

SUSPENSION PROVISIONAL - Noción. Definición. Concepto / SUSPENSION PROVISIONAL - Naturaleza. Requisitos. Regulación normativa / SUSPENSION PROVISIONAL DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS - Procedencia. Presupuestos / SUSPENSION PROVISIONAL - Cambio normativo. Ley 1437 de 2011

La suspensión provisional constituye un importante instrumento de naturaleza cautelar, temporal y accesorio, tendiente a evitar que actos contrarios al ordenamiento jurídico continúen surtiendo efectos, dada la presunción de legalidad que los acompaña, mientras se decide de fondo su constitucionalidad o legalidad en el proceso donde se hubiere decretado la medida, como producto de una solicitud fundamentada del impugnante, que en consideración del juzgador sea procedente en razón de la claridad de la infracción al principio de legalidad; en consecuencia, es presupuesto básico de la medida que el acto esté produciendo sus efectos jurídicos. En este sentido, su finalidad no es otra que la de evitar, transitoriamente, la aplicación del acto administrativo, en virtud de un análisis provisional del mismo, salvaguardando los intereses generales y el Estado de derecho. (...) se deducen como requisitos para la procedencia de dicha medida cautelar que: i) sea solicitada por el demandante, ii) exista una violación que “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” y iii) si se trata del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, se acrediten, al menos de manera sumaria, los perjuicios que se alegan como causados por los actores. (...) en el artículo 231 del C.P.A.C.A. la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo procede por la “violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado”, mientras que en el anterior Código Contencioso Administrativo la suspensión provisional de actos administrativos solo podía examinarse a la luz de las disposiciones cuya violación se invocara dentro de la petición de la medida cautelar. quizá el cambio más significativo que introdujo el artículo 231 del C.P.A.C.A. respecto de la suspensión provisional de los actos administrativos es la eliminación del requisito que consistía en que, para que se pudiera conceder esta medida cautelar, era necesario que la norma demandada vulnerara la norma superior de manera manifiesta, ostensible o palmaria. **NOTA DE RELATORIA:** Acerca de la procedencia de la suspensión provisional como medida cautelar, consultar sentencia de 18 de julio de 2002, exp. 22477

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 231

NORMA DEMANDADA: RESOLUCIÓN 079 de 2014 (29 de enero) AGENCIA NACIONAL DE MINERIA - ARTICULO 1 (Suspendido parcialmente)

SUSPENSION PROVISIONAL - Límites a la facultad para dictar medidas cautelares / PRIMERA LIMITANTE - Invocación de normas que se consideran violadas / MEDIDAS CAUTELARES - Rogación de la jurisdicción. Principio de justicia rogada

[E]l artículo 231 de la ley 1437 de 2011 incorpora límites a la facultad para dictar medidas cautelares que están determinados: i) por la invocación de las normas que se consideran violadas, bien en la demanda o bien en el escrito separado contentivo de la solicitud, y su confrontación con el acto acusado y ii) por el estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. En relación con la primera limitante, esto es, con la invocación de las normas que se consideran violadas, la prosperidad de la medida cautelar de suspensión provisional no está sujeta en la ley 1437 de 2011 a que la contradicción con las disposiciones invocadas como infringidas sea ostensible o manifiesta, como exigía el C.C.A., sino a que surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas, teniendo en cuenta que las referencias conceptuales y argumentativas que se esgrimen en la solicitud de

suspensión constituyen el marco sobre el que debe resolverse dicho asunto. (...)ha sido característica de esta jurisdicción que las pretensiones formuladas dentro de los asuntos sometidos a su conocimiento deben regirse por la “rogatio” o rogación y que existe una estrecha e inescindible relación entre ésta y el principio dispositivo, de manera que el actor dentro del proceso contencioso administrativo debe cumplir con la carga de orientar el ámbito dentro del cual considera que el juez debe pronunciarse, aludiendo a los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan sus pedimentos. Tradicionalmente el principio de la justicia rogada ha gobernado el actuar de la jurisdicción contencioso administrativa en dos ámbitos: i) no existe oficiosidad para iniciar un juicio y solamente el libelista, en virtud del principio dispositivo, tiene la posibilidad de identificar, individualizar y formular cargos contra el acto impugnado y ii) el juez se encuentra vinculado a lo solicitado, de forma que, en principio, no le resulta posible extenderse al estudio de temas ni emitir pronunciamiento sobre aspectos que no han sido planteados o sustentados por el actor. En lo relativo a las medidas cautelares, la rogación de la jurisdicción resulta aplicable en virtud de artículo 229 de la ley 1437 de 2011, que dice que: “En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, (sic) 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 ...”, de forma que la petición de parte y la sustentación de la misma fijan el marco de lo que se pretende y el juez podrá analizar si surge una violación del acto demandado luego de su confrontación con las normas superiores que se hayan invocado como violadas y a la luz de los argumentos al respecto esgrimidos por el solicitante de la medida, es decir, el juez podrá decidir teniendo en cuenta únicamente los argumentos que sustentan la solicitud de suspensión provisional, de suerte que no podrá hacer para ello una confrontación con otras normas del ordenamiento jurídico positivo que no hayan sido citadas como infringidas, ni acudir a argumentos o cargos que no hayan sido formulados por el demandante, al solicitar la suspensión provisional de los efectos del acto demandado. **NOTA DE RELATORIA:** acerca de la relación del principio de justicia rogada con la solicitud de suspensión provisional de un acto administrativo, consultar Corte Constitucional, sentencia T-553 del 16 de julio de 2012

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 231 / LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 229

NORMA DEMANDADA: RESOLUCIÓN 079 de 2014 (29 de enero) AGENCIA NACIONAL DE MINERIA - ARTICULO 1 (Suspendido parcialmente)

SUSPENSION PROVISIONAL - Limites a la facultad para dictar medidas cautelares / SEGUNDA LIMITANTE - El estudio de las pruebas allegadas con la solicitud de medidas cautelares

La segunda limitante está dada por el hecho de que el juez debe decidir con fundamento en las pruebas que hayan sido aportadas con la solicitud de medidas cautelares, de modo que, en consonancia con lo dicho renglones atrás, no puede recurrir el juez a medios de prueba diferentes a aquellos que, en criterio del demandante, son los necesarios para darle sustento a los planteamientos esgrimidos en la solicitud de la medida cautelar. Todo lo anterior, salvo la oficiosidad de la que puede hacer uso el juez para decretar medidas cautelares en procesos que “tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo” (párrafo del artículo 229 del C.P.A.C.A.).

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 229

NORMA DEMANDADA: RESOLUCIÓN 079 de 2014 (29 de enero) AGENCIA NACIONAL DE MINERÍA - ARTICULO 1 (Suspendido parcialmente)

SUSPENSION PROVISIONAL - Artículo 1 de la resolución 079 de 2014 / SOLICITUD DE SUSPENSION PROVISIONAL - Contra la presunta modificación del artículo 275 de la Ley 685 de 2001 / CONCESION PARA EXPLOTACION MINERA - Modificación del término para ejercer el derecho de preferencia de los grupos étnicos / AGENCIA NACIONAL DE MINERÍA - No está facultada para modificar la ley / AGENCIA NACIONAL DE MINERÍA - Invadió la competencia exclusiva del legislador / AGENCIA NACIONAL DE MINERÍA - No puede exigir requisitos adicionales a los establecidos por la ley / SUSPENSION PROVISIONAL - Procedencia

[L]a Sala limitará su análisis en lo que concierne a la presunta modificación del artículo 275 de la ley 685 (único aspecto que le generó inconformidad a la parte recurrente), toda vez que la competencia para decidir se encuentra determinada por las referencias conceptuales y argumentativas que se formularon en contra de la decisión recurrida; por tanto, los demás aspectos (diversos a los planteados en el recurso) se entienden zanjados con la providencia suplicada. (...) de la lectura del artículo 275 de la ley 685 de 2001 se extrae que: i) la autoridad minera tiene un término de 15 días para objetar la propuesta de concesión minera (sea quien sea el interesado), ii) en el evento de que la propuesta no sea objetada, dentro de los 5 días siguientes al vencimiento de aquél término la referida autoridad deberá comunicarla (por intermedio del Ministerio del Interior) a los representantes de los grupos étnicos que ocupan el área objeto de la propuesta, para que comparezcan a ejercer su derecho de preferencia y iii) este derecho se tiene que hacer efectivo en el término de 30 días, "... contados a partir de la notificación". Todo esto de llevarse a cabo siempre y cuando el área objeto de concesión se encuentre ubicada en una zona indígena, de negritudes o mixta. Revisada la resolución 079 de 2014, se observa que: i) no consagró el término de 15 días dispuestos en el artículo 275 de la Ley 685 de 2001, para que la autoridad minera objete la propuesta de concesión, ii) agregó un aparte en el cual se indica que el grupo étnico cuenta con el término de 30 días para manifestar su interés en presentar propuesta de concesión minera (distinción que no se consagró expresamente en el mencionado artículo 275) y iii) amplió el plazo (de 30 días a 6 meses) para que los grupos étnicos presenten su respectiva propuesta de concesión minera, lo cual se hizo bajo la interpretación, como se dijo, de que el plazo legal (30 días) únicamente tiene como objeto que dichos grupos manifiesten su interés de ejercer el derecho de preferencia y no para presentar la propuesta formal del contrato de concesión minera, para lo cual la resolución consagra el término de seis (6) meses.(...) la Agencia Nacional de Minería modificó el contenido normativo del artículo 275 de la ley 685 de 2001, pues suprimió el término de 15 días que consagra dicha ley para que la autoridad minera decida si objeta o no la propuesta de concesión minera presentada por cualquier particular y, adicionalmente, amplió el plazo para que los grupos étnicos ejerzan su derecho de preferencia, teniendo en cuenta que ese artículo prevé para ello un término de 30 días, mientras que la norma demandada habla de 6 meses, plazo respecto del cual, por lo demás, no se halla referencia alguna en la ley.(...) la Agencia Nacional de Minería invadió la órbita que le está deferida al legislador, teniendo en cuenta que modificó el contenido y el alcance del artículo 275 de la ley 685 de 2001. Al respecto, se reitera que la materia del reglamento se circunscribe a lo que de manera explícita contiene la ley, con miras a asegurar su cumplida ejecución, pero no puede –en manera alguna– ampliar ni restringir su alcance u ocuparse de asuntos ajenos a su sentido y recto entendimiento; en otros términos, el reglamento debe entenderse como un complemento a lo previamente dispuesto por la ley (en aquellos eventos donde conviene o resulta necesario dotar de mayor eficacia a la norma) y en ningún caso

como una facultad creadora, modificadora o derogadora que interfiera las competencias del legislador, lo cual supone una extralimitación de sus funciones. **NOTA DE RELATORIA:** Sobre el límite de competencias que tiene el juez sobre las providencias recurridas, ver sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, exp: 33143 del 12 de febrero de 2014. Acerca de la imposibilidad de exigir requisitos adicionales a los establecidos por el legislador consultar sentencia de fecha 11 de noviembre de 2009, exp. 20691.

FUENTE FORMAL: LEY 685 DE 2001 - ARTICULO 275

NORMA DEMANDADA: RESOLUCIÓN 079 de 2014 (29 de enero) AGENCIA NACIONAL DE MINERIA - ARTICULO 1 (Suspendido parcialmente)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

Bogotá D.C., doce (12) de febrero de dos mil dieciséis (2016)

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

Actor: LUIS ALFONSO ARIAS GARCÍA

Demandado: AGENCIA NACIONAL DE MINERÍA

Referencia: SUSPENSIÓN PROVISIONAL

Decide la Sala el recurso de súplica formulado por la Agencia Nacional de Minería contra el auto del 17 de marzo de 2015, dictado por el magistrado conductor del proceso, mediante el cual se decretó la suspensión provisional de varios apartes correspondientes al artículo 1 de la resolución 079 de 2014, expedida por la misma entidad.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

El señor Luis Alfonso Arias García presentó demanda ante el Consejo de Estado, con el fin de obtener la nulidad de algunos apartes correspondientes al artículo 1 de la resolución 079 del 29 de enero de 2014, dictada por la Agencia Nacional de Minería,

por medio de la cual se “... *modifica y adiciona la Resolución número (sic) 396 del 14 de junio de 2013 que establece el procedimiento de radicación de propuestas de contrato de concesión minera, en ejercicio del derecho de prelación, consagrado en los artículos 124 y 133 del Código de Minas*”¹.

En acápite independiente, la parte actora solicitó la suspensión provisional parcial del mencionado artículo 1 de la resolución 079 del 29 de enero de 2014, toda vez que, en su criterio, vulnera el artículo 275 del Código de Minas, teniendo en cuenta que modificó, suprimió y estableció requisitos adicionales a los establecidos en la ley para el ejercicio del derecho de prelación por parte de los grupos étnicos (comunidades indígenas y negritudes) (fls. 10 a 12, C. único).

2. La suspensión provisional

Mediante auto del 11 de agosto de 2014, el despacho sustanciador corrió el traslado previsto en el artículo 233 del CPACA² y, en auto del 17 de marzo de 2015, decretó la suspensión provisional parcial del artículo 1 de la resolución 079 de 2014, toda vez que, a su juicio: *i)* se incorporó vía reglamento la exigencia de unos estudios de índole técnico, económico y jurídico que no establece la ley, *ii)* se amplió el término para que los grupos étnicos (negritudes o indígenas) ejercieran su derecho de preferencia (de 30 días a 6 meses) y *iii)* se suprimieron algunos términos previstos en el mencionado artículo 275, esto es, el de 15 días, dispuesto para que la autoridad minera decida si objeta o no la propuesta de concesión y el de 5 días, consagrado para que surta la notificación a las comunidades étnicas, con el fin de que hagan valer su derecho de preferencia (fls. 38 a 65, C. único).

El texto parcialmente demandado dice (se resalta y subraya el texto normativo suspendido):

“RESOLUCIÓN 079 DE 2014

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

¹ Acto publicado en el Diario Oficial 49049 del 30 de enero de 2014.

² Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

“La Presidente de la Agencia Nacional de Minería, en ejercicio de sus facultades legales, en especial de las conferidas por el artículo 317 del Código de Minas, el Decreto número 4134 del 3 de noviembre de 2011, la Resolución número 484 del 30 de octubre de 2012 expedida por la Agencia Nacional de Minería, ...

“RESUELVE:

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

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

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

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

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

“Parágrafo. La Autoridad Minera deberá agotar este procedimiento en el trámite de las solicitudes vigentes que a la fecha de la publicación de la presente resolución estén ubicadas total o parcialmente dentro de las zonas mineras indígenas, de comunidades negras o mixtas, con el fin de garantizar el ejercicio del derecho de prelación de los grupos indígenas y/o las comunidades negras” (fl. 64, C. único).

3. Recurso de súplica

La Agencia Nacional de Minería formuló recurso ordinario de súplica, con el fin de que se revocara la decisión anterior, por cuanto, a su juicio, la resolución 079 de 2014 lo que busca es precisar el procedimiento administrativo que deben observar las comunidades étnicas para hacer efectivo su derecho de prelación; en este sentido, indicó que dicho acto administrativo no modificó término legal alguno, pues “... el lapso de seis meses

contemplado en dicha Resolución (sic) no tiene como propósito ampliar el plazo legal para que las Comunidades ejerzan su derecho de prelación sino establecer un término prudencial para la presentación de la propuesta de contrato de concesión”, para cuyo efecto no se estableció término legal alguno y, dado ese vacío, en criterio de la recurrente, la norma acusada “... *se erigió como un aliciente cardinal*” (fls. 68 a 70, C. único).

4. La parte actora recorrió el traslado del recurso de súplica, en escrito por medio del cual solicitó confirmar el auto apelado, toda vez que, según ella, la Agencia Nacional de Minería se extralimitó de manera flagrante en el ejercicio de su potestad reglamentaria, teniendo en cuenta que creó “... *un nuevo procedimiento, adicional y diferente al establecido en el Código de Minas*” (fl. 77, C. único); además, expresó que el derecho de prelación de los grupos étnicos se ejerce, en sí mismo, con la presentación de la propuesta de concesión minera, todo lo cual debe ocurrir en el lapso de los 30 días que establece el artículo 275 *ejusdem*.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sala es competente para conocer del presente asunto, por cuanto se trata de un auto que decretó una medida cautelar, dictado por el magistrado ponente, en un proceso de única instancia (artículo 246 del CPACA).

2. Análisis de la Sala

2.1 En el marco de las diversas medidas cautelares contempladas en el procedimiento contencioso administrativo se encuentra la figura de la suspensión provisional de los actos administrativos, prevista en el artículo 238 de la Constitución Política y desarrollada por los artículos 231 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

La suspensión provisional constituye un importante instrumento de naturaleza cautelar, temporal y accesorio, tendiente a evitar que actos contrarios al ordenamiento jurídico continúen surtiendo efectos, dada la presunción de legalidad que los acompaña, mientras se decide de fondo su constitucionalidad o legalidad en el proceso donde se

hubiere decretado la medida, como producto de una solicitud fundamentada del impugnante, que en consideración del juzgador sea procedente en razón de la claridad de la infracción al principio de legalidad; en consecuencia, es presupuesto básico de la medida que el acto esté produciendo sus efectos jurídicos³. En este sentido, su finalidad no es otra que la de evitar, transitoriamente, la aplicación del acto administrativo, en virtud de un análisis provisional del mismo, salvaguardando los intereses generales y el Estado de derecho⁴.

Respecto de los requisitos para la procedencia de la suspensión provisional de los actos administrativos, el artículo 231 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece lo siguiente:

“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”.

De la norma transcrita se deducen como requisitos para la procedencia de dicha medida cautelar que: i) sea solicitada por el demandante, ii) exista una violación que “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” y iii) si se trata del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, se acrediten, al menos de manera sumaria, los perjuicios que se alegan como causados por los actores.

Así, pues, es evidente que el artículo 231 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece unas variaciones significativas, en cuanto a la regulación para la procedencia de la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, en relación con la que contenía el artículo 152 del Decreto ley 01 de 1984 -Código Contencioso Administrativo-, modificado por el art. 31 del Decreto 2304 de 1989-.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 18 de julio de 2002, exp. 22477, C.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez: “La jurisprudencia ha precisado que, por tratarse de una medida cautelar, su procedencia quedará obstaculizada cuando el acto se ha cumplido y sus efectos –y por consiguiente el perjuicio- se han consumado”.

⁴ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando: “Tratado de Derecho Administrativo. Contencioso Administrativo”, T.III, 3ª reimp., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 482.

En efecto, en el artículo 231 del C.P.A.C.A. la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo procede por la *“violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado”*, mientras que en el anterior Código Contencioso Administrativo la suspensión provisional de actos administrativos solo podía examinarse a la luz de las disposiciones cuya violación se invocara dentro de la petición de la medida cautelar.

Así las cosas, es evidente que ahora el juez tiene un campo de análisis más amplio para pronunciarse sobre la solicitud de la medida provisional, sin que dicha posibilidad limite o afecte los derechos de defensa y contradicción de la parte llamada a soportar la medida cautelar solicitada, en tanto que dicha parte siempre tendrá la posibilidad de conocer las normas que se invoquen como infringidas en la demanda y en el escrito separado contentivo de la solicitud de suspensión provisional.

Pero, quizá el cambio más significativo que introdujo el artículo 231 del C.P.A.C.A. respecto de la suspensión provisional de los actos administrativos es la eliminación del requisito que consistía en que, para que se pudiera conceder esta medida cautelar, era necesario que la norma demandada vulnerara la norma superior de manera manifiesta, ostensible o palmaria.

Ciertamente, el artículo 152 del C.C.A. disponía que la jurisdicción de lo contencioso administrativo podía decretar la suspensión provisional de actos administrativos demandados, siempre que se cumplieran los siguientes presupuestos:

“1. Que la medida se solicite y sustente de modo expreso en la demanda o por escrito separado, presentado antes de que sea admitida.

*“2. 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.*

“3. 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” (se destaca).

Conforme a esta norma, la jurisprudencia reiterada y consolidada de la Sección Tercera del Consejo de Estado, desarrollada bajo el imperio del Código Contencioso Administrativo, siempre fue pacífica y consistente al determinar que, para la

procedencia de la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo, el quebrantamiento de la norma superior debía ser evidente, resultante de una “manifiesta infracción” que, por lo tanto, pudiera detectarse fácil y palmariamente, por confrontación directa entre el acto demandado y las normas superiores invocadas como vulneradas o respecto de los documentos públicos aportados con la solicitud, es decir, que la transgresión al ordenamiento superior debía aparecer *prima facie*, sin necesidad de elucubración alguna, por la sola comparación, pues, en caso contrario, la medida debía denegarse para que durante el debate probatorio, propio del proceso, se determinara si las decisiones administrativas cuestionadas adolecían o no de ilegalidad y, por ende, ello sólo podía establecerse en la sentencia.

La nueva normativa suprimió el presupuesto en cuya virtud la procedencia de la suspensión provisional pendía de que la vulneración directa de la norma superior apareciera de bulto, por cuanto el atrás transcrito artículo 231 del CPACA dispone que tal medida está llamada a prosperar cuando la violación alegada “... *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*”, pero en ninguna parte exige este código que tal violación sea ostensible o manifiesta.

Al respecto, se ha sostenido que la “... *exigencia de una infracción calificada, de una infracción manifiesta que el juez la pueda advertir con facilidad del simple cotejo entre el acto demandado y las normas superiores, no aparece ya en la Ley 1437 de 2011 y fue deliberadamente eliminada de la nueva codificación para evitar que la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos quede absolutamente restringida a casos excepcionales*”⁵.

Sobre el particular, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado:

“De esta manera, lo que en el nuevo Código representa variación significativa en la regulación de esta figura jurídico-procesal de la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo acusado, con relación al estatuto anterior, radica en que antes era exigencia sine qua non que la oposición normativa apareciera manifiesta por confrontación directa con el acto o mediante los documentos públicos adicionales (sic) con (sic) la solicitud. Entonces (sic) ello excluía que el operador judicial pudiera incursionar en análisis o estudio pues la trasgresión debía aparecer prima facie. Ahora, la

⁵ Seminario Internacional de presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011 - Memorias; La regulación legal de las medidas cautelares en el Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, pág. 344.

*norma da la apertura de autorizar al juez administrativo para que (sic) desde este momento procesal, obtenga la percepción de si hay la violación normativa alegada, pudiendo al efecto: 1º) realizar **análisis** entre el acto y las normas invocadas como transgredidas, y 2º) que también pueda **estudiar** las pruebas allegadas con la solicitud.*

“El Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), (sic) establecía que esta medida estaba sujeta a que la contradicción con las disposiciones invocadas como fundamento de la solicitud de suspensión fuera manifiesta y apreciada por confrontación directa con el acto demandado, de esa manera, se impedía que el Juez pudiera realizar un estudio profundo del caso, pues la trasgresión debía ser ostensible y como tal, no podía implicar esfuerzo analítico alguno.

“Al respecto cabe resaltar que la nueva normativa presenta una variación significativa en la regulación de esta figura, por cuanto la norma obliga al juez administrativo para (sic) realizar el análisis entre el acto y las normas invocadas como transgredidas, y estudiar las pruebas allegadas con la solicitud.

“Finalmente, el Despacho considera importante destacar que pese a que la nueva regulación le permite al Juez realizar un análisis de la sustentación de la medida y estudiar las pruebas pertinentes, la decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento, lo que obliga al Juzgador a ser en extremo cauteloso al momento de resolver la solicitud de suspensión provisional”⁶ (negritas y subrayas del original).

Frente a lo anterior, debe decirse que, cuando se presenta una solicitud de medida cautelar consistente en suspensión provisional, el juez, al resolverla, debe observar cuidadosamente que su decisión no sea entendida como el resultado de una elucubración prejuzgadora del asunto –aun cuando la ley se encargó de negar el prejuzgamiento expresamente–, razón por la cual resulta de gran valor identificar límites en la norma de la que surge la facultad cautelar en la ley 1437 de 2011, porque, sin lugar a dudas, la regla actual le permite al juez resolver con una incuestionable mayor amplitud -en relación con el análisis de la solicitud- respecto de la forma como operaba la figura de la suspensión provisional en el Código Contencioso Administrativo.

Esa amplitud para resolver no se traduce de manera alguna en el desafuero del juez; por el contrario, se constituye en una herramienta para que tanto el trámite como la decisión judicial y su cumplimiento estén garantizados, tal y como lo prevé el artículo 229 C.P.A.C.A.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto de 3 de diciembre de 2012, exp. 11001-03-24-000-2012-00290-00; M.P. Dr. Guillermo Vargas Ayala.

En opinión de la Sala, el artículo 231 de la ley 1437 de 2011 incorpora límites a la facultad para dictar medidas cautelares que están determinados: i) por la invocación de las normas que se consideran violadas, bien en la demanda o bien en el escrito separado contentivo de la solicitud, y su confrontación con el acto acusado y ii) por el estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.

En relación con la primera limitante, esto es, con la invocación de las normas que se consideran violadas, la prosperidad de la medida cautelar de suspensión provisional no está sujeta en la ley 1437 de 2011 a que la contradicción con las disposiciones invocadas como infringidas sea ostensible o manifiesta, como exigía el C.C.A., sino a que surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas, teniendo en cuenta que las referencias conceptuales y argumentativas que se esgrimen en la solicitud de suspensión constituyen el marco sobre el que debe resolverse dicho asunto.

En efecto, ha sido característica de esta jurisdicción que las pretensiones formuladas dentro de los asuntos sometidos a su conocimiento deben regirse por la “*rogatio*” o rogación y que existe una estrecha e inescindible relación entre ésta y el principio dispositivo⁷, de manera que el actor dentro del proceso contencioso administrativo debe cumplir con la carga de orientar el ámbito dentro del cual considera que el juez debe pronunciarse, aludiendo a los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan sus pedimentos.

Tradicionalmente el principio de la justicia rogada ha gobernado el actuar de la jurisdicción contencioso administrativa en dos ámbitos: i) no existe oficiosidad para iniciar un juicio y solamente el libelista, en virtud del principio dispositivo, tiene la posibilidad de identificar, individualizar y formular cargos contra el acto impugnado y ii) el juez se encuentra vinculado a lo solicitado, de forma que, en principio, no le resulta

⁷ Este principio ha sido definido por la doctrina como:

“La facultad exclusiva del individuo de reclamar la tutela jurídica del Estado para su derecho, y en la facultad concurrente del individuo con el órgano jurisdiccional, de aportar elementos formativos del proceso y determinarlo a darle fin. O como dice COUTURE: ‘es el principio procesal que asigna a las partes y no a los órganos de la jurisdicción la iniciativa, el ejercicio y el poder de renunciar a los actos del proceso’.

“Son características de esta regla las siguientes:

“El campo de decisión del juez queda determinado especial y esencialmente por las pretensiones del demandante debido a que el juez no puede decidir sobre objeto diverso a lo en ellas contemplado” (LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio: “Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Parte General”, Tomo I, Dupré Editores, Bogotá, 2005, pág. 106).

posible extenderse al estudio de temas ni emitir pronunciamiento sobre aspectos que no han sido planteados o sustentados por el actor⁸.

En lo relativo a las medidas cautelares, la rogación de la jurisdicción resulta aplicable en virtud de artículo 229 de la ley 1437 de 2011, que dice que: *“En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, (sic) 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 ...”*, de forma que la petición de parte y la sustentación de la misma fijan el marco de lo que se pretende y el juez podrá analizar si surge una violación del acto demandado luego de su confrontación con las normas superiores que se hayan invocado como violadas y a la luz de los argumentos al respecto esgrimidos por el solicitante de la medida, es decir, el juez podrá decidir teniendo en cuenta únicamente los argumentos que sustentan la solicitud de suspensión provisional, de suerte que no podrá hacer para ello una confrontación con otras normas del ordenamiento jurídico positivo que no hayan sido citadas como infringidas, ni acudir a argumentos o cargos que no hayan sido formulados por el demandante, al solicitar la suspensión provisional de los efectos del acto demandado.

En relación con lo anterior, debe recordarse que la Corte Constitucional, en sentencia T-553 del 16 de julio de 2012, dijo:

“Este principio (el de la rogación) tiene justificación en las formas de expresión de la voluntad de la administración, con los (sic) cuales la administración pretende garantizar el interés general, que no puede entenderse por fuera del respeto de los derechos fundamentales de los asociados. De ahí que los actos jurídicos una vez expedidos conforme a las formalidades jurídicas y puestos en conocimiento de los ciudadanos, (sic) se presumen legales y cuentan con los atributos de ejecutividad y ejecutoriedad, es decir, son obligatorios para sus destinatarios y pueden ser realizados materialmente aun contra la voluntad de éstos.

“De lo expuesto, se concluye que es razonable exigir a los accionantes señalar la norma y el motivo de la violación cuando impugnen la legalidad de un acto administrativo. En efecto, si el acto jurídico es una expresión de voluntad de la administración que produce efectos jurídicos, que se presume legal y es ejecutivo y ejecutorio, le corresponde a quien alega su carencia de legitimidad precisar la razón de su nulidad. En contraste, como lo estableció esta Corte en la sentencia C-197 de 1999 carece de razonabilidad que el juez contencioso tenga la obligación de buscar oficiosamente las causales de

⁸ Sin perjuicio de la obligación consistente en garantizar la supremacía constitucional, y con ello principios como la prevalencia del derecho sustancial y la eficacia de los derechos fundamentales.

ilegalidad del acto administrativo, toda vez que ello es en extremo difícil y en ocasiones imposible por las innumerables normas que regulan la actuación de la administración”.

Con todo, debe recordarse también que la misma Corte, en la sentencia C-197 de 1999, advirtió dos supuestos en los que se flexibiliza el principio de justicia rogada: i) la violación de derechos fundamentales de aplicación inmediata del demandante y ii) cuando el juez evidencia la incompatibilidad entre una norma que deba aplicar y las disposiciones de la Constitución. En las dos hipótesis enunciadas se aplica la Constitución Política, dado que se debe dar prevalencia a los derechos fundamentales y a esta última.

La segunda limitante está dada por el hecho de que el juez debe decidir con fundamento en las pruebas que hayan sido aportadas con la solicitud de medidas cautelares, de modo que, en consonancia con lo dicho renglones atrás, no puede recurrir el juez a medios de prueba diferentes a aquellos que, en criterio del demandante, son los necesarios para darle sustento a los planteamientos esgrimidos en la solicitud de la medida cautelar.

Todo lo anterior, salvo la oficiosidad de la que puede hacer uso el juez para decretar medidas cautelares en procesos que *“tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo”* (parágrafo del artículo 229 del C.P.A.C.A.).

Con fundamento en lo expuesto, la Sala procederá a analizar el recurso formulado en el presente asunto, con miras a determinar si existe o no una infracción del orden jurídico, por parte de la resolución acusada, de la que se pueda concluir la viabilidad de la medida cautelar adoptada.

2.2 Pues bien, el actor confrontó el artículo 1 de la resolución 079 de 2014 con el artículo 275 de la Ley 685 de 2001, así (los apartes objeto de la declaratoria de nulidad se encuentran resaltados y subrayados):

“TEXTO ART. 275 CÓDIGO DE MINAS “COMUNICACIÓN DE LA PROPUESTA. ‘Si la propuesta no ha sido objetada por la autoridad minera, en un término que no supere los quince (15) días contados a partir de la presentación de la misma, dentro de los cinco (5) días siguientes, se comunicará, por intermedio del Ministerio del Interior, a los representantes de los grupos étnicos ocupantes del área. La comunicación a los grupos étnicos tendrá por objeto notificarlos con el fin de que comparezcan para hacer valer su preferencia en el término de treinta (30) días contados a partir de la notificación, si el área estuviere ubicada en zonas mineras indígenas, de comunidades negras o mixtas” (resaltado del texto original).	“TEXTO ART. 1 RES. 079 DE 2014 “EJERCICIO DE DERECHO DE PRELACIÓN. ‘La Agencia Nacional de Minería, a través de la Vicepresidencia de Contratación y Titulación, <u>previo estudio técnico, económico y jurídico</u> de las propuestas de concesión minera o solicitud de legalización, en cualquiera de sus modalidades, superpuestas con zonas mineras de comunidades indígenas, negras o mixtas, procederá a comunicar de conformidad con la presente resolución al Ministerio del Interior la existencia de las mismas, con el fin de que se surta el trámite de notificación a las comunidades étnicas ubicadas en la zona minera, para que ejerzan su derecho de prelación. “Una vez notificada la comunidad indígena, negra o mixta, según corresponda, tendrá 30 días contados a partir del día hábil siguiente a la notificación, para hacer valer su preferencia, <u>manifestando si se encuentra interesada en presentar una propuesta para que se le otorgue un contrato de concesión minera.</u> <u>“Así mismo, la comunidad indígena, negra o mixta contará con un término de seis (6) meses para presentar la propuesta de contrato de concesión minera, término que empezará a correr a partir del día hábil siguiente a la radicación de la comunicación mediante la cual ejerce el derecho de prelación ante la Agencia Nacional de Minería”</u> (resaltado del texto original, se subraya).
--	---

2.2.1 Para sustentar la medida cautelar de suspensión provisional, la **parte actora** arguyó que la mencionada resolución 079 de 2014 modificó el artículo 275 de la ley 685 de 2001 (facultad atribuida únicamente al Congreso de la República), teniendo en cuenta que amplió el término para que los grupos étnicos (negritudes o indígenas) ejerzan su derecho de preferencia (de 30 días a 6 meses); además, afirmó que la resolución acusada estableció que el derecho de preferencia se ejerce "... con la simple manifestación de su interés"⁹, aspecto que no está consagrado en la referida norma legal.

Adicionalmente, señaló que la entidad demandada eliminó el término de 5 días que prevé el artículo 275 *ejusdem*, para que, por intermedio del Ministerio del Interior, "*... se comunique a los representantes de los grupos étnicos ... para que comparezcan a hacer efectivo su derecho de prelación o preferencia*"¹⁰ y, por otra parte, afirmó que el texto acusado también vulnera los artículos 35 y 237 del Código de Minas, "*... en la medida que desarticula el trámite previsto por el Legislador frente a la definición de las áreas sobre las cuales se hubiere ejercido el derecho de prelación o preferencia, en tanto establece un término adicional al previsto en el citado artículo 275, sin considerar que los artículos 35 y 276 *ibídem*, dependen en su desarrollo de aquél*"¹¹ (se subraya, fl. 12 C. único).

2.2.2 A su turno, el **magistrado conductor del proceso** consideró que la resolución acusada introdujo la exigencia de unos estudios de índole técnico, económico y jurídico que no se encuentran establecidos en el artículo 275 *ejusdem*; además, arguyó que se suprimieron los términos de 15 y 5 días, dispuestos, respectivamente, para que la autoridad minera decida si objeta o no la propuesta de concesión minera y para que se surta la notificación a los representantes de los grupos étnicos, de que trata dicho artículo. De otra parte, consideró que se modificó el plazo (de 30 días a 6 meses) para que los grupos étnicos puedan ejercer su derecho de preferencia [ver, numeral 3 de los antecedentes].

2.2.3 La **parte recurrente** se limitó a exponer que el acto administrativo acusado no modificó término legal alguno, pues, en su criterio, la resolución 079 de 2014 no amplió el plazo de los 30 días con que cuentan las comunidades étnicas para ejercer su derecho de preferencia; por el contrario, afirma, el lapso de seis (6) meses que

⁹ Fl. 11 vto. C. único.

¹⁰ *Ibídem*.

¹¹ *Ibídem*.

estableció la resolución es un “término prudencial”¹² para que las comunidades puedan formular su propuesta de concesión minera y reiteró que la resolución acusada se erige como un “aliciente cardinal”¹³, teniendo en cuenta que la ley 685 de 2001 nada dijo al respecto.

2.2.4 Así las cosas, la Sala limitará su análisis en lo que concierne a la presunta modificación del artículo 275 de la ley 685 *ejusdem* (único aspecto que le generó inconformidad a la parte recurrente), toda vez que la competencia para decidir se encuentra determinada por las referencias conceptuales y argumentativas que se formularon en contra de la decisión recurrida; por tanto, los demás aspectos (diversos a los planteados en el recurso) se entienden zanjados con la providencia suplicada¹⁴.

Pues bien, de la lectura del artículo 275 de la ley 685 de 2001 se extrae que: *i)* la autoridad minera tiene un término de 15 días para objetar la propuesta de concesión minera (sea quien sea el interesado), *ii)* en el evento de que la propuesta no sea objetada, dentro de los 5 días siguientes al vencimiento de aquél término la referida autoridad deberá comunicarla (por intermedio del Ministerio del Interior) a los representantes de los grupos étnicos que ocupan el área objeto de la propuesta, para que comparezcan a ejercer su derecho de preferencia y *iii)* este derecho se tiene que hacer efectivo en el término de 30 días, “... contados a partir de la notificación”. Todo esto de llevarse a cabo siempre y cuando el área objeto de concesión se encuentre ubicada en una zona indígena, de negritudes o mixta.

Revisada la resolución 079 de 2014, se observa que: *i)* no consagró el término de 15 días dispuestos en el artículo 275 de la Ley 685 de 2001, para que la autoridad minera objete la propuesta de concesión¹⁵, *ii)* agregó un aparte en el cual se indica que el grupo étnico cuenta con el término de 30 días para manifestar su interés en presentar propuesta de concesión minera (distinción que no se consagró expresamente en el mencionado artículo 275) y *iii)* amplió el plazo (de 30 días a 6 meses) para que los grupos étnicos presenten su respectiva propuesta de concesión minera, lo cual se hizo bajo la interpretación, como se dijo, de que el plazo legal (30 días) únicamente tiene

¹² Fl. 69, C. único.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Al respecto, se puede consultar la sentencia del 12 de febrero de 2014, dictada por esta Subsección dentro del proceso 33143, radicado 2005-00789 01, actor: Ricardo Peralta Muñoz y otros.

¹⁵ Contrario a lo que se dijo en el auto recurrido, la Sala considera que la resolución 079 de 2014 no suprimió el término de 5 días previsto para que se surta la comunicación a los representantes de los grupos étnicos con el fin de que hagan valer su derecho de preferencia, toda vez que es claro que tal comunicación se debe realizar en el plazo que consagra la ley, es decir, dentro de los cinco (5) días siguientes al vencimiento del plazo en que se debieron realizar las objeciones a la propuesta de concesión minera.

como objeto que dichos grupos manifiesten su interés de ejercer el derecho de preferencia y no para presentar la propuesta formal del contrato de concesión minera, para lo cual la resolución consagra el término de seis (6) meses.

Así las cosas, para la sala no hay duda de que, efectivamente, la Agencia Nacional de Minería modificó el contenido normativo del artículo 275 de la ley 685 de 2001, pues suprimió el término de 15 días que consagra dicha ley para que la autoridad minera decida si objeta o no la propuesta de concesión minera presentada por cualquier particular y, adicionalmente, amplió el plazo para que los grupos étnicos ejerzan su derecho de preferencia, teniendo en cuenta que ese artículo prevé para ello un término de 30 días, mientras que la norma demandada habla de 6 meses, plazo respecto del cual, por lo demás, no se halla referencia alguna en la ley.

Ahora, para la Sala no es admisible la interpretación que hizo la demandada, consistente en que el término de 30 días se encuentra establecido únicamente para que los grupos étnicos manifiesten su interés en ejercer el derecho de preferencia, pues tal distinción –en los términos en que lo entiende dicho extremo procesal– tampoco se encuentra consagrada de manera expresa en la ley 685 de 2001 y no le corresponde a la Agencia Nacional de Minería determinar el sentido y el alcance del artículo 275 en cita, por cuanto ello comporta, sin duda, una extralimitación de la facultad reglamentaria.

Bajo este escenario, resulta de obligada inferencia afirmar que la Agencia Nacional de Minería invadió la órbita que le está deferida al legislador¹⁶, teniendo en cuenta que modificó el contenido y el alcance del artículo 275 de la ley 685 de 2001. Al respecto, se reitera que la materia del reglamento se circunscribe a lo que de manera explícita contiene la ley, con miras a asegurar su cumplida ejecución, pero no puede –en manera alguna– ampliar ni restringir su alcance u ocuparse de asuntos ajenos a su sentido y recto entendimiento; en otros términos, el reglamento debe entenderse como un complemento a lo previamente dispuesto por la ley (en aquellos eventos donde conviene o resulta necesario dotar de mayor eficacia a la norma) y en ningún caso como una facultad creadora, modificadora o derogadora que interfiera las competencias

¹⁶ Esta potestad puede ejercerla el Presidente de la República, de manera excepcional, cuando mediante ley se le habilita para ejercer precisas facultades extraordinarias como legislador (artículo 150, numeral 10, de la Constitución Política).

del legislador, lo cual supone una extralimitación de sus funciones como, efectivamente, ocurrió en este caso¹⁷. En consecuencia, se confirmará el auto recurrido.

En mérito de lo expuesto, se

R E S U E L V E :

PRIMERO: CONFÍRMASE el auto suplicado del 17 de marzo de 2015, mediante el cual se decretó la suspensión provisional parcial de la resolución 079 de 2014, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: En firme este proveído, **DEVUÉLVASE** el proceso al despacho de origen, para que continúe con el trámite correspondiente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

FELIPE NAVIA ARROYO
(Conjuez)

FERNANDO RODRÍGUEZ CASTRO
(Conjuez)

¹⁷ Sobre la imposibilidad de exigir requisitos adicionales a los establecidos por el legislador se puede consultar, entre otras, la sentencia del 11 de noviembre de 2009, radicado 2001-00037 01 (20691), consejera ponente: Myriam Guerrero de Escobar.