al actor” (Las subrayas son de la Sala).

Las normas demandadas

DECRETO 935 DE 2013:

32. Se pidió la suspensión provisional de las partes que aparecen subrayadas en los artículos 2º y 3º, y la totalidad de los artículos 5º y 6º (p. 26 y 33 de la demanda):

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

Artículo 3º. Si habiéndose reunido todos los requisitos establecidos en el artículo 271 y su reglamento, se presentaren deficiencias en el diligenciamiento de alguno o algunos de ellos, la autoridad minera procederá a objetar la propuesta y a requerir que sea subsanada, conforme a lo dispuesto por el artículo 273 de la Ley 685 de 2001.

Artículo 5º. Para efectos de soportar el estimativo de la inversión económica como requisito de la propuesta en los términos del literal f) del artículo 271 de la Ley 685 de 2001, la autoridad minera o concedente deberá exigir del proponente 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, con el fin de evaluar dichos estados financieros.

PARÁGRAFO. 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 los estados financieros suministrados bien sean de propósito general básicos o consolidados, según el caso, determina la falta de capacidad económica para adelantar las inversiones en las actividades mineras.

Artículo 6º. Este decreto también aplicará para la evaluación de las propuestas de contratos de concesión presentadas en vigencia de la Ley 1382 de 2010 y que a la fecha de promulgación del presente decreto se encuentren pendientes de evaluación, o surtiendo los recursos de la vía gubernativa, para lo cual la autoridad minera otorgará un término no mayor de 30 días para adecuar su solicitud a estos requerimientos.

DECRETO 1300 DE 2013:

33. Fueron demandados en su totalidad, los artículos 1º y 2º:

Art. 1º.- Modificar el artículo 5º del Decreto número 0935 del 9 de mayo de 2013, el cual quedará así:

“Artículo 5º. 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 1º. 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 2º. 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”.

Artículo 2º. Este decreto aplicará para la evaluación de las propuestas de contratos de concesión minera radicadas a partir de la fecha de promulgación del presente decreto así como para aquellas que se encuentren pendientes de evaluación o surtiendo los recursos de la vía gubernativa, para lo cual la autoridad minera otorgará un término para que los proponentes mineros adecúen su solicitud a estos requerimientos.

34. La Sala advierte que mediante auto del 26 de febrero de 2014¹³, el Consejo de Estado resolvió suspender provisionalmente los efectos del artículo 5º del Decreto 0935 de 9 de mayo de 2013, modificado por el artículo 1º del Decreto 1300 de 2013, en los siguientes términos:

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.

4.7.3.- Dicho lo anterior, también se observa que la finalidad del artículo 5º del Decreto 0935 de 2013 (modificado por el artículo 1º 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

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, auto del 26 de febrero de 2014, expediente 47693. Contra esta providencia fue interpuesto recurso de súplica, el cual fue resuelto mediante auto del 12 de junio de 2014, que la confirmó.

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 5º 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 2º del artículo 5º 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 5º 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 términos 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 5º del Decreto 0935 de 2013 (modificado por el artículo 1º 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 5º 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.

(...)

4.7.9.- De esta manera, al constatarse que el artículo 5º del Decreto reglamentario acusado introdujo un requisito adicional para la solicitud de suscripción de un contrato de concesión minera, así como también incluyó una nueva causal de rechazo de la misma, resulta manifiesta la contradicción de contenidos normativos entre el artículo 5º del Decreto 0935 de 2013 (modificado por el artículo 1º del Decreto No. 1300 de 21 de junio de 2013) con los artículos 271 y 274 de la Ley 685 de 2001, directamente, al igual que frente a los artículos 84 y 333 de la Constitución Política, ya que en ejercicio de la potestad reglamentaria se introdujo un requisito que no se encuentra consagrado en las normas legales, lo cual supone una afectación a la libertad económica, al exigirse el cumplimiento de una obligación que no está dispuesta en alguna norma de rango legal, a más de ser violatorio del principio de seguridad jurídica en tanto que con una disposición de tal característica se sorprende a los

partícipes de esta actividad económica incluyendo una regulación adicional que no satisface el requisito de legitimidad democrático establecido por el Constituyente de 1991.

35. De acuerdo con lo anterior, no resulta procedente en el *sub-lite*, proferir una decisión de suspensión en relación con el artículo 5º del Decreto 935 de 2013 y el artículo 1º del Decreto 1300 de 2013 que lo modificó, por sustracción de materia; es decir, por cuanto en relación con el primero, fue subrogado por el segundo y respecto de este último, dichas disposiciones ya fueron retiradas temporalmente del ordenamiento jurídico y, de manera preventiva, dejaron de producir efectos, en virtud de la referida decisión judicial, por lo que pierde su razón de ser la suspensión provisional en el presente proceso y en consecuencia, se ordenará estarse a lo resuelto en el mencionado auto del 26 de febrero de 2014.

Artículos 2º y 3º del Decreto 935 de 2013

36. Se pidió la suspensión provisional de las partes subrayadas –“y su reglamento”, ver párrafo 3-, en la medida en que implican la posibilidad de objetar y rechazar de plano la propuesta de contrato de concesión minera por el desconocimiento, no sólo de los requisitos establecidos en el artículo 271 de la Ley 685 de 2001 –Código de Minas- sino también de los dispuestos por el gobierno nacional en el decreto que expida para reglamentar la norma legal.

37. Al respecto, se observa que el Consejo de Estado en reiteradas ocasiones, ha tenido oportunidad de manifestarse sobre los límites dentro de los cuales se debe ejercer la facultad reglamentaria por parte del gobierno nacional, recordando que si bien se trata de una función que el artículo 189 constitucional atribuyó al presidente de la República¹⁴, la misma se debe cumplir dentro del marco dispuesto por el legislador en la norma que será objeto de reglamentación, puesto que su finalidad no es otra que la de garantizar la efectiva aplicación de la ley, sin que ello implique que la misma pueda ser

¹⁴ “Art. 189.- Corresponde al presidente de la República como jefe de Estado, jefe de gobierno y suprema autoridad administrativa: // (...) 11. Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes”.

modificada para ampliar o restringir sus términos o para variar las disposiciones en ella contenidas, debiendo limitarse el reglamento a establecer las condiciones necesarias para la concreta aplicación de la norma legal, es decir para permitir que ésta despliegue los efectos para los cuales fue concebida y expedida, por el órgano democráticamente elegido para ello, sin que le sea dado al ejecutivo invadir la órbita de competencia del legislador, so pretexto de reglamentar la ley.

38. Por otra parte, el reglamento será procedente en la medida en que la norma legal así lo requiera, dependiendo de la generalidad o especificidad de la misma, con lo cual el grado de reglamentación será inversamente proporcional al grado de desarrollo de la ley, pues en tanto ésta sea más detallada y concreta, menor será la necesidad de reglamentación.

39. Teniendo en cuenta esta circunstancia, se analizarán a continuación los actos acusados y las normas cuya violación se predica en la demanda, para establecer si resulta procedente o no la suspensión provisional deprecada en la misma.

40. El Título VII del Código de Minas, contenido en la Ley 685 de 2001, regula los aspectos procedimentales de la materia, consistentes en los trámites, diligencias y resoluciones que integran el procedimiento gubernativo en asuntos mineros, los cuales tienen como finalidad esencial garantizar en forma pronta y eficaz el derecho a solicitar del particular como proponente del contrato de concesión y el de facilitarle su efectiva ejecución, según reza el artículo 258.

41. Es a este título que pertenecen los artículos 271, 273 y 274, que la parte actora aduce como violados por las disposiciones demandadas en estudio. Tales artículos, disponen:

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 66y 67de este Código.

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

ARTÍCULO 273. OBJECIONES A LA PROPUESTA. La propuesta se podrá corregir o adicionar, por una sola vez, por la autoridad minera, si no puede identificarse al proponente, no se puede localizar el área o trayecto pedido, no se ajusta a los términos de referencia o guías o no se acompaña de los permisos previos en los casos señalados en el artículo 34 de este Código, cuando dicha área o trayecto estuvieren ubicados en los lugares o zonas mencionados en dicha disposición. El término para corregir o subsanar la propuesta será de hasta treinta (30) días y la autoridad minera contará con un plazo de treinta (30) días para resolver definitivamente.

Una vez corregida la propuesta, cuando fuere el caso, se procederá a la determinación del área libre de superposiciones con propuestas anteriores o títulos vigentes.

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

42. La expresión demandada de los artículos 2 y 3 del Decreto 935 de 2013 –“y su reglamento”-, vulnera las anteriores disposiciones legales, pues mediante la misma el gobierno nacional pretendió hacer obligatorios los requisitos que para la admisión de la propuesta de contrato de concesión él mismo creara mediante un decreto reglamentario, como en efecto lo hizo en el artículo 5º del mismo decreto, que, como ya se vio, fue suspendido por esta Corporación, por considerar que creó requisitos para la propuesta de contrato que no contiene el Código de Minas y consagró su ausencia como causal de objeción y de rechazo de la misma.

43. Tal y como se desprende de la lectura de los artículos 271, 273 y 274, el legislador no defirió al gobierno la creación de requisitos nuevos y adicionales a los establecidos en las mismas normas del Código de Minas, por lo que sujetar la admisibilidad de la propuesta de contrato de concesión al cumplimiento de los exigidos por el reglamento, rebasa la competencia que tenía el gobierno nacional para desarrollar y hacer efectiva la aplicación de las normas legales en cuestión, puesto que sólo la ausencia de las exigencias contenidas en el artículo 271 de la Ley 685 de 2001, puede dar lugar a objetar la propuesta para que la misma sea corregida y a rechazarla, en caso de que no se subsane la respectiva omisión por parte del peticionario, como lo dispone el artículo 274 del mismo código. En consecuencia, resulta procedente la suspensión solicitada, respecto de la frase “*y su reglamento*”, contenida en los artículos 2 y 3 del Decreto 935 de 2013 y así se dispondrá en la presente providencia.

Artículo 6º del Decreto 935 de 2013 y artículo 2º del Decreto 1300 de 2013

44. El artículo 6º del Decreto 935 como ya se vio –ver párrafo 7-, dispuso que el decreto también se aplicará para la evaluación de las propuestas de contratos de concesión presentadas en vigencia de la Ley 1382 de 2010 y que a la fecha de su promulgación se encontraran pendientes de evaluación o surtiendo recursos en la vía gubernativa, para lo cual, la entidad otorgaría un término no mayor de 30 días para adecuar la solicitud a estos requerimientos.

45. Por su parte, el Decreto 1300 de 2013, que fue expedido para modificar el artículo 5º del Decreto 935 de 2013, estableció en su artículo 2º, que el mismo se aplicaría para la evaluación de las propuestas de contratos de concesión minera radicadas a partir de la fecha de su promulgación, así como para aquellas que se encuentren pendientes de evaluación o surtiendo los recursos de la vía gubernativa, para lo cual la autoridad minera otorgará un término para que los proponentes mineros adecúen su solicitud a estos requerimientos.

46. Se observa entonces, que los decretos demandados dispusieron su aplicación para los procedimientos o actuaciones administrativas que se hallaban en curso, en virtud de propuestas de contratación que ya habían sido presentadas por los interesados antes de la entrada en vigencia de la nueva reglamentación, situación que para el demandante resulta abiertamente ilegal, ya que la normatividad legal que citó en su demanda –ver párrafo 7- dispone que los actos administrativos de carácter general solo entran a regir a partir de su promulgación y las disposiciones demandadas pretenden extender su vigencia a fechas anteriores a su publicación, imponiendo los requisitos y causales de objeción de las propuestas de contratos de concesión minera a trámites cuyas propuestas fueron presentadas en vigencia de otra ley.

47. Al respecto, se observa que, toda vez que el artículo 1º del Decreto 1300 de 2013, que modificó el artículo 5º del Decreto 935 de 2013, fue suspendido por esta Corporación, como ya se dijo, mediante auto del 26 de febrero de 2014, dicha disposición perdió su fuerza ejecutoria, es decir su obligatoriedad, en virtud de lo dispuesto por el numeral 1º del artículo 91 del CPACA¹⁵, lo que significa que temporalmente y mientras se profiere la decisión definitiva en el proceso en el que se está analizando su validez, dicha norma no puede ser aplicada a las nuevas actuaciones que se inicien con la propuesta de contrato de concesión minera y tampoco a las que se encuentren en trámite, por lo cual, hace inocua la suspensión de los artículos aquí estudiados.

48. Se dice lo anterior, por cuanto la suspensión provisional, como ya se ha explicado, es una medida cautelar, preventiva, que busca precisamente dejar sin efectos en forma inmediata y temporal, la disposición demandada mientras se dicta la sentencia definitiva. Y en el presente caso, dichas disposiciones –art. 6º del Decreto 935 de 2013 y art. 2º del Decreto 1300 de 2013-, de hecho, no podrán tener efectos, mientras se

¹⁵ Esta norma dispone: “ART. 91.- Pérdida de ejecutoriedad del acto administrativo. Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos en firme serán obligatorios mientras no hayan sido anulados por la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Perderán obligatoriedad y, por lo tanto, no podrán ser ejecutados en los siguientes casos: // 1. Cuando sean suspendidos provisionalmente sus efectos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo (...)”.

decide la legalidad de la norma que ellas ordenan aplicar a los procedimientos administrativos en curso.

49. Dicho en otras palabras, si las disposiciones contenidas en las normas cuya suspensión se solicita ordenan aplicar otra norma que ya fue judicialmente suspendida y que por lo tanto, no se puede aplicar, resulta inútil suspenderlas, pues ya el efecto buscado se produjo. En consecuencia, se denegará la solicitud respecto de las mismas.

50. Finalmente, se precisa que de conformidad con lo establecido en el inciso final del artículo 232 del CPACA, “[n]o se requerirá de caución cuando se trate de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos (...)”.

En mérito de lo expuesto, se

RESUELVE:

SUSPENDER, de forma provisional, la frase *y su reglamento*, contenida en los artículos 2 y 3 del Decreto 935 de 2013.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DANILO ROJAS BETANCOURTH