



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN A

Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón (E)

Bogotá, D.C., septiembre tres (3) de dos mil catorce (2014)

Proceso: 110010326000201300162 00 (49.150).
Actor: Contraloría General de la República
Demandado: Presidencia de la República
Referencia: Solicitud de suspensión provisional

Se procede a resolver la solicitud de suspensión provisional que elevó la parte actora respecto del Decreto 934 de 2013, <<Por el cual se reglamenta el artículo 37 de la Ley 685 de 2001>>.

I. ANTECEDENTES:

1.- Mediante escrito presentado el 24 de octubre de 2013¹ ante el Consejo de Estado, la Contraloría General de la República formuló demanda en ejercicio del medio de control de nulidad, contra el contenido del Decreto 934 del 9 de mayo de 2013.

2.- Los hechos.

¹ El proceso de la referencia fue asignado en compensación a este Despacho el 19 de marzo de 2014.



Proceso: 110010326000201300162 00 (49.150).
Actor: Contraloría General de la República
Demandado: Presidencia de la República
Suspensión Provisional Decreto 934 de 2013

Como fundamentos de hecho de la demanda se expusieron, entre otros, los siguientes:

"1. El 9 de mayo de 2013 el Gobierno Nacional expidió el Decreto 934 'Por el cual se reglamenta el artículo 37 de la Ley 685 de 2001', publicado en el Diario Oficial No. 48785 de la misma fecha.

2. El decreto citado efectúa una regulación sobre las competencias a cargo de las autoridades mineras y ambientales con respecto al ordenamiento minero y prohíbe a los Concejos Municipales y Asambleas Departamentales regular el tema, en el entendido que el ordenamiento minero, no hace parte del ordenamiento territorial.

3. Efectuado el análisis normativo de rigor, se identificó que el acto administrativo referido no fue consultado con las comunidades étnicas, a pesar de afectarlas directamente; así mismo, que se adoptan disposiciones que son violatorias de las facultades que les estableció la Constitución Política y la ley a los municipios y distritos, concretamente en términos de su autonomía para reglamentar los usos del suelo y adoptar normas necesarias para el control, la preservación y defensa del patrimonio ecológico.

De igual forma se identificó desconocimiento del régimen de autonomía de las corporaciones autónomas regionales y exceso de la facultad reglamentaria.

Finalmente, se debe señalar que aún cuando el Gobierno Nacional presentó el Decreto 934 de 2013 como una de las normas con las cuales se pretendía disminuir el impacto que ocasionaría la declaratoria de inexequibilidad de la Ley 1382 de 2010, es evidente que el decreto demandado no guarda relación alguna con el texto de la ley que modificó al Código de Minas en 2010"².

² Fls. 8-70 c ppal.



*Proceso: 110010326000201300162 00 (49.150).
Actor: Contraloría General de la República
Demandado: Presidencia de la República
Suspensión Provisional Decreto 934 de 2013*

3.- La parte actora, en la demanda, también solicitó la suspensión provisional del Decreto demandado, cuyo fundamento será expuesto más adelante.

4.- A través de auto de 26 de marzo de 2014 se admitió la demanda y mediante auto separado de esa misma fecha se corrió traslado a la entidad pública demandada por el término de 5 días, con el propósito de que se pronunciara en relación con la solicitud de suspensión provisional que se presentó en el libelo demandatorio.

5.- Intervenciones de las entidades demandadas.

5.1.- El Ministerio de Minas y Energía señaló que la Corte Constitucional, en sentencia C 123 de 2014, declaró la exequibilidad del artículo 37 de la Ley 685 de 2011 en el entendido de que en desarrollo del proceso por medio del cual se autorice la realización de actividades de exploración y explotación minera, las autoridades competentes del orden nacional deberán acordar con la autoridades territoriales afectadas, las medidas necesarias para la protección del ambiente sano y en especial de sus cuencas hídricas, del desarrollo económico, social, cultural de sus comunidades y la salubridad de la población, mediante la aplicación de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiaridad previstos en el artículo 288 de la C.P., sin



Proceso: 110010326000201300162 00 (49.150).
Actor: Contraloría General de la República
Demandado: Presidencia de la República
Suspensión Provisional Decreto 934 de 2013

que ello habilite a los planes básicos de ordenamiento territorial o esquemas de ordenamiento a realizar el ordenamiento minero.

Agregó que la coordinación entre la autoridad minera y las autoridades territoriales no comprende la decisión de explotar, o no, los recursos del subsuelo.

Indicó que si bien es cierto que de conformidad con lo previsto en el artículo 287 superior, los entes territoriales cuentan con autonomía para gestionar sus propios intereses, no es menos cierto que ello debe ejercerse con observancia de las normas superiores “... con lo cual la autonomía de las entidades territoriales no se configura como poder soberano sino que se explica en un contexto unitario”.

Sostuvo que de acuerdo con lo normado en el Decreto 2201 de 2003, los planes de ordenamiento territorial en ningún caso serán oponibles a las actividades mineras, habida consideración de que dichas actividades son de interés público, cuya ejecución corresponde a la Nación, por conducto de los contratos de concesión minera.

Adujo que la autoridad minera consulta el P.O.T., pero éste no es vinculante ni restrictivo para la aplicación de los artículos 37 y 38 del Código de Minas y el Decreto 2201 de 2003.



Proceso: 110010326000201300162 00 (49.150).
Actor: Contraloría General de la República
Demandado: Presidencia de la República
Suspensión Provisional Decreto 934 de 2013

Señaló que según la Ley 1454 de 2001 –sobre ordenamiento territorial–, las competencias de los municipios no comprenden el subsuelo, minero o petrolero, pero lo que sí prevé dicha normativa es que el P.O.T., deben sujetarse tanto a la Constitución Política, como a la Ley.

Añadió que la facultad prevista en el numeral 7 del artículo 313 de la C.P., para que los Concejos Municipales regulen el uso del suelo, no es absoluta, toda vez que en materia minera la Ley 685 de 2001 ratificó la propiedad del Estado respecto de los minerales yacentes en el suelo y en el subsuelo, por lo cual no le es permitido a dichas Corporaciones de Elección Popular decidir sobre la exploración y explotación minera.

Manifestó que el Decreto 934 de 2013 es una norma general, que no modificó ni introdujo disposiciones que afecten de manera exclusiva a unos pueblos minoritarios, ni está orientado a regular en forma específica la situación de esos pueblos; que el aludido Decreto corresponde a la categoría de ley general y abstracta, el cual precisó unos aspectos en política minera dentro del marco general de la Ley 685 de 2001, “por lo tanto el trámite legislativo no estaba cobijado con la obligación de realizar la consulta previa a pueblos indígenas”.



Proceso: 110010326000201300162 00 (49.150).
Actor: Contraloría General de la República
Demandado: Presidencia de la República
Suspensión Provisional Decreto 934 de 2013

Expresó que la consulta prevista en el Convenio 169 de la O.I.T., es restringida y se circunscribe a que la medida legislativa pueda afectar de manera directa y exclusiva a las comunidades indígenas o minoritarias, de modo que al tratarse, el Decreto acusado de ilegalidad, de una normativa que no modificó ni introdujo disposiciones que afecten a ese tipo de comunidades, no se requería de la aludida figura.

Indicó, finalmente, que de conformidad con el artículo 3412 del Convenio No. 169 de la O.I.T, existe un margen “*flexible*” para que el Estado, a través de los órganos competentes, determine los límites dentro de los cuales opera la consulta previa.

Por lo expuesto, la Nación solicitó la denegación de la medida cautelar que se solicitó en la demanda³.

5.2.- Por su parte, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República⁴ solicitó igualmente la denegación de la suspensión provisional del acto demandado, para lo cual adujo que la comparación de dicha normativa con las disposiciones superiores que invocó el actor “... *no arroja una oposición normativa inmediata*”.

³ Fls. 11 a 13.

⁴ Fls. 18 a 24.



Proceso: 110010326000201300162 00 (49.150).
Actor: Contraloría General de la República
Demandado: Presidencia de la República
Suspensión Provisional Decreto 934 de 2013

Señaló, además, que la argumentación sobre la cual descansa la medida cautelar está desactualizada en relación con el pronunciamiento que adoptó la Corte Constitucional en la Sentencia C-123 de 2014, en cuya virtud se declaró la constitucionalidad condicionada del artículo 37 de la Ley 685 de 2001, de modo que al no desaparecer del ordenamiento jurídico esa disposición, el Decreto 934 de 2013 debe interpretarse bajo el mismo entendido que introdujo la jurisprudencia constitucional a la mencionada norma legal.

Argumentó que “[l]a aplicación del decreto exige tener en cuenta este condicionamiento y ya que el mismo no es incompatible con el texto normativo del decreto, la norma reglamentaria no es abiertamente inconstitucional”.

Coincidió con lo expuesto por el Ministerio de Minas y Energía en el sentido de que en virtud del pronunciamiento de la Corte Constitucional, las actividades mineras de exploración y explotación deberán realizarse en coordinación con las autoridades territoriales afectadas, para efectos de establecer las medidas requeridas para la protección del medio ambiente, el desarrollo de las comunidades y la salubridad de la población y no para determinar la posibilidad de explorar o explotar los recursos naturales subyacentes en los territorios; que ello es así porque el artículo 37 de la Ley 685 de 2001 no fue removido del ordenamiento jurídico y, por lo tanto, la prohibición de



*Proceso: 110010326000201300162 00 (49.150).
Actor: Contraloría General de la República
Demandado: Presidencia de la República
Suspensión Provisional Decreto 934 de 2013*

que las entidades territoriales excluyan de la actividad minera, permanente o transitoriamente, zonas de su territorio sigue vigente.

Adujo que la solicitud de suspensión provisional compara las normas del Decreto 934 de 2013 con las disposiciones constitucionales referentes a las competencias de las entidades territoriales en materia de uso del suelo y del manejo del medio ambiente y del desarrollo social y económico de sus comunidades, sin embargo, los recursos a que hace referencia el decreto demandado son los recursos del subsuelo, pues son ellos los que aprovecha la actividad minera.

Manifestó que las disposiciones del Decreto 934 de 2013 están encaminadas a evitar que, por decisión autónoma de las entidades territoriales, zonas del territorio nacional queden excluidas de la actividad minera que se surte respecto de los recursos del subsuelo, los cuales, por disposición del artículo 332 Constitucional, son propiedad de la Nación.

A juicio de la parte demandada, la Sentencia C 123 de 2014 contiene un reconocimiento implícito en el sentido de que, aunque guardan relación "fenoménica", los recursos que se obtienen del subsuelo son diferentes a los elementos externos que resultan afectados por la exploración y explotación mineral.



Proceso: 110010326000201300162 00 (49.150).
Actor: Contraloría General de la República
Demandado: Presidencia de la República
Suspensión Provisional Decreto 934 de 2013

También sostuvo que la parte demandante no cumplió con la carga procesal de identificar en qué punto específico el Decreto demandado se opone, de manera explícita y concreta, a la Constitución Política; que la metodología que empleó la entidad demandante dista mucho de la exigencia para que opere la suspensión provisional, dado que al Juez de lo Contencioso Administrativo no le está dada la elaboración de la argumentación para suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.

En relación con la supuesta inobservancia de consultar a las comunidades étnicas, previo la expedición del Decreto demandado, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República señaló que ello no se requería porque lo dispuesto en ese acto, de manera general y abstracta, es que no le es dable a los entes territoriales prohibir la exploración y explotación minera dentro de sus respectivas jurisdicciones, por lo cual no afecta específicamente a una comunidad étnica y que, por lo tanto, no se requería de la consulta.

Añadió que por el contenido normativo de sus disposiciones, el Decreto 934 de 2013 tampoco era consultable, “... pues en ninguna consulta previa posible las comunidades étnicas podrían llegar a la conclusión, formalizada en un acuerdo, de que respecto de ellas no



Proceso: 110010326000201300162 00 (49.150).
Actor: Contraloría General de la República
Demandado: Presidencia de la República
Suspensión Provisional Decreto 934 de 2013

es aplicable la prohibición del artículo 37, reglamentada en el Decreto 934”.

Manifestó que la prohibición prevista en el acto demandado es de orden público; de raigambre constitucional; que opera para todas las entidades territoriales, toda vez que constituye “... la confirmación de que los recursos del subsuelo son de propiedad del Estado, no de sus jurisdicciones geopolíticas”.

Indicó, por consiguiente, que una normativa que no puede ser restringida, no requiere de consulta previa; que la decisión que sí la requiere es aquella que permite la ejecución de las actividades mineras en territorios específicos y que afecten a una comunidad étnica en particular.

II. CONSIDERACIONES

1.- Competencia del Despacho para resolver la petición de suspensión provisional respecto de los efectos de los actos administrativos, en vigencia de la Ley 1437 –CPACA–.

Antes de determinar si la medida cautelar que se solicitó en la demanda está llamada, o no, a prosperar, se estima necesario determinar la competencia para resolver la petición de suspensión provisional del Decreto 934 de 2013.



Proceso: 110010326000201300162 00 (49.150).
 Actor: Contraloría General de la República
 Demandado: Presidencia de la República
 Suspensión Provisional Decreto 934 de 2013

Pues bien, la Ley 1437 de 2011 contempla la posibilidad de que en relación con un mismo litigio se puedan y deban adoptar en forma separada dos decisiones trascendentes para el proceso que se pretende promover, así: **i)** aquella que admite la demanda y **ii)** la que resuelve la suspensión provisional, a lo cual se debe adicionar que la nueva codificación modificó también lo relacionado con el juez competente para pronunciarse acerca de tales determinaciones, tal como se pasa a exponer.

Al respecto conviene señalar, en primer lugar, que según las previsiones del artículo 125 del CPACA, la decisión de una medida cautelar habrá de ser adoptada por la Sala respectiva, por cuanto dicha disposición establece que, entratándose de Corporaciones Judiciales, las decisiones a que hace referencia el artículo 243, en sus numerales 1, **2**, 3 y 4 serán adoptadas en forma colectiva por la Sala correspondiente. El siguiente es el tenor literal de dicho numeral 2:

“ARTÍCULO 243. APELACIÓN. Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces. También serán apelables los siguientes autos proferidos en la misma instancia por los jueces administrativos:

“.....

*2. El que decreta una medida cautelar y el que resuelva los incidentes de responsabilidad y desacato en ese mismo trámite”.
 (Se destaca).*



Proceso: 110010326000201300162 00 (49.150).
Actor: Contraloría General de la República
Demandado: Presidencia de la República
Suspensión Provisional Decreto 934 de 2013

No obstante lo anterior, ocurre que las normas especiales que en esa misma codificación se ocupan de regular la materia relacionada con las medidas cautelares, con toda claridad determinan que la decisión por medio de la cual se tramita y decide lo concerniente a la petición de una medida cautelar debe ser adoptada por el juez o Magistrado Ponente respectivo.

En efecto, la Ley 1437, en su artículo 233, prescribe:

“La medida cautelar podrá ser solicitada desde la presentación de la demanda y en cualquier estado del 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



Proceso: 110010326000201300162 00 (49.150).
 Actor: Contraloría General de la República
 Demandado: Presidencia de la República
 Suspensión Provisional Decreto 934 de 2013

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". (Negrillas y subrayas adicionales).

De conformidad con la disposición legal transcrita se desprende, de un lado, que la petición de una medida cautelar –y la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos lo es porque así lo dispone en forma precisa el numeral 3 del artículo 230 de la Ley 1437, tal como más adelante se determinará– se debe resolver mediante una decisión distinta al auto admisorio de la demanda; de otro lado se encuentra que tal determinación, según el aludido artículo 233 *ibídem*, debe ser proferida por el Magistrado Ponente, lo cual encuentra plena concordancia con lo previsto en las normas que le preceden, a saber:

*"ARTÍCULO 229. PROCEDENCIA DE MEDIDAS CAUTELARES. 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.*

La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento.



Proceso: 110010326000201300162 00 (49.150).
Actor: Contraloría General de la República
Demandado: Presidencia de la República
Suspensión Provisional Decreto 934 de 2013

PARÁGRAFO. Las medidas cautelares en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos y en los procesos de tutela del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se regirán por lo dispuesto en este capítulo y podrán ser decretadas de oficio". (Se destaca).

"

"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". (Se destaca).

"

"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.



Proceso: 110010326000201300162 00 (49.150).
 Actor: Contraloría General de la República
 Demandado: Presidencia de la República
 Suspensión Provisional Decreto 934 de 2013

La decisión que fija la caución o la que la niega será apelable junto con el auto que decreta la medida cautelar; la que acepte o rechace la caución prestada no será apelable.

No se requerirá de caución cuando se trate de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, de los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos, de los procesos de tutela, ni cuando la solicitante de la medida cautelar sea una entidad pública". (Se destaca).

Así las cosas, en punto de la definición del juez competente para resolver una solicitud de medida cautelar, resulta evidente que a pesar de las previsiones generales contenidas en el artículo 125 de la Ley 1437, están llamadas a prevalecer las disposiciones especiales que gobiernan el trámite y la resolución de tales medidas cautelares, normas que aunque se encuentran en una misma codificación además de ser especiales por razón de la materia también resultan posteriores, todo de conformidad con los dictados de los numerales 1 y 2 del artículo 5 de la Ley 57 de 1887, a cuyo tenor:

"Artículo 5º.- Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquélla.

Si en los Códigos que se adoptan se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, se observarán en su aplicación las reglas siguientes:

1ª. La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general;



Proceso: 110010326000201300162 00 (49.150).
 Actor: Contraloría General de la República
 Demandado: Presidencia de la República
 Suspensión Provisional Decreto 934 de 2013

2ª. Cuando las disposiciones tengan una misma especialidad ó generalidad, **y se hallen en un mismo Código, preferirá la disposición consignada en artículo posterior** (...)" (Se destaca).

De esta manera, se reitera, se tiene que con sujeción a los dictados de los artículos 230 y siguientes de la Ley 1437, normas especiales y posteriores respecto del artículo 125 de la misma codificación, la determinación acerca de la procedencia, el decreto, el levantamiento, etc., de una medida cautelar deberá ser proferida por el Magistrado Ponente –que no por la Sala– cuando la competencia para ello radique en una Corporación como ocurre con los Tribunales Administrativos o con el Consejo de Estado.

Pero si lo anterior no fuese suficiente, se tiene que de acuerdo con la excepción prevista en el propio artículo 125 de la Ley 1437, cuando se trata de procesos de única instancia –como ocurre en el caso en estudio–, el auto que decreta la medida cautelar debe ser adoptada por el Magistrado Ponente⁵.

⁵ En efecto, la disposición legal en mención prevé:

<<ARTÍCULO 125. DE LA EXPEDICIÓN DE PROVIDENCIAS. Será competencia del juez o Magistrado Ponente dictar los autos interlocutorios y de trámite; sin embargo, en el caso de los jueces colegiados, las decisiones a que se refieren los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 243 de este Código serán de la sala, **excepto en los procesos de única instancia**. Corresponderá a los jueces, las salas, secciones y subsecciones de decisión dictar las sentencias. Los autos que resuelvan los recursos de súplica serán dictados por las salas, secciones y subsecciones de decisión con exclusión del Magistrado que hubiere proferido el auto objeto de la súplica>> (Se destaca).



Proceso: 110010326000201300162 00 (49.150).
 Actor: Contraloría General de la República
 Demandado: Presidencia de la República
 Suspensión Provisional Decreto 934 de 2013

También cabe agregar que de conformidad con el artículo 236 de la Ley 1437 *“El auto que decreta una medida cautelar será susceptible del recurso de apelación o del de súplica, según el caso ...”*, es decir, en atención a la instancia del proceso.

Por consiguiente, que la decisión emanada de una Corporación Judicial por medio de la cual se decreta una medida cautelar dentro de un proceso que curse en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo resulte pasible del recurso de súplica, obedece precisamente a que la propia ley parte del supuesto de que esa clase de decisiones serán adoptadas por el respectivo Magistrado Ponente, pues de lo contrario, esto es si fuesen adoptadas por Sala, dicho medio de impugnación resultaría improcedente comoquiera que el recurso de súplica procede *“... contra los autos que por su naturaleza serían apelables, **dictados por el Magistrado Ponente** en el curso de la segunda o **única instancia** ...”* (artículo 246 CPACA) – (Énfasis añadido).

Así las cosas, resulta dable concluir que el auto que decreta o que deniega una medida cautelar debe ser dictado por el respectivo Magistrado Ponente⁶.

⁶ En este mismo sentido puede consultarse el auto de fecha 24 de enero de 2014, exp. 47.694; M.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez, proferido en Sala Unitaria.



Proceso: 110010326000201300162 00 (49.150).
 Actor: Contraloría General de la República
 Demandado: Presidencia de la República
 Suspensión Provisional Decreto 934 de 2013

2.- La medida cautelar de suspensión provisional de los actos administrativos bajo la vigencia de la Ley 1437 de 2011.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 238 de la Constitución Política, 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.

En armonía con lo anterior se tiene que el artículo 230 de la Ley 1437 de 2011 contempla el procedimiento de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo entre las medidas cautelares de posible aplicación en los juicios ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo⁷, en tanto que el artículo 231 consagra los requisitos de procedencia de la aludida medida cautelar, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 231. REQUISITOS PARA DECRETAR LAS MEDIDAS CAUTELARES. 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**

⁷“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”.



Proceso: 110010326000201300162 00 (49.150).
 Actor: Contraloría General de la República
 Demandado: Presidencia de la República
 Suspensión Provisional Decreto 934 de 2013

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". (Se destaca).

Pues bien, las anteriores disposiciones del CPACA, en particular la del artículo 231 de la Ley 1437, permiten determinar una variación significativa en cuanto a la regulación de la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos en relación con el Estatuto anterior (CCA), tanto en aspectos de trámite o de procedimiento, como en otros de carácter sustantivos o de fondo, los cuales conviene destacar.

2.1.- Aspectos procedimentales:

a).- Oportunidad para solicitar la medida cautelar.

Con base en el Código Contencioso Administrativo, la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo sólo se podía formular con la demanda o en escrito separado a ella, pero siempre antes de su admisión, es decir que sólo podía decretarse antes de trabar la relación jurídico procesal; por el contrario, el nuevo Estatuto de lo Contencioso Administrativo prevé que la mencionada medida podrá decretarse, a petición de parte, "... antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o **en cualquier estado del proceso**", lo



Proceso: 110010326000201300162 00 (49.150).
 Actor: Contraloría General de la República
 Demandado: Presidencia de la República
 Suspensión Provisional Decreto 934 de 2013

cual abre paso, además, a que la petición pueda elevarse incluso dentro de la segunda instancia del proceso.

b).- Traslado de la solicitud a la parte demandada.

En relación con este punto, la doctrina ha precisado⁸:

“Dada la amplitud de medidas que se pueden adoptar, y por estar presente el interés público en todos los procesos contencioso administrativos, se decidió que de la solicitud de medidas cautelares siempre se le diera traslado a la parte demandada, buscando con ello varios fines: que ponga de presente al juez los derechos o intereses que resultarían afectados con la medida cautelar solicitada, y que además reflexione sobre la viabilidad de oponerse a las pretensiones del proceso ante medidas tan graves como la anticipación del derecho u otras similares”.

También cabe adicionar que el mencionado traslado a la parte demandada resulta de la mayor importancia, toda vez que de esa manera se busca la efectiva observancia del Derecho Fundamental al Debido Proceso y de las garantías que de él forman parte, tema respecto del cual se ha expuesto:

“... con el fin de garantizar el debido proceso y en particular el derecho de contradicción ... para que ella tenga la posibilidad de

⁸ Enrique José Arboleda Perdomo; Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; Legis; Segunda Edición; pág. 366.



Proceso: 110010326000201300162 00 (49.150).
 Actor: Contraloría General de la República
 Demandado: Presidencia de la República
 Suspensión Provisional Decreto 934 de 2013

exponer sus argumentos, sus puntos de vista y que el juez, al pronunciarse respecto de la petición de amparo cautelar, lo haga sobre la base de haberle brindado esa oportunidad a la entidad demandada para así conocer las dos caras de la moneda –artículo 233– y garantizar la efectividad plena del derecho fundamental al debido proceso, consagrado como rector de la actuación judicial en el artículo 29 de la Constitución Política, cuyas dimensiones al derecho de defensa y al principio de contradicción emergen con fuerza y claridad en este punto”⁹.

A diferencia de la que se deja visto que se ha consagrado en la Ley 1437, en el C.C.A., el mencionado traslado a la parte demandada, previa definición de la procedencia de la medida cautelar, no se encontraba previsto, por manera que dicha parte sólo obtenía conocimiento de la solicitud de la medida y de su consiguiente decreto o denegación, según fuere el caso, con la notificación mismas del propio auto admisorio de la demanda, una vez dicha decisión ya hubiere sido proferida y en relación con la cual, por tanto, sólo contaba con el recurso respectivo para controvertirla o impugnarla¹⁰; en el panorama de la nueva normativa, se repite, la parte destinataria de la medida cautelar tendrá oportunidad de conocer la respectiva solicitud y pronunciarse sobre la misma –tal como ocurrió en este caso– antes de que el operador judicial profiera la decisión acerca de su procedencia.

⁹ 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. 350.

¹⁰ Lo cual encontraba consonancia con lo previsto en el anterior Estatuto Procesal Civil, por cuya virtud las medidas cautelares “... se cumplirán inmediatamente, **antes de la notificación a la parte contraria del auto que las decreta** ...” (artículo 327) – (Se destaca).



Proceso: 110010326000201300162 00 (49.150).
 Actor: Contraloría General de la República
 Demandado: Presidencia de la República
 Suspensión Provisional Decreto 934 de 2013

c).- Decreto oficioso de la medida cautelar.

El párrafo contenido en el artículo 229 de la Ley 1437 autoriza expresamente al juez de la causa, dentro de los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos y dentro de las acciones de tutela de competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, para que decrete en forma oficiosa medidas cautelares, facultad que jamás contempló el anterior Estatuto.

2.2.- Aspectos sustanciales:

a).- Procedencia de la suspensión provisional en virtud de las normas superiores enunciadas como transgredidas tanto en la petición de la medida cautelar, como en la demanda.

Según se expuso, el artículo 229 CPACA permite que la petición de la medida cautelar se eleve en cualquier momento del proceso, incluida la segunda instancia.

De allí cobra pleno significado la referencia que la nueva ley hace –inciso primero del artículo 231 *ídem*– al establecer que la suspensión provisional de un acto administrativo puede proceder por la violación de la disposiciones invocadas en la demanda o por la de aquellas



*Proceso: 110010326000201300162 00 (49.150).
Actor: Contraloría General de la República
Demandado: Presidencia de la República
Suspensión Provisional Decreto 934 de 2013*

que se invoquen en el escrito que se presente separado de ella, mientras que en el anterior régimen legal, la suspensión provisional de los actos administrativos sólo podía examinarse a la luz de las disposiciones cuya violación se invocaba únicamente en la petición de la medida cautelar, lo que naturalmente amplía el campo de análisis que deba adelantar el juez competente al momento de decidir y amplía el haz de fundamentos normativos o cargos formulados en contra del acto administrativo demandado que podrán servir de apoyo a la decisión de suspensión provisional, dando efectivamente prelación al fondo sobre la forma o sobre aspectos eminentemente subjetivos, tal como lo dispone el artículo 228 de la Carta Política, pero sin que esa mayor amplitud reduzca, limite o afecte los derechos de defensa y de contradicción de la parte destinataria de la medida cautelar solicitada, puesto que igual ella siempre estará en posibilidad –y con la carga– de conocer y examinar tanto las normas cuya violación se invoca como las argumentaciones que se formulen acerca del sentido de las alegadas violaciones, ora que obren en el escrito separado contentivo de la solicitud de suspensión provisional, ora que se encuentren consignadas en la demanda.

b). Para la procedencia de la suspensión provisional de los actos administrativos, la violación de las normas superiores no requiere ser manifiesta o evidente.



Proceso: 110010326000201300162 00 (49.150).
 Actor: Contraloría General de la República
 Demandado: Presidencia de la República
 Suspensión Provisional Decreto 934 de 2013

Quizá el cambio mas significativo que introdujo el nuevo Estatuto respecto de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos dice relación con la eliminación del requisito según el cual para la prosperidad de la medida, se exigía que la vulneración de la norma superior fuese directa y palmaria.

Ciertamente, el artículo 152 del C.C.A., disponía igualmente que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo podía decretar la suspensión provisional de actos administrativos demandados, pero tal medida se encontraba supeditada al cabal cumplimiento de 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).

Y en ese sentido, la Jurisprudencia reiterada y consolidada de la Sección Tercera del Consejo de Estado, desarrollada bajo el imperio del Código Contencioso Administrativo, siempre fue sólida y consistente en determinar que para la procedencia de la suspensión



Proceso: 110010326000201300162 00 (49.150).
Actor: Contraloría General de la República
Demandado: Presidencia de la República
Suspensión Provisional Decreto 934 de 2013

provisional de los efectos de un acto administrativo el quebranto 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 lucubración 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.

Sin embargo, la nueva normativa suprimió aquel presupuesto esencial, en cuya virtud la procedencia de la suspensión provisional pendía del hecho consistente en que la vulneración directa de la norma superior apareciera de bulto, por cuanto el transcrito artículo 231 de la Ley 1437 dispone que tal medida cautelar estará llamada a proceder cuando la violación deprecada “... 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”.



Proceso: 110010326000201300162 00 (49.150).
 Actor: Contraloría General de la República
 Demandado: Presidencia de la República
 Suspensión Provisional Decreto 934 de 2013

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”¹¹.

Por su parte, la Jurisprudencia del Consejo de Estado ha considerado:

“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 quanon* que la oposición normativa apareciera manifiesta por confrontación directa con el acto o mediante los documentos públicos adicionales con la solicitud. Entonces ello excluía que el operador judicial pudiera incursionar en análisis o estudio pues la trasgresión debía aparecer *prima facie*. Ahora, la norma da la apertura de autorizar al juez administrativo para que 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”¹². (Negritas y subrayas del original).

“

¹¹ 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.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, providencia de 24 de enero de 2013, exp. 11001-03-28-000-2012-00068-00; M.P. Dra. Susana Buitrago Valencia.



Proceso: 110010326000201300162 00 (49.150).
Actor: Contraloría General de la República
Demandado: Presidencia de la República
Suspensión Provisional Decreto 934 de 2013

“El Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), 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 realizar el análisis entre el acto y las normas invocadas como transgredidas, y estudiar las pruebas allegadas con la solicitud”¹³.

Así las cosas, con fundamento en la nueva normativa resulta dable concluir que si el juez de la causa, a petición de parte –salvo aquellos asuntos en los cuales las medidas cautelares puedan decretarse de oficio–, encuentra la alegada violación de la ley, podrá hacer efectiva la tutela judicial mediante la suspensión provisional de los efectos del acto demandado, sin necesidad de esperar hasta la finalización del proceso.

¹³ 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 Sala Unitaria.



*Proceso: 110010326000201300162 00 (49.150).
Actor: Contraloría General de la República
Demandado: Presidencia de la República
Suspensión Provisional Decreto 934 de 2013*

3.- Fundamentos de la solicitud de medida cautelar en el caso concreto.

La parte actora, en este acápite de la demanda, sustentó la medida cautelar sobre la base de la transgresión, por parte de dicho acto, de los artículos 1, 2, 4, 6, 9, 29, 80, 93, 115, 150, 208, 209, 287, 288, 311, 313 y 330 de la Constitución Política, de acuerdo con lo siguiente:

Expresó que el acto demandado debía ser consultado, de manera previa, con las comunidades indígenas y afrodescendientes, según lo previsto en el Convenio 169 de la O.I.T., toda vez que la normativa en él contenida afecta de manera directa tanto el territorio como los intereses de dichas poblaciones, en materia de minería.

Agregó que el Decreto 934 de 2013 también vulnera la autonomía de los Municipios y Distritos, dado que les prohíbe reglamentar de manera integral el uso del suelo; que ese cuerpo normativo desconoce que las actividades mineras son parte del ordenamiento territorial y que afectan social y ambientalmente los territorios de su jurisdicción.

Manifestó que el acto enjuiciado no tiene en cuenta que los Municipios son el núcleo esencial del Estado y que, por lo tanto, se encuentran facultados para organizar su territorio.



Proceso: 110010326000201300162 00 (49.150).
 Actor: Contraloría General de la República
 Demandado: Presidencia de la República
 Suspensión Provisional Decreto 934 de 2013

Señaló, además, que el Decreto 934 desconoció los deberes de planificación, conservación y defensa de los recursos naturales; la obligación del Estado y de los particulares de proteger las riquezas naturales; el derecho a gozar de un ambiente sano y la participación de la ciudadanía en asuntos ambientales al excluir la minería de los procesos de ordenamiento territorial.

Indicó que el Decreto demandado transgrede el principio de legalidad porque no fue suscrito por los Ministros del Interior y de Ambiente y Desarrollo Territorial en relación con asuntos que son de su resorte, tales como las relaciones entre el Gobierno y los entes territoriales y autoridades ambientales.

Añadió que el acto demandado vulnera el principio de legalidad y excede la potestad reglamentaria al excluir a los grandes centros urbanos como autoridades ambientales.

4.- Los cargos que la solicitud de suspensión provisional plantea.

El ente de control demandante expuso por los menos tres aspectos diferentes, por cuya virtud pretende obtener la suspensión provisional de los efectos del Decreto 934 de 2013, a saber: **i)** la ausencia de consulta previa a las comunidades étnicas; **ii)** la vulneración de la autonomía de los Municipios y Distritos y **iii)** la transgresión del principio de legalidad porque el acto no fue suscrito por los Ministros cuyas Carteras resultaron involucradas con el acto demandado.



Proceso: 110010326000201300162 00 (49.150).
 Actor: Contraloría General de la República
 Demandado: Presidencia de la República
 Suspensión Provisional Decreto 934 de 2013

4.1.- Para proferir el Decreto 934 de 2013 no se consultó, en forma previa, a las comunidades indígenas y afrodescendientes.

El anterior aspecto fue introducido por la Ley 1437, artículo 46, como causal de nulidad de la decisión administrativa, así:

"Artículo 46. Consulta obligatoria. Cuando la Constitución o la ley ordenen la realización de una consulta previa a la adopción de una decisión administrativa, dicha consulta deberá realizarse dentro de los términos señalados en las normas respectivas, so pena de nulidad de la decisión que se llegare a adoptar".

Pues bien, el párrafo contenido en el artículo 330 de la Constitución Política establece:

*"La explotación de los recursos naturales **en los territorios indígenas** se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las **comunidades indígenas**. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades". (Se destaca).*

Por su parte, el artículo 76 de la Ley 99 de 1993 prevé:

*"**DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS Y NEGRAS. La explotación** de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y de las negras tradicionales de acuerdo con la Ley 70 de 1993 y el artículo 330 de la Constitución Nacional, **y las decisiones sobre la materia se tomarán, previa consulta a los representantes de tales comunidades**". (Se destaca).*



Proceso: 110010326000201300162 00 (49.150).
 Actor: Contraloría General de la República
 Demandado: Presidencia de la República
 Suspensión Provisional Decreto 934 de 2013

A su turno, el artículo 6 de la Ley 21 de 1991 –que ratificó el Convenio 169 de 1989 de la O.I.T.– consagra:

“Artículo 6º. 1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

a) Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;

“...(...)...”.

En relación con la consulta previa, la Jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido:

“La consulta previa a que se refiere la ley 21 de 1991, de acuerdo con la reglamentación contenida en el Decreto 1320 de 1998, no desplaza el ámbito de decisión de las autoridades estatales competentes, sino que su finalidad es que bajo parámetros de transparencia, se otorgue la debida participación a las comunidades involucradas, con el fin de que éstas suministren la información complementaria, y participen en los estudios y análisis ambientales correspondientes, de conformidad con la ley ...

La consulta previa, se considerará como procedimiento debidamente agotado, siempre que se cumplan con los requerimientos sustanciales y procedimentales exigidos para su realización efectiva. Es decir, que se determine el territorio, que se identifique la comunidad afectada, que se cumplan con las condiciones y términos de convocatorias y reuniones y en síntesis que se garantice, por parte de las autoridades competentes, la real participación de la comunidad afectada, en la elaboración de los estudios ambientales para licencias ambientales o establecimiento de planes de manejo ambiental, así como para acceder al uso, aprovechamiento o afectación de recursos



Proceso: 110010326000201300162 00 (49.150).
 Actor: Contraloría General de la República
 Demandado: Presidencia de la República
 Suspensión Provisional Decreto 934 de 2013

naturales renovables, con el fin de que se cumpla con el objeto que determina el artículo 1° del decreto 1320 de 1998”¹⁴.

Y la Corte Constitucional, mediante sentencia T-129 de 3 de marzo de 2011, precisó:

*“En síntesis, todo tipo de acto, proyecto, obra, actividad o iniciativa **que pretenda intervenir en territorios de comunidad étnicas**, sin importar la escala de afectación, deberá desde el inicio observar las siguientes reglas:*

(i) La consulta previa es un derecho de naturaleza fundamental y los procesos de consulta previa de comunidades étnicas se desarrollarán conforme a este criterio orientador tanto en su proyección como implementación.

(ii) No se admiten posturas adversariales o de confrontación durante los procesos de consulta previa. Se trata de un diálogo entre iguales en medio de las diferencias.

(iii) No se admiten procedimientos que no cumplan con los requisitos esenciales de los procesos de consulta previa, es decir, asimilar la consulta previa a meros trámites administrativos, reuniones informativas o actuaciones afines.

(iv) Es necesario establecer relaciones de comunicación efectiva basadas en el principio de buena fe, en las que se ponderen las circunstancias específicas de cada grupo y la importancia para este del territorio y sus recursos.

(v) Es obligatorio que no se fije un término único para materializar el proceso de consulta y la búsqueda del consentimiento, sino que

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 18 de julio de 2012, exp. 88001-23-31-000-2005-00067-02; M.P. Dr. Marco Antonio Velilla moreno.



Proceso: 110010326000201300162 00 (49.150).
Actor: Contraloría General de la República
Demandado: Presidencia de la República
Suspensión Provisional Decreto 934 de 2013

dicho término se adopte bajo una estrategia de enfoque diferencial conforme a las particularidades del grupo étnico y sus costumbres. En especial en la etapa de factibilidad o planificación del proyecto y no en el instante previo a la ejecución del mismo.

(vi) Es obligatorio definir el procedimiento a seguir en cada proceso de consulta previa, en particular mediante un proceso pre-consultivo y/o post consultivo a realizarse de común acuerdo con la comunidad afectada y demás grupos participantes. Es decir, la participación ha de entenderse no sólo a la etapa previa del proceso, sino conforme a revisiones posteriores a corto, mediano y largo plazo.

(vii) Es obligatorio realizar un ejercicio mancomunado de ponderación de los intereses en juego y someter los derechos, alternativas propuestas e intereses de los grupos étnicos afectados únicamente a aquellas limitaciones constitucionalmente imperiosas.

(viii) Es obligatoria la búsqueda del consentimiento libre, previo e informado. Las comunidades podrán determinar la alternativa menos lesiva en aquellos casos en los cuales la intervención: **(a)** implique el traslado o desplazamiento de las comunidades por el proceso, la obra o la actividad; **(b)** esté relacionado con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas; y/o **(c)** representen un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma.

En todo caso, en el evento en que se exploren las alternativas menos lesivas para las comunidades étnicas y de dicho proceso resulte probado que todas son perjudiciales y que la intervención conllevaría al aniquilamiento o desaparecimiento de los grupos, prevalecerá la protección de los derechos de las comunidades étnicas bajo el principio de interpretación pro homine.

(ix) Es obligatorio el control de las autoridades en materia ambiental y arqueológica, en el sentido de no expedir las licencias sin la verificación de la consulta previa y de la aprobación de un Plan de Manejo Arqueológico conforme a la ley, so pena de no



Proceso: 110010326000201300162 00 (49.150).
 Actor: Contraloría General de la República
 Demandado: Presidencia de la República
 Suspensión Provisional Decreto 934 de 2013

poder dar inicio a ningún tipo de obra o en aquellas que se estén ejecutando ordenar su suspensión.

(x) Es obligatorio garantizar que los beneficios que conlleven la ejecución de la obra o la explotación de los recursos sean compartidos de manera equitativa. Al igual que el cumplimiento de medidas de mitigación e indemnización por los daños ocasionados.

(xi) Es obligatorio que las comunidades étnicas cuenten con el acompañamiento de la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación en el proceso de consulta y búsqueda del consentimiento. Incluso de la posibilidad de contar con el apoyo de organismos internacionales cuyos mandatos estén orientados a prevenir y proteger los derechos de las comunidades étnicas de la Nación.

Si se tienen en cuenta los presupuestos y factores señalados anteriormente, se espera que el proceso de consulta previa y participación de los grupos étnicos respete de forma integral los derechos en juego en estos tipos de casos, como la subsistencia e integridad cultural de los pueblos étnicos. No obstante, es necesario tener en cuenta que efectuar la consulta previa y buscar el consentimiento informado no justifica la violación material futura de los derechos fundamentales de los grupos afectados por una actuación u autorización administrativa de entidades del Estado o particulares. Circunstancia en la que habrá lugar a la responsabilidad del Estado o de los concesionarios conforme a la normativa interna e internacional".

4.1.1.- Definición del primer cargo de suspensión provisional.

Para el Despacho no resulta completamente claro, en este estado del proceso, que el acto enjuiciado hubiere requerido de la consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes, pues existen, al menos por ahora, varios aspectos que impiden, en esta



Proceso: 110010326000201300162 00 (49.150).
 Actor: Contraloría General de la República
 Demandado: Presidencia de la República
 Suspensión Provisional Decreto 934 de 2013

oportunidad, establecer con la fuerza de convicción necesaria para decretar la suspensión provisional de los efectos del acto demandado, que el Gobierno Nacional debiera cumplir previamente con tal exigencia.

El primero de tales aspectos dice relación con las dudas que surgen acerca de si en realidad una comunidad étnica –respecto de las cuales recae la consulta previa– sería, o no, destinataria de la decisión administrativa demandada, pues en el contenido del Decreto 934, tanto en su parte motiva como en la parte dispositiva, dichas comunidades no son mencionadas de manera expresa, comoquiera que sólo se alude a los Municipios, a los Departamentos y a los Distritos.

Ciertamente, la parte considerativa del acto demandado dice:

“Que el artículo 80 de la Constitución Política de Colombia establece que el Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible.

Que el artículo 332 de la Constitución Política de Colombia dispone que el Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables.

Que el artículo 339 de la Constitución Política de Colombia señala que en el Plan Nacional de Desarrollo se incluirán los propósitos y objetivos nacionales de largo plazo, las metas y prioridades de la



Proceso: 110010326000201300162 00 (49.150).
Actor: Contraloría General de la República
Demandado: Presidencia de la República
Suspensión Provisional Decreto 934 de 2013

acción estatal a mediano plazo y las estrategias y orientaciones generales de la política económica, social y ambiental que serán adoptadas por el gobierno.

Que la Ley 1450 de 2011, Ley del Plan dispuso que uno de los tres pilares sobre los cuales se fundamenta la Prosperidad Democrática es contar con una estrategia de crecimiento sostenido basado en una economía más competitiva, más productiva y más innovadora, y con sectores dinámicos que jalonen el crecimiento, como es el caso del sector minero.

Que adicionalmente el artículo 360 de la Constitución Política de Colombia establece que la ley determinará las condiciones para la explotación de los recursos naturales no renovables.

Que las competencias hacen referencia al conjunto de materias que se atribuyen a los órganos del Estado y, entre ellos, a los entes territoriales y que las facultades, potestades o atribuciones se refieren a los poderes jurídicos que el ordenamiento otorga a los diversos órganos o a una parte de ellos en el Estado.

Que los artículos 151 y 288 de la Constitución Política de Colombia disponen que la ley orgánica de ordenamiento territorial, establecerá las competencias de los municipios en esta materia.

Que el Ordenamiento Minero no hace parte del ordenamiento territorial y, por ende, de las competencias o facultades de las entidades territoriales, a que hacen referencia los artículos 151 y 288 de la Constitución Política de Colombia.

Que el artículo 109 de la Ley 1450 de 2011 dispuso que es la autoridad minera la competente para elaborar y expedir el Plan de Ordenamiento Minero con base en las políticas, normas, determinantes y directrices establecidas en materia ambiental y ordenamiento del territorio, expedidas por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Territorial.

Que la actividad minera de conformidad con el artículo 1º de la Ley 685 de 2001, debe ser estimulada para lograr el aprovechamiento de los recursos naturales del subsuelo, el cual se



Proceso: 110010326000201300162 00 (49.150).
Actor: Contraloría General de la República
Demandado: Presidencia de la República
Suspensión Provisional Decreto 934 de 2013

debe realizar en forma armónica con los principios y normas de explotación racional de los recursos naturales no renovables y del ambiente, dentro de un concepto integral de desarrollo sostenible y del fortalecimiento económico y social del país.

Que en desarrollo del artículo 58 de la Constitución Política, el artículo 13 del Código de Minas declaró como de utilidad pública e interés social la industria minera en todas sus ramas y fases.

Que la Ley 388 de 1997 en su artículo 5° dispuso que el ordenamiento del territorio municipal y distrital comprende un conjunto de acciones político administrativas y de planificación física concertadas, emprendidas por los municipios o distritos y áreas metropolitanas, en ejercicio de la función pública que les compete, pero dentro de los límites fijados por la Constitución y las leyes.

Que de acuerdo con el artículo 37 de la Ley 685 de 2001 y con excepción de las facultades de las autoridades nacionales y regionales que se señalan en los' artículos 34 y 35 de dicha ley, se dispone que ninguna autoridad regional, seccional o local podrá establecer zonas del territorio que queden permanente o transitoriamente excluidas de la minería.

Que esta prohibición comprende los planes de ordenamiento territorial de que trata el artículo 38 del Código de Minas, que en forma expresa dispone que en la elaboración, modificación y ejecución de los planes de ordenamiento territorial, la autoridad competente se sujetará a la información geológico-minera disponible sobre las zonas respectivas, así como lo dispuesto en el Código de Minas sobre zonas de reservas especiales y zonas excluibles de la minería.

Que en el mismo sentido se ha pronunciado la Honorable Corte Constitucional en su sentencia C-891 de 2002 en la cual expresó: "De conformidad con el citado texto legal, la decisión de establecer zonas excluidas de la minería compete exclusivamente a las autoridades ambiental y minera (artículos 34 y 35, en concordancia con el artículo 122 de la Ley 685 de 2001) labor ésta que se enmarca en el ámbito de sus funciones constitucionales y



Proceso: 110010326000201300162 00 (49.150).
 Actor: Contraloría General de la República
 Demandado: Presidencia de la República
 Suspensión Provisional Decreto 934 de 2013

legales. Al respecto, ya la Corte se pronunció en la sentencia C-418/02 sobre la constitucionalidad del artículo 122 ibídem, según el cual es la autoridad minera la encargada de señalar y delimitar, dentro de los territorios indígenas, las zonas mineras indígenas, en la inteligencia de que se deberá respetar la participación de las comunidades en dicha labor de identificación de las respectivas zonas."

Que por lo tanto, se hace necesario reglamentar el artículo 37 de la Ley 685 de 2001, para determinar cómo se armonizarán las competencias para el Ordenamiento Minero con las del ordenamiento del territorio, en cabeza de otros órganos del Estado".

Por fuerza de todas esas razones decretó:

"Artículo 1º._ La decisión de establecer zonas excluidas y restringidas de minería compete exclusivamente, y dentro de los límites fijados en los artículos 34 y 35 de la Ley 685 de 2001, a las autoridades minera y ambiental, quienes actuarán con base en estudios técnicos, económicos, sociales y ambientales y dando aplicación al principio del desarrollo sostenible.

PARÁGRAFO. Para efectos de la aplicación del artículo 37 de la Ley 685 de 2001 y de este decreto, se entenderá que la autoridad ambiental es el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, las Corporaciones Autónomas Regionales, las de Desarrollo Sostenible y los Distritos Especiales de acuerdo con lo establecido en la Ley 768 de 2002 o quien haga sus veces y la autoridad minera o concedente, la Agencia Nacional de Minería o quien haga sus veces.

Artículo 2º._ Dado el carácter de utilidad pública e interés social de la minería, a través del Ordenamiento Territorial no es posible hacer directa ni indirectamente el Ordenamiento Minero, razón por la cual los planes de ordenamiento territorial, planes básicos de ordenamiento territorial o esquemas de ordenamiento territorial **de los municipios y distritos**, no podrán incluir disposiciones que



Proceso: 110010326000201300162 00 (49.150).
 Actor: Contraloría General de la República
 Demandado: Presidencia de la República
 Suspensión Provisional Decreto 934 de 2013

impliquen un ordenamiento de la actividad minera en el ámbito de su jurisdicción, salvo previa aprobación de las autoridades nacionales.

Parágrafo 1.-En desarrollo de la anterior prohibición, **los Concejos Municipales y las Asambleas Departamentales** no podrán establecer zonas del territorio que queden permanentemente o transitoriamente excluidas de la minería mediante **acuerdos municipales u ordenanzas departamentales respectivamente**, por exceder el ámbito de sus competencias.

Parágrafo 2.-Las prohibiciones que se establezcan en los mencionados instrumentos de ordenamiento del territorio en violación de la ley, no podrán ser oponibles, aplicadas o exigidas a las actividades mineras, por ninguna autoridad.

Artículo 3.-Como efecto de lo dispuesto en los artículos anteriores, los certificados de uso del suelo expedidos por las autoridades **departamentales o municipales**, que prohíban o señalen como incompatible el ejercicio de actividades mineras, no podrán ser reconocidos como exclusiones o limitaciones, por parte de las autoridades para el trámite y obtención de licencias, permisos, concesiones o autorizaciones de cualquier naturaleza que se requieran para el ejercicio de la actividad minera en el territorio de su jurisdicción" (Se destaca).

Pues bien, tal como se extrae tanto de las disposiciones normativas como de la jurisprudencia descrita anteriormente, concernientes a la figura de la consulta previa, el Despacho concluye que ese mecanismo está abiertamente orientado hacia las comunidades étnicas en el marco de la afectación que de dichas poblaciones pueda generarse con la expedición de una ley¹⁵ o de un acto

¹⁵ En Sentencia C – 702 de 2010 se amplió el criterio de medidas legislativas no sólo a leyes en sentido formal, sino también en sentido material: <<Así las cosas, forzoso es concluir que la noción de "medidas legislativas" a que alude el artículo 6º del Convenio 169 es un concepto



Proceso: 110010326000201300162 00 (49.150).
Actor: Contraloría General de la República
Demandado: Presidencia de la República
Suspensión Provisional Decreto 934 de 2013

administrativo, pero según se acaba de exponer, en el texto del Decreto 934 no se menciona a una sola de tales comunidades como destinatarias de las disposiciones allí contenidas.

El segundo tema que impide establecer, por ahora, la exigencia de la consulta previa respecto del Decreto 934 y que, por su estrecha relación, se sigue de lo expuesto anteriormente radica en la afectación de las comunidades indígenas o afrodescendientes con la normativa adoptada por el Ministerio de Minas y Energía, pues ante la falta de certeza que se tiene en este momento acerca de si las comunidades étnicas son en realidad destinatarias del acto demandado, ello resulta igualmente predicable respecto de la afectación –directa– de las comunidades indígenas o afrodescendientes con dicho acto.

A lo anterior se adiciona la situación, no menos significativa, que se tiene en torno al entendimiento de la afectación directa de las comunidades étnicas con una medida legislativa o administrativa.

Al respecto, el Convenio 169 de la O.I.T., en su artículo 6, dispone:

“1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

que incluye no solamente las leyes en sentido formal, sino otras medidas normativas de carácter general, impersonal y abstracto de carácter no administrativo>>.



Proceso: 110010326000201300162 00 (49.150).
 Actor: Contraloría General de la República
 Demandado: Presidencia de la República
 Suspensión Provisional Decreto 934 de 2013

a) Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimiento apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de **afectarles directamente (...)**". (Negritas adicionales).

En tanto que la Corte Constitucional ha considerado lo siguiente:

*"(...) todo tipo de acto, proyecto, obra, actividad o iniciativa que pretenda intervenir en territorios de comunidad étnicas, **sin importar la escala de afectación**, deberá desde el inicio observar las siguientes reglas (...)"¹⁶. (Se deja destacado en negritas y en subrayas).*

Nótese cómo la afectación directa de las comunidades indígenas o afrodescendientes mediante las "Medidas Legislativas" no deja de constituir un tema de fondo, el cual, por lo tanto, deberá analizarse con amplitud en el fallo definitivo, puesto que de la decisión que se adopte en uno u otro sentido pende, nada menos, que la validez del acto administrativo demandado.

Al respecto, se ha considerado lo siguiente:

*"La noción de **"afectación directa"**: **Este es, quizá, el aspecto que más debate ha suscitado en la jurisprudencia, puesto que de él depende, en buena medida, la obligación de llevar a cabo la consulta previa.** La jurisprudencia constitucional ha optado por un acercamiento multinivel, en el que entran en juego: i) La especificidad de la medida, en el que se ha analizado 'si cada medida legislativa concreta es de aplicación directa, o si establece un marco normativo general que luego debe ser*

¹⁶ Sentencia T-129 de 3 de marzo de 2011.



Proceso: 110010326000201300162 00 (49.150).

Actor: Contraloría General de la República

Demandado: Presidencia de la República

Suspensión Provisional Decreto 934 de 2013

implementado mediante otros actos jurídicos posteriores' (Corte Constitucional, C-030/08 y C-196/12); ii) El contenido de la medida, estableciendo una tipología de los asuntos que requieren de consulta previa por cuanto se encuentran expresamente señalados en el Convenio 169 de 1989, como son, entre otros, la relación con las tierras o territorios (Art. 13, al respecto ver SU-383/03, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 17 de mayo de 2007, Exp. 1817), la utilización, administración y conservación de los recursos naturales existentes en sus territorios (Art. 15), la protección especial en materia de contratación y condiciones de empleo (Art. 20), el acceso en condiciones de igualdad a los medios de formación profesional (Art. 21), los servicios de salud y educación adecuados para dichas comunidades (Art. 25 y 26, Cf. Corte Constitucional, T-907/11 y T-379/11), la promoción de los mecanismos de cooperación entre pueblos indígenas y tribales (Art. 32), y la garantía de una adecuada administración de los programas que afecten a los pueblos interesados (Art. 33) (Corte Constitucional, C-197/13); iii) una metodología interpretativa de los contenidos y alcances de la medida a consultar, frente a lo cual se ha acudido a 'la interpretación textual del cuerpo normativo como un todo; la interpretación sistemática, teniendo en cuenta otras normas dentro del mismo sistema normativo; la interpretación histórica y la interpretación contextual (incluyendo la historia de la medida, las controversias suscitadas alrededor de la norma, protestas y pronunciamientos sobre su contenido, modificaciones que sufrió en su trámite, etc.); y la interpretación teleológica' (Corte Constitucional, C-196/12).

De una manera general, para la Corte Constitucional 'existe una afectación directa, entre otras, en las siguientes hipótesis: (i) cuando la medida regula un asunto que, por expresa disposición constitucional, debe estar sometido a participación directa de las comunidades étnicas; (ii) cuando la medida se encuentra estrechamente vinculada con el ethos o identidad étnica de los pueblos indígenas; (iii) cuando el objeto principal de la regulación son una o varias comunidades o pueblos tribales o el desarrollo concreto de un derecho previsto en el Convenio 169 de 1989 de la OIT; y (iv) cuando a pesar de tratarse de una medida general, (a) ésta tiene mayores efectos en las comunidades indígenas que en



Proceso: 110010326000201300162 00 (49.150).
 Actor: Contraloría General de la República
 Demandado: Presidencia de la República
 Suspensión Provisional Decreto 934 de 2013

el resto de la población, o (b) regula sistemáticamente materias que conforman la identidad de dichas comunidades, por lo que puede generarse bien una posible afectación, un déficit de protección de sus derechos o una omisión legislativa relativa que las discrimine. En todo caso, siempre será indiferente el efecto positivo o negativo de la medida, mas allá de que es indispensable tener en cuenta el significado que, para los pueblos indígenas afectados, tienen los bienes o prácticas sociales que son objeto de regulación' (Corte Constitucional, C-068/13).

En cualquier caso, se ha considerado que la afectación directa también debe entenderse en el sentido de que sean normas que incidan específica y concretamente en las comunidades étnicas, excluyéndose de la obligación de llevar a cabo la consulta previa, por tanto, aquellas medidas que, en su calidad de habitantes del territorio, pueda afectar a sus miembros en igual medida que al resto de la población (Corte Constitucional, C-197/13; Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 2 de diciembre de 2010, Exp. 0214-00)"¹⁷ [Énfasis añadido].

Así las cosas, para el Despacho resulta evidente que la determinación acerca de la afectación y en qué grado –directa o indirecta– de las comunidades indígenas y/o afrodescendientes con ocasión del Decreto 934 de 2013 constituye un tema deferido a la sentencia.

Un tercer aspecto que impone denegar la medida cautelar deprecada con base en la supuesta inobservancia de la consulta previa por parte del Gobierno Nacional en la expedición del Decreto

¹⁷ Julian Pimiento Echeverri, Comentario al artículo 46 en José Luis Benavides, Ed. Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Concordado, Universidad Externado de Colombia 2014 (En prensa).



Proceso: 110010326000201300162 00 (49.150).
 Actor: Contraloría General de la República
 Demandado: Presidencia de la República
 Suspensión Provisional Decreto 934 de 2013

934 de 2013 consiste en la procedencia, o no, de dicha figura respecto de un acto que, al parecer, no dispuso la ejecución, propiamente dicha, de una actividad minera en algún territorio en el cual tenga asentamiento alguna comunidad étnica.

En efecto, el acto demandado –y así lo expuso la Presidencia de la República– no ordenó la actividad minera en un territorio determinado, dado que lo previsto en el Decreto 934 de 2013 constituye una prohibición para que los Municipios, los Departamentos y al parecer los Distritos, no denieguen la práctica de dicha actividad dentro de sus territorios, por cuanto ello, según el propio Decreto demandado, sólo sería competencia de las autoridades mineras y ambientales.

Conviene reiterar que en palabras de la jurisprudencia Constitucional, a propósito de la consulta previa: “... todo tipo de acto, proyecto, obra, actividad o iniciativa que pretenda **intervenir** en territorios de comunidad étnicas, **sin importar la escala de afectación**, deberá desde el inicio observar las siguientes reglas ... garantizar que los beneficios que conlleven **la ejecución de la obra o la explotación de los recursos** sean compartidos de manera equitativa ...”¹⁸ (se destaca) y es allí donde cobra nuevamente significado el tema de la afectación a las comunidades étnicas, su apreciación, su grado de entendimiento, para efectos de analizar y concluir que las decisiones

¹⁸ Sentencia T-129 de 3 de marzo de 2011.



Proceso: 110010326000201300162 00 (49.150).
Actor: Contraloría General de la República
Demandado: Presidencia de la República
Suspensión Provisional Decreto 934 de 2013

administrativas que en realidad afectan de manera directa a una comunidad étnica, en materia ambiental y del uso del suelo, son aquellas en cuya virtud se ejecuta la actividad minera o, si en términos mucho más genéricos, serían todas las que inciden en dicha actividad, como la que impone una restricción respecto de la actividad minera en un territorio determinado.

Por consiguiente, al existir, de entrada, los temas antes expuestos, los cuales impiden concluir –por ahora– que el acto demandado requería ser consultado previamente con las comunidades indígenas y/o afrodescendientes, se denegará la suspensión provisional solicitada respecto del Decreto 934 de 2013 sobre la base de ese primer cargo, para que sea durante el debate jurídico y probatorio propio del proceso que se demuestre la ilegalidad del acto y ésta sea definida en la sentencia que le ponga fin al mismo.

En relación con este último punto conviene precisar que si bien como se expuso anteriormente la Ley 1437 amplió el margen de estudio de la medida cautelar, al eliminar la exigencia de que el quebrantamiento de la(s) norma(s) superior(es) fuese evidente –*prima facie*–, no es menos cierto que el inciso segundo del artículo 229 de dicha Ley consagra que “La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento”, labor que difícilmente se dejaría de hacer si el Despacho, desde ya, se ocupara de definir los aspectos antes



*Proceso: 110010326000201300162 00 (49.150).
Actor: Contraloría General de la República
Demandado: Presidencia de la República
Suspensión Provisional Decreto 934 de 2013*

expuestos –y muchos más que podrían surgir al abordar ese análisis– para determinar si la decisión demandada requería, o no, consulta previa, pues ello incide directamente en la legalidad del acto según los precisos términos del artículo 46 del CPACA, antes transcrito.

Ciertamente, si este Despacho concluyera en este proveído que el Decreto 934 de 2013 requería ser consultado previamente con las comunidades indígenas y/o afrodescendientes, tal consideración anticiparía la nulidad de ese acto a la luz del artículo 46 de la Ley 1437 de 2011 y, por ende, se estaría, para este caso en particular, prejuzgando.

Precisamente porque la Ley 1437 amplió la facultad analítica del Juez de lo Contencioso Administrativo respecto de la procedencia de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos es que este Despacho abordó y puso de presente los temas que impiden, ahora, acceder a la medida cautelar, por cuanto del simple cotejo del acto demandado y las normas superiores invocadas por la entidad demandante en punto a la consulta previa, no habría sido igualmente posible decretar dicha suspensión.



Proceso: 110010326000201300162 00 (49.150).
 Actor: Contraloría General de la República
 Demandado: Presidencia de la República
 Suspensión Provisional Decreto 934 de 2013

4.2.- La vulneración de la autonomía territorial y el supuesto desconocimiento acerca de que las actividades mineras “son parte del ordenamiento territorial”.

La Contraloría General de la República alegó la vulneración de la autonomía de los Municipios y de los Distritos, pues según su juicio el Decreto 934 de 2013 coarta la potestad que les asiste a dichos entes territoriales tanto para reglamentar el uso del suelo, como para controlar y vigilar las actividades mineras en sus jurisdicciones.

Pues bien, tal como lo señalaron las entidades demandadas, la Corte Constitucional, en reciente pronunciamiento¹⁹ se pronunció en relación con la constitucionalidad del artículo 37 de la Ley 685 de 2001 –que sirve de fundamento al Decreto 934 de 2013– en el sentido de declarar condicionalmente exequible dicha norma legal bajo el siguiente entendimiento:

*“Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 37 de la Ley 685 de 2001, en el entendido de que en desarrollo del proceso por medio del cual se autorice la realización de actividades de exploración y explotación minera, las autoridades competentes del nivel nacional deberán acordar con las autoridades territoriales concernidas, las medidas necesarias para la protección del ambiente sano, y en especial, de sus cuencas hídricas, el*

¹⁹ Sentencia C-123 de marzo 5 de 2014, M.P. Dr. Alberto Rojas Ríos.



Proceso: 110010326000201300162 00 (49.150).
 Actor: Contraloría General de la República
 Demandado: Presidencia de la República
 Suspensión Provisional Decreto 934 de 2013

desarrollo económico, social, cultural de sus comunidades y la salubridad de la población, mediante la aplicación de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad previstos en el artículo 288 de la Constitución Política”.

El mencionado artículo 37 del Código de Minas prevé:

“ARTÍCULO 37. PROHIBICIÓN LEGAL. Con excepción de las facultades de las autoridades nacionales y regionales que se señalan en los artículos 34 y 35 anteriores, **ninguna autoridad regional, seccional o local podrá establecer zonas del territorio que queden permanente o transitoriamente excluidas de la minería.**

Esta prohibición comprende los planes de ordenamiento territorial de que trata el siguiente artículo”. (Negritas adicionales).

La Corte Constitucional se ocupó de analizar precisamente el cargo de ilegalidad propuesto en este asunto por el ente de control demandante, esto es la transgresión de la autonomía territorial con la prohibición legal –ahora también reglamentaria– consistente en que *“ninguna autoridad regional, seccional o local podrá establecer zonas del territorio que queden permanente o transitoriamente excluidas de la minería”.*

Así discurrió la Corte Constitucional en la Sentencia C-123 de 2014:

“La lectura de la disposición demandada conduce a concluir que los municipios al elaborar sus respectivos planes de ordenamiento territorial, en los cuales se determinan los usos que pueden o deben darse a las diferentes partes que conforman el territorio de un municipio, no pueden prohibir la realización de actividades



Proceso: 110010326000201300162 00 (49.150).

Actor: Contraloría General de la República

Demandado: Presidencia de la República

Suspensión Provisional Decreto 934 de 2013

mineras en zona alguna de su territorio; en consecuencia, a partir de una lectura gramatical del precepto objeto de estudio, la decisión sobre si en una determinada zona del territorio de algún municipio se puede o no llevar a cabo actividad minera recae exclusiva y, por consiguiente, excluyentemente en cabeza de autoridades del nivel nacional.

Tomando en cuenta el marco trazado por la acción de inconstitucionalidad que ahora se resuelve, debe la Sala Plena de **la Corte Constitucional determinar si el precepto acusado desconoce contenidos del principio de autonomía territorial previstos en los artículos 287 y 288 de la Constitución y, específicamente, el contenido establecido en el artículo 311 y el numeral 7 del artículo 313 de la Constitución, que asignan a las autoridades municipales la función de determinar los usos del suelo que tendrá el territorio del municipio, lo que, como se explicó, resulta ser uno de los contenidos específicos que adquiere el principio de autonomía territorial reconocido por la Constitución.**

En este sentido, y a partir de los argumentos expuestos por la accionante, concluye la Sala que **el problema jurídico a resolver consiste en determinar si una prohibición absoluta que consagre la ley para que los concejos municipales excluyan zonas de su territorio de la realización de actividades de exploración y explotación minera, prohibición que a su vez implica la imposibilidad de que los planes de ordenamiento territorial consagren restricciones en ese sentido, resulta una limitación desproporcionada a la competencia de regular los usos del suelo dentro del territorio del municipio en cabeza de los concejos municipales y distritales**, de acuerdo a los artículos 311 y 313 numeral 7 de la Constitución. Exceso o desproporción que, de acuerdo con la accionante, se presentaría en tanto el artículo 37 del Código de Minas obvia los principios de coordinación y concurrencia en el ejercicio de competencias derivadas del principio de autonomía territorial, de acuerdo con el artículo 288 de la Constitución.

Aunque la accionante plantea un análisis basado en la presunta contradicción de diversos contenidos normativos derivados del principio de autonomía territorial, el análisis que ahora realice la Corte debe tener en cuenta los dos principios que, en punto de



Proceso: 110010326000201300162 00 (49.150).
 Actor: Contraloría General de la República
 Demandado: Presidencia de la República
 Suspensión Provisional Decreto 934 de 2013

regulación sobre minería, se encuentran en permanente tensión: **el principio de organización territorial unitaria del Estado y el principio de autonomía territorial.**

Siendo esta la premisa conceptual, inicia la Sala el análisis pertinente.

5.2. El artículo 37 del Código de Minas a la luz del principio constitucional de Estado unitario –artículo 1º de la Constitución-

Como se manifestó en la consideración número 1. del literal B, en la lectura del artículo 37 del Código de Minas debe tenerse en cuenta que la estructura del Estado colombiano se erige sobre la base del principio unitario de organización estatal, de manera tal que el contenido del principio de autonomía territorial no puede interpretarse sin tener en cuenta el contexto que aporta la forma territorial de Estado en que el mismo se desarrolla.

Lo contrario, desde el punto de vista práctico, llevaría a la inexistencia de límites en los contenidos que materializan el principio de autonomía territorial, siendo uno de los posibles resultados una mal entendida independencia de las entidades territoriales respecto del Estado central; y desde el punto de vista de la interpretación constitucional, conduciría al desconocimiento del principio de interpretación armónica de las disposiciones constitucionales, que obliga a realizar una lectura sistemática que integre de forma coherente y sin contradicciones insalvables los contenidos normativos que se derivan de estos preceptos.

El principio unitario de organización territorial del Estado colombiano justifica la existencia de políticas de orden nacional que busquen unificar los parámetros a partir de los cuales se realiza la actividad minera en el territorio nacional. En plena armonía con el artículo 1º, el artículo 332 de la Constitución determina que la propiedad de subsuelo y de los recursos naturales existentes dentro del territorio colombiano recae en cabeza del Estado; y el artículo 334 de la Constitución determina que el Estado, por mandato de la ley, intervendrá en la explotación de los recursos naturales para racionalizar la economía con el fin de mejorar la calidad de vida de los



Proceso: 110010326000201300162 00 (49.150).
 Actor: Contraloría General de la República
 Demandado: Presidencia de la República
 Suspensión Provisional Decreto 934 de 2013

habitantes del territorio. Por esta razón resulta válido que exista una regulación de naturaleza legal –actual Código de Minas-, por medio de la que se fijan los estándares que deban ser acatados en todo el territorio colombiano.

En consecuencia, la simple existencia de una regulación nacional que establezca límites a la facultad de reglamentar los usos del suelo por parte de los municipios no implica per se vulneración del principio de autonomía territorial. Por el contrario, esta parece ser la opción contenida en la Constitución, que i) en su artículo 288 prevé que la gestión de sus intereses por parte de, entre otros, los municipios debe hacerse dentro de los límites de la Constitución y la ley; ii) que determina que, más que regular, los consejos municipales reglamentaran los usos del suelo, reglamentación que, como es obvio, debe hacerse en acuerdo con la regulación legal existente –artículos 311 y 313 numeral 7-; iii) que prevé que la distribución de competencias se hará en los términos en que establezca la ley –artículo 288-; iv) que asigna la propiedad del subsuelo al Estado –artículo 332-; v) que asigna la propiedad de los recursos naturales al Estado –artículo 332-; vi) que determina que la intervención del Estado en la economía debe seguir los parámetros establecidos en la ley –artículo 334-; y vii) que dicha intervención debe tener como objetivo el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes del territorio.

De manera que el propio constituyente determinó que la ley fuera la norma a partir de la cual i) se desarrollara el contenido del principio de autonomía que ahora se considera vulnerado; y la norma a partir de la cual ii) se diera el desarrollo de los parámetros de intervención del Estado en materia de exploración y explotación minera, regulación que busca un objetivo legítimo, como es el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes de territorio.

En este sentido, resulta acorde con la organización unitaria del Estado que exista unificación en los criterios, procesos y parámetros que permiten obtener la autorización por parte de la administración para desarrollar actividades de exploración y explotación minera –cualquiera sea el nombre que se dé al procedimiento para expedir dicha autorización por parte del



Proceso: 110010326000201300162 00 (49.150).
 Actor: Contraloría General de la República
 Demandado: Presidencia de la República
 Suspensión Provisional Decreto 934 de 2013

Estado-. Adicionalmente, es acorde con el principio de organización unitaria del Estado que los lugares en que dichas actividades pueden realizarse y, en consecuencia, los criterios para la exclusión de un determinado territorio de la actividad minera sean determinados por una misma entidad, siguiendo idénticos criterios para todo el territorio del Estado.

De esta forma se asegura uniformidad en las condiciones de realización de la minería y se brinda seguridad jurídica a los sujetos interesados en el desarrollo de dicha actividad.

Con base en el principio de organización unitaria del Estado, concluye la Corte que la existencia de una regulación nacional que unifique el régimen jurídico previsto para la exploración y explotación minera y, por consiguiente, imponga límites a la facultad de reglamentar los usos del suelo por parte de los municipios no implica per se vulneración del principio de autonomía territorial.

En este contexto normativo, el contenido normativo que se deduce del artículo 37 del Código de Minas sería tributario de las disposiciones constitucionales y, por consiguiente, adecuado para alcanzar fines queridos por la norma superior.

Sin embargo, una interpretación que sólo atienda a los parámetros derivados de uno de los dos principios en tensión, no sólo estaría desconociendo contenidos constitucionales que sustentan esta labor, sino que además obviaría el principio de interpretación armónica de las normas jurídicas". (Se deja destacado en negrillas y en subrayas).

Empero, la Corte Constitucional también abordó el estudio sobre la vulneración del principio de autonomía desde otra óptica; en ese sentido sostuvo:



Proceso: 110010326000201300162 00 (49.150).

Actor: Contraloría General de la República

Demandado: Presidencia de la República

Suspensión Provisional Decreto 934 de 2013

“5.3. El artículo 37 del Código de Minas a la luz del principio de autonomía territorial –artículo 287 de la Constitución–

Como se explicó en la consideración número 1. del literal B de esta providencia, el principio de autonomía territorial se manifiesta, entre otros contenidos, en que las entidades territoriales –municipios incluidos– gocen de autonomía para la gestión de sus propios intereses, lo que implica gobernarse por autoridades propias, ejercer las competencias que les correspondan, administrar los recursos necesarios para el cumplimiento de sus funciones y participar en las rentas nacionales –artículo 287 de la Constitución-. Aunque las entidades territoriales ejercen competencias que se consideran propias, será la ley la encargada de determinar la distribución de dichas competencias entre la Nación y las mencionadas entidades –artículo 288 de la Constitución-.

En ejercicio de esta competencia el legislador no cuenta con total e irrestricta libertad de configuración normativa, pues son las propias disposiciones constitucionales las que establecen límites o parámetros competenciales que deben ser acatados en cumplimiento de esta tarea.

Respecto del contenido y límites que del principio de autonomía territorial se derivan para el legislador, **resulta relevante lo consagrado en el artículo 311 de la Constitución, que señala como función en cabeza de los municipios “ordenar el desarrollo de su territorio”, mandato que es complementado por el séptimo numeral del artículo 313 al consagrar que dentro de las funciones de los Concejos Municipales está “reglamentar los usos del suelo y, dentro de los límites que fije la ley, vigilar y controlar las actividades relacionadas con la construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda”.**

De manera que la libertad del legislador al determinar la distribución de competencias entre uno y otro nivel competencial **debe tener en cuenta, entre otros, las expresas atribuciones reconocidas a los municipios por dos disposiciones constitucionales distintas en materia de reglamentación de los**



Proceso: 110010326000201300162 00 (49.150).

Actor: Contraloría General de la República

Demandado: Presidencia de la República

Suspensión Provisional Decreto 934 de 2013

usos del suelo. En este sentido, la regulación legal no puede desconocer que, cualquiera que sea la distribución competencial que determine, la misma no puede anular el contenido específico del principio de autonomía territorial que se manifiesta en la posibilidad de que los municipios reglamenten los usos del suelo dentro de su respectivo territorio.

Esto constituye lo que la jurisprudencia constitucional ha denominado garantía institucional, en tanto es un elemento axial a la identidad del régimen municipal que es reconocido y delineado por normas de naturaleza y, por consiguiente, rango constitucional.

A partir del contenido normativo derivado del principio de autonomía territorial, el legislador en aplicación de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad –artículo 288 de la Constitución– deberá determinar el método en que serán ejercidas las competencias que se deba y o que se decida atribuir a las entidades territoriales. En otras palabras, partiendo de que la ley no puede omitir el reconocimiento o la atribución de ciertas competencias a las autoridades municipales, la regulación de su titularidad y ejercicio deberá realizarse en el marco de los principios constitucionales que permiten armonizar los distintos niveles competenciales, como son los consagrados en el artículo 288 de la Constitución.

Para el caso concreto, observa la Sala que una lectura gramatical del artículo 37 de la ley 685 de 2001 conduce a que de dicha disposición se deduzca un contenido normativo que anula la posibilidad de reglamentación que los municipios tienen para determinar los usos del suelo dentro de su territorio en lo atinente a la posibilidad de excluir zonas de la actividad de exploración y explotación minera. Es decir, tomando como fundamento exclusivo el contenido del principio de autonomía territorial –uno de los dos principios constitucionales en tensión en el problema planteado–, puede concluirse que la disposición acusada elimina por completo la competencia de concejos municipales y distritales para excluir zonas de su territorio de las actividades de exploración y explotación minera, lo cual afecta el derecho de los municipios y distritos de gobernarse por autoridades propias



Proceso: 110010326000201300162 00 (49.150).

Actor: Contraloría General de la República

Demandado: Presidencia de la República

Suspensión Provisional Decreto 934 de 2013

–artículo 287, numeral 1º-, así como la competencia general de reglamentación que en materia de usos de suelo les reconoce la Constitución –artículos 311 y 313 numeral 7-.

Esta conclusión tiene fundamento en las consecuencias que la actividad minera tiene en las comunidades en que ésta tiene lugar. En efecto, la imposibilidad de excluir zonas del territorio municipal de la exploración y explotación minera, priva a las autoridades locales de la posibilidad de decidir sobre la realización o no de una actividad que tiene gran impacto en muy distintos aspectos, todos ellos principales, de la vida de sus habitantes y, en consecuencia, no es una limitación que pueda considerarse como accesoria o irrelevante para la competencia de reglamentación de los usos del suelo en el territorio municipal o distrital.

La actividad minera implica aumento en la demanda de servicios; obliga a tomar medidas que afronten los problemas derivados del aumento de la población; obliga a precaver las necesidades de los nuevos habitantes del municipio; crea el deber de prever medidas que faciliten la convivencia y eviten posibles conflictos; afecta las políticas destinadas al cuidado del medio ambiente; afecta las políticas que sobre cuidado, uso y destinación del agua deban adoptarse en el municipio; puede originar variaciones en los precios de artículos de primera necesidad; etc.

En lo relativo al aspecto social, la llegada de población migrante altera las costumbres de los pobladores locales. En algunas poblaciones los impactos sociales han implicado, incluso, deserción escolar en jóvenes que ven la minería y los recursos que ésta provee como única salida a la pobreza. Igualmente, el aumento de la drogadicción, la prostitución, la violencia sexual, las enfermedades de transmisión sexual y el madresolterismo no deseado han coincidido con la llegada de los mineros a un municipio o distrito que no se encuentre preparado para recibirlos.

La economía pecuaria o agrícola suele ser desplazada por la minera, afectando el nivel de seguridad alimentaria que existía antes del inicio de la actividad minera, por cuanto los alientos que anteriormente se producían en la población, ahora tendrá que ser



Proceso: 110010326000201300162 00 (49.150).

Actor: Contraloría General de la República

Demandado: Presidencia de la República

Suspensión Provisional Decreto 934 de 2013

comprados en los municipios que todavía los produzcan. Igualmente, al aumentar la población aumenta el costo de vida debido a la demanda de servicios para los cuales no suele existir una oferta adecuada, afectando a la población local que no se dedica a la minería. **Esto sin duda repercute en el desarrollo económico de los municipios y afecta la función de planeación del mismo, competencia de los municipios de acuerdo con el tantas veces mencionado artículo 311 de la Constitución-.**

Igualmente, en tanto la exploración y explotación minera exige el empleo de ingentes cantidades de agua, implicará la posible afectación de la fuente de donde sea tomada el agua requerida, así como del lugar en donde sean vertida el agua utilizada; la actividad minera precisará, igualmente, de un sitio adecuado para el depósito de los materiales necesarios para su realización, la construcción de vías de acceso, la creación de una infraestructura que permita disponer de los residuos que no se utilicen, etc.

Alteraciones en los servicios requeridos por la población, en las necesidades de planeación económica, en las actividades agrícolas e industriales que se desarrollan en el municipio, en la seguridad alimentaria del mismo, en los requerimientos de agua, en la política de cuidado y protección de las fuentes hídricas y en las costumbres de la población, tanto la existente anteriormente como la llegada con razón de la actividad minera, se aprecian como elementos que condicionan de forma principal y determinante el desarrollo de la vida en los distritos y municipios en los que se decida desarrollar actividades de exploración y explotación minera.

En este contexto, para la Sala no existe duda del gran impacto que la actividad minera puede tener en la función de ordenamiento del territorio y, adicionalmente, en la reglamentación que los usos del suelo por parte de los concejos distritales y municipales. Por consiguiente, y en armonía con lo concluido anteriormente, una lectura del artículo 37 del Código de Minas que excluya de forma absoluta la participación de los municipios y distritos en la decisión sobre si en su territorio se realiza o no una exploración o explotación minera resulta



Proceso: 110010326000201300162 00 (49.150).

Actor: Contraloría General de la República

Demandado: Presidencia de la República

Suspensión Provisional Decreto 934 de 2013

contraria al contenido del principio de autonomía territorial –artículo 288 de la Constitución-, específicamente, a la garantía de gobernarse por autoridades propias²⁰ –artículo 287, numeral 1º- y a la función de los concejos consistente en reglamentar los usos del suelo en el municipio –artículo 313, numeral 7º-.

No obstante ser esta una conclusión derivada de la lectura del artículo 37 a la luz del principio de autonomía, el análisis precedente debe tener en cuenta el acuerdo que existe entre la disposición acusada y el principio de organización territorial unitaria del Estado, que para el caso de la minería impone obligaciones específicas al legislador en los artículos 332 y 334 de la Constitución.

Entra la Corte a hacer el análisis de la norma acusada de acuerdo con el parámetro que surge de la lectura conjunta de los principios en tensión". (Se deja destacado en negrillas y en subrayas).

Con base en la denominada "tensión" entre los principios de organización territorial unitaria del Estado y de autonomía territorial, ese Alto Tribunal Constitucional condicionó la exequibilidad del artículo 37 del Código de Minas, de acuerdo con lo siguiente:

"5.4. Interpretación del artículo 37 a la luz de una lectura integral –y sistemática– de la Constitución

"

En el presente caso, observa la Sala que una lectura gramatical del artículo 37 del Código de Minas -ley 685 de 2001-, aunque tiene como objeto la creación de parámetros generales en la política de autorización de actividades de exploración y de

²⁰ Este contenido del principio de autonomía territorial implica, entre otros aspectos, que se asegure la posibilidad de tomar las principales decisiones para la vida de un determinado municipio o distrito o, como garantía mínima, participar efectiva y eficazmente en el proceso por el que las mismas son tomadas.



Proceso: 110010326000201300162 00 (49.150).

Actor: Contraloría General de la República

Demandado: Presidencia de la República

Suspensión Provisional Decreto 934 de 2013

explotación minera, lo cual es un fin legítimo a la luz del ordenamiento constitucional colombiano –artículos 1, 332 y 334 de la Constitución-, **implica una limitación excesiva del principio de autonomía territorial establecido por la Constitución.**

En efecto, lejos de reconocer que el principio de autonomía territorial garantiza la participación de los municipios en la reglamentación de los usos del suelo que se establezcan dentro de su territorio, el sentido normativo gramatical anula la competencia de los concejos municipales y distritales en la decisión relativa a la exclusión de la actividad minera en determinadas zonas del territorio municipal.

Esta limitación es una afectación relevante en la competencia de los concejos municipales para reglamentar el desarrollo de su territorio y los usos del suelo dentro del mismo, debido a los grandes impactos que las actividades de esta naturaleza tienen en aspectos como el medio ambiente, el modelo de desarrollo económico que acoja un municipio, las fuentes de agua disponibles en el territorio y la vida cotidiana de los pobladores del municipio, entre otras. De esta forma, cercenar en absoluto las competencias de reglamentación que los concejos municipales tienen respecto de la exclusión de la actividad minera, no es algo accesorio o intrascendente respecto de la competencia general que la Constitución les reconoce en las tantas veces mencionados artículos 311 y 313 numeral 7.

El sentido que se extrae a partir de una lectura fundada exclusivamente en el criterio gramatical, aunque concreción del principio de organización unitaria del Estado, **previene a los concejos municipales de tomar decisiones en asuntos que sin duda alguna afectan el fin que se deduce del principio de autonomía constitucional en el específico contenido que se concreta en los artículos 311 y 313 numeral 7:** que sea el órgano de representación popular más cercano a los ciudadanos el que participe en la decisiones sobre los principales asuntos en la vida de la comunidad; participación que tiene lugar, entre otros mecanismos, por medio de la competencia reglamentaria prevista por el numeral 7 del artículo 313 de la Constitución.



Proceso: 110010326000201300162 00 (49.150).

Actor: Contraloría General de la República

Demandado: Presidencia de la República

Suspensión Provisional Decreto 934 de 2013

Adicionalmente, en tanto dichas competencias deben realizarse dentro de los parámetros que determine la ley, **excluir a los consejos (sic) municipales del proceso de regulación y reglamentación de las mismas desconoce los principios de concurrencia y coordinación que deben inspirar la repartición de competencias entre los entes territoriales y los entidades del nivel nacional. Principios que son exigencias de rango constitucional, expresamente previstos por el artículo 288 de la Constitución como los parámetros a partir de los cuales se armonice el principio de autonomía territorial con un principio que, como el de forma unitaria del Estado, está en constante tensión con aquel.** Se recuerda que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el principio de coordinación 'parte de la existencia de competencias concurrentes entre distintas autoridades del Estado, lo cual impone que su ejercicio se haga de manera armónica, de modo que la acción de los distintos órganos resulte complementaria y conducente al logro de los fines de la acción estatal. Esa coordinación debe darse desde el momento mismo de la asignación de competencias y tiene su manifestación más clara en la fase de ejecución de las mismas'²¹.

No debe olvidarse, sin embargo, que la lectura del artículo 37 del Código de Minas debe hacerse, también, a la luz del principio constitucional de organización unitaria del Estado –artículo 1º de la Constitución– y de la facultad que tiene el Estado para intervenir en la explotación de recursos naturales –artículo 334 de la Constitución–, en tanto es éste el propietario de subsuelo y de los recursos naturales no renovables –artículo 332 de la Constitución.

Estas disposiciones constitucionales hacen preceptivo que se establezcan estándares de alcance nacional que determinen los criterios generales en que el Estado tomará la decisión de permitir la exploración o la explotación minera en el territorio de un

²¹ Sentencia C-889 de 2012.



Proceso: 110010326000201300162 00 (49.150).
 Actor: Contraloría General de la República
 Demandado: Presidencia de la República
 Suspensión Provisional Decreto 934 de 2013

municipio o distrito. Esto por cuanto la política minera es concreción de las políticas a desarrollar en virtud de la propiedad del subsuelo y de los recursos naturales no renovables que en éste se encuentren.

La elección que el legislador realice en este aspecto debe tributar el principio de organización unitaria y los contenidos esenciales de los artículos 332 y 334 de la Constitución, así como los contenidos esenciales del principio de autonomía territorial, entre los que se cuenta el de gobernarse por autoridades propias y el de que el órgano de representación más inmediato al pueblo participe en la toma de las principales decisiones para el desarrollo de la vida local. Participación que deberá entenderse como aplicación de los principios constitucionales de coordinación y concurrencia de la Nación y los municipios o distritos, tal y como se deduce de un sistema en que existan distintos niveles competenciales.

Al ser esta la conclusión que surge de la aplicación de los contenidos constitucionales en tensión, **una de las soluciones podría ser la declaratoria de inexecutable del artículo 37 de la ley 685 de 2001.** Sin embargo, el principio de conservación del derecho –contenido derivado del principio democrático en la creación de la ley– obliga a mantener dentro del ordenamiento jurídico los frutos de la actividad legislativa, siempre que exista fundamento para una interpretación que sea acorde con los términos constitucionales.

Considera la Sala que es posible interpretar el artículo 37 del Código de Minas en acuerdo con los dos principios constitucionales en tensión. **No a partir del uso exclusivo del criterio gramatical,** pero sí a partir de una lectura sistemática, que ubique el contenido de la disposición legal en acuerdo con los dos principios constitucionales en tensión.

A la luz de este método interpretativo el artículo 37 –cuyo contenido privilegia la organización unitaria del Estado– será executable, siempre y cuando su contenido garantice un grado de



Proceso: 110010326000201300162 00 (49.150).
 Actor: Contraloría General de la República
 Demandado: Presidencia de la República
 Suspensión Provisional Decreto 934 de 2013

participación razonable de los municipios y distritos en el proceso de decisión sobre si se permite o no se permite la actividad de exploración o de explotación minera en su territorio.

Esta solución implica, en acuerdo con los artículos 14 y siguientes del Código de Minas, que la Nación continúe participando en dicho proceso; pero que no sea el único nivel competencial involucrado en la toma de una decisión de tal trascendencia para aspectos principales de la vida local, sino que los municipios y distritos afectados por dicha decisión participen de **una forma activa y eficaz** en el proceso de toma de la misma. Es decir, que la opinión de éstos, expresada a través de sus órganos de representación, sea valorada adecuadamente y tenga una influencia apreciable en la toma de esta decisión, sobre todo en aspectos axiales a la vida del municipio, como son la protección de cuencas hídricas, la salubridad de la población y el desarrollo económico, social y cultural de sus comunidades

La implementación de esta decisión hace necesaria la creación de elementales criterios de coordinación que son indispensables siempre que existen niveles concurrentes en el ejercicio de alguna competencia de naturaleza pública. Se requiere una regulación en acuerdo con los mandatos de coordinación y concurrencia –artículo 288 de la Constitución- **y, por consiguiente, que asegure la adecuada realización del principio de autonomía territorial, contenido constitucional que, precisamente, es el que busca protegerse en el caso que estudia la Corte.**

Una adecuada protección de los contenidos principales en tensión deberá permitir la participación de los municipios en la determinación de aspectos como i) los fines que la exclusión de la actividad de exploración y explotación minera en determinadas áreas del territorio busque alcanzar; ii) las causas y condiciones que determinan que un área del territorio se declare como zona excluida de esta actividad; iii) la forma en que cada uno de los niveles competenciales participen en el proceso de creación normativa; iv) las funciones específicas que uno y otro nivel tendrá en ejercicio de dicha competencia; y v) los parámetros que deban cumplir los procedimientos que se creen para declarar una zona excluida de la actividad minera.



Proceso: 110010326000201300162 00 (49.150).
 Actor: Contraloría General de la República
 Demandado: Presidencia de la República
 Suspensión Provisional Decreto 934 de 2013

Aspectos que no pueden ignorar contenidos constitucionales relevantes, verbigracia, en materia de protección del ambiente sano –artículo 79 de la Constitución–; en relación con la defensa del patrimonio arqueológico y cultural –artículo 72 de la Constitución–; relativos a la protección de los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos y las tierras de resguardo –artículo 63 de la Constitución–; cuyo objetivo sea la protección de las riquezas naturales –artículos 8 y 95 numeral 8° de la Constitución–, el desarrollo armónico de los municipios y distritos –artículo 311 de la Constitución–; y, sobre todo, aquellos que busquen asegurar los derechos fundamentales de los habitantes de las zonas en que se autorice la realización de actividades de exploración y explotación minera.

En este punto la Sala reitera el concepto de desarrollo sostenible, como parámetro que debe guiar la realización de acciones que, si bien buscan el progreso, no pueden conllevar a la destrucción de elementos protegidos por el orden constitucional y que, sobre todo, son presupuesto para la satisfacción de ciertas necesidades como el acceso a agua por parte del ser humano, el desarrollo social y económico adecuado y el desarrollo de la vida en condiciones satisfactorias de salubridad.

Son estos los espacios mínimos que el diálogo entre órbitas o esferas competenciales debe garantizar con miras a un desarrollo armónico y balanceado de los principios de autonomía territorial y organización unitaria del Estado en el tema de exclusión de territorios del desarrollo de actividad minera.

Por esta razón la Corte Constitucional declarará la exequibilidad del artículo 37 del Código de Minas, siempre y cuando se entiendan involucrados en su interpretación los contenidos que son resultado de la lectura armónica de las disposiciones constitucionales en conflicto.

Síntesis

La acción interpuesta contra el artículo 37 de la ley 685 de 2001 –Código de Minas– presentó cargos por vulneración de la



Proceso: 110010326000201300162 00 (49.150).
 Actor: Contraloría General de la República
 Demandado: Presidencia de la República
 Suspensión Provisional Decreto 934 de 2013

competencia de los concejos para regular los usos del suelo en el territorio del municipio o distrito –artículo 313 numeral 7 de la Constitución- y por desconocimiento de la protección que la Constitución obliga a brindar al derecho a un ambiente sano –artículo 79 de la Constitución-.

Ante el problema jurídico planteado, la Corte concluye que la lectura y, por consiguiente, la determinación del sentido normativo que de dicha disposición se deduce debe hacerse en plena armonía con principios fundamentales del ordenamiento constitucional que, en el caso de la exploración y explotación minera, pueden entrar en tensión. Para la Corte, si bien la interpretación del artículo 37 del Código de Minas puede sustentarse en el principio constitucional de organización unitaria del Estado –artículo 1 de la Constitución- y los contenidos específicos de los artículos 332 y 334 de la Constitución, que privilegian la posición de la Nación en la determinación de las políticas relativas a la explotación de recursos naturales; **también deben tenerse en cuenta otros contenidos constitucionales de igual valía dentro de la organización del Estado, como son los principios de autonomía y descentralización de que gozan las entidades territoriales para la gestión de sus intereses –artículo 287 de la Constitución-, y de coordinación y concurrencia –artículo 288 de la Constitución-, que se deben acatar al hacer el reparto de competencias entre la Nación y, en este caso, los municipios y distritos.**

Por esta razón, y en procura de una solución que permita aplicar de forma armónica el contenido de los principios que se encuentran en tensión en este caso concreto, se concluye que el artículo 37 de la ley 685 de 2001 –Código de Minas- estará acorde con la Constitución, siempre y cuando en el proceso de autorización para la realización de actividades de exploración y explotación minera –cualquiera sea el nombre que se dé al procedimiento para expedir dicha autorización por parte del Estado- se tengan en cuenta los aspectos de coordinación y concurrencia, los cuales se fundan en el principio constitucional de autonomía territorial.



Proceso: 110010326000201300162 00 (49.150).
 Actor: Contraloría General de la República
 Demandado: Presidencia de la República
 Suspensión Provisional Decreto 934 de 2013

En este sentido, una autorización al respecto deberá dar la oportunidad de participar activa y eficazmente a las entidades municipales o distritales involucradas en dicho proceso, mediante acuerdos sobre la protección de cuencas hídricas y la salubridad de la población, así como, del desarrollo económico, social y cultural de sus comunidades". (Se deja destacado en negrillas y en subrayas).

4.2.1.- Resolución del segundo cargo de suspensión provisional.

No obstante que la Corte Constitucional, según acaba de verse, mantuvo en el ordenamiento jurídico la disposición legal que sirve de fundamento al Decreto 934 de 2013, el Despacho estima que dicho acto vulnera la autonomía territorial, entendida como la capacidad de ejercer competencias propias y que se instituye en el ordenamiento jurídico colombiano no sólo como una garantía institucional sino como una verdadera garantía constitucional²²;

En relación con la autonomía territorial, se ha considerado lo siguiente:

*... un halo competencial de los entes territoriales que no puede ser desconocido ya que constituye precisamente un núcleo indisponible como presupuesto básico del diseño organizacional del Estado Colombiano. Se trata así, no de delimitar un contenido del concepto autonomía territorial **sino de una prohibición de supresión o desnaturalización dirigida al legislador y también al ejecutivo nacional en su actividad reglamentaria**"²³ (Se destaca).*

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, providencia de 21 de febrero de 2011, exp. 34.756; M.P. Dr. Enrique Gil Botero.

²³ "RINCÓN CÓRDOBA, Jorge Iván. Derecho Administrativo Laboral. Empleo Público, Sistema de Carrera Administrativa y Derecho a la Estabilidad Laboral. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 2009. Pág. 247". Cita tomada del texto de la sentencia proferida el día 21 de



Proceso: 110010326000201300162 00 (49.150).
 Actor: Contraloría General de la República
 Demandado: Presidencia de la República
 Suspensión Provisional Decreto 934 de 2013

El Despacho estima que al impedir, vía reglamento, que en los planes de ordenamiento territorial, planes básicos de ordenamiento territorial o esquemas de ordenamiento territorial –según el caso– se incluyan disposiciones relacionadas con la actividad minera, le restaría uno de aquellos aspectos propios de esos actos, entendidos “como el conjunto de directrices, políticas, estrategias, metas, programas, actuaciones y normas que debe adoptar cada municipio para orientar y administrar el desarrollo físico del territorio **y la utilización del suelo**”²⁴ (Negritas adicionales).

Nótese cómo la Corte Constitucional, incluso, consideró la posibilidad de declarar inconstitucional el artículo 37 del Código de Minas, por su oposición a las normas de rango constitucional sobre las cuales se edifica el tantas veces mencionado principio de autonomía territorial, solo que, con el propósito de dar cabida al también principio de conservación del Derecho, mantuvo dentro del ordenamiento jurídico la disposición normativa acusada, pero con el condicionamiento antes descrito.

febrero de 2011 por Subsección C de la Sección Tercera de la Corporación; exp. 34.756; M.P. Dr. Enrique Gil Botero.

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 29 de enero de 2004, exp. 73001-23-31-000-2002-00575-01 (AP); M.P. Dr. Ramiro Saavedra Becerra.



Proceso: 110010326000201300162 00 (49.150).
 Actor: Contraloría General de la República
 Demandado: Presidencia de la República
 Suspensión Provisional Decreto 934 de 2013

Para este Despacho el Decreto demandado, que dispone que “... a través del Ordenamiento Territorial no es posible hacer directa ni indirectamente el Ordenamiento Minero ...” y que, por lo tanto, “... los planes de ordenamiento territorial, planes básicos de ordenamiento territorial o esquemas de ordenamiento territorial de los municipios y distritos, no podrán incluir disposiciones que impliquen un ordenamiento de la actividad minera en el ámbito de su jurisdicción ...”, se opone a lo preceptuado en los artículos 3, 6, 8 y 9 de la Ley 388 de 1997 –invocados y sustentados como vulnerados por la parte actora en la demanda–, los cuales, en su orden, prevén:

“ARTICULO 3o. FUNCION PUBLICA DEL URBANISMO. **El ordenamiento del territorio constituye en su conjunto una función pública** (...). (Se subyaga y se destaca).

“ARTICULO 6o. OBJETO. El ordenamiento del territorio municipal y distrital tiene por objeto complementar la planificación económica y social con la dimensión territorial, racionalizar las intervenciones sobre el territorio y orientar su desarrollo y aprovechamiento sostenible, mediante:

1. La definición de las estrategias territoriales **de uso, ocupación y manejo del suelo**, en función de los objetivos económicos, sociales, urbanísticos y ambientales”. (Se destaca).

“...(...)...”.

“ARTICULO 8o. ACCION URBANISTICA. La función pública del ordenamiento del territorio municipal o distrital se ejerce mediante la acción urbanística de las entidades distritales y municipales, referida a las decisiones administrativas y a las actuaciones



Proceso: 110010326000201300162 00 (49.150).

Actor: Contraloría General de la República

Demandado: Presidencia de la República

Suspensión Provisional Decreto 934 de 2013

urbanísticas que les son propias, **relacionadas con el ordenamiento del territorio y la intervención en los usos del suelo** (...)".

".....

PARAGRAFO. **Las acciones urbanísticas aquí previstas deberán estar contenidas o autorizadas en los planes de ordenamiento territorial** o en los instrumentos que los desarrollen o complementen, en los términos previstos en la presente ley". (Se destaca).

"ARTICULO 9o. PLAN DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL. El plan de ordenamiento territorial que los municipios y distritos deberán adoptar en aplicación de la presente ley, al cual se refiere el artículo 41 de la Ley 152 de 1994, **es el instrumento básico para desarrollar el proceso de ordenamiento del territorio municipal. Se define como el conjunto de objetivos, directrices, políticas, estrategias, metas, programas, actuaciones y normas adoptadas para orientar y administrar el desarrollo físico del territorio y la utilización del suelo.** Los planes de ordenamiento del territorio se denominarán:

- a) **Planes de ordenamiento territorial:** elaborados y adoptados por las autoridades de los distritos y municipios con población superior a los 100.000 habitantes;
- b) **Planes básicos de ordenamiento territorial:** elaborados y adoptados por las autoridades de los municipios con población entre 30.000 y 100.000 habitantes;
- c) **Esquemas de ordenamiento territorial:** elaborados y adoptados por las autoridades de los municipios con población inferior a los 30.000 habitantes". (Negrillas y subrayas adicionales).

El Decreto 934 de 2013 infringe, además, el numeral 7 del artículo 313 de la Constitución Política, por cuya virtud le **corresponde** a los Concejos Municipales "Reglamentar los usos del suelo ...".



Proceso: 110010326000201300162 00 (49.150).
 Actor: Contraloría General de la República
 Demandado: Presidencia de la República
 Suspensión Provisional Decreto 934 de 2013

En relación con el alcance de esta atribución, en la Asamblea Nacional Constituyente se consideró:

"5. INSTANCIAS TERRITORIALES. Se expone a continuación el modelo teórico de las entidades territoriales consagradas en el articulado de la Comisión Segunda. (...) De otra parte, se establecen y fortalecen las funciones de los alcaldes y de los concejos. Las funciones de los alcaldes no tienen rango constitucional en la Carta de 1886. En el articulado adoptado por la Comisión, se propone atribuirles competencias relacionadas con el cumplimiento de normas locales y supralocales, con la conservación del orden público, dirección administrativa y de manejo presupuestal y financiero. A los concejos, por su parte, se les permite reglamentar la prestación oportuna y eficiente de los servicios públicos, se le atribuyen competencias para la planeación económica y social del territorio, para el control del uso del suelo y de actividades relacionadas con la construcción y enajenación de inmuebles destinados para la vivienda."²⁵ (Subrayas no originales).

Cabe señalar que dentro de este proveído se desata la petición de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo, medida cautelar que procede ante la "... 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 ..." (artículo 231 CPACA), tal como ocurre en el presente asunto.

²⁵ GACETA CONSTITUCIONAL, Asamblea Nacional Constituyente, jueves 23 de mayo de 1991, Informe ponencia para primer debate en Plenaria del Ordenamiento Territorial, Constituyente: Gustavo Zafra Roldán, p. 5.



Proceso: 110010326000201300162 00 (49.150).
 Actor: Contraloría General de la República
 Demandado: Presidencia de la República
 Suspensión Provisional Decreto 934 de 2013

La suspensión provisional es una medida cautelar que tiene un objeto preciso: la pérdida de fuerza ejecutoria temporal de un acto administrativo, mientras se decide definitivamente su legalidad en un sentencia que ponga fin a un proceso; es una institución jurídica cautelar encaminada a salvaguardar la legalidad mediante la suspensión de los efectos de un acto administrativo cuando el contenido del mismo sea contrario a una norma constitucional o legal²⁶, por manera que, al encontrarse la transgresión de las disposiciones constitucionales y legales antes descritas, se impone su decreto.

Pero es más, la medida cautelar que aquí se dispondrá encuentra fundamento, además de lo expuesto, en la también violación del artículo 35, letra a) de la Ley 685 de 2001²⁷, el cual prevé:

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 21 de octubre de 2009, exp. 37.114; M.P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

²⁷ Al respecto, la parte actora sostuvo en la demanda lo siguiente:

Por otro lado, en el artículo 35 de la Ley 685 de 2001 –Código de Minas– se hace referencia a las zonas de minería restringida y al respecto dispone:

“...(...)...

Como se puede apreciar, es factible que en los acuerdos municipales se prohíban las actividades mineras en los perímetros urbanos de los municipios, lo cual también es desconocido por el Decreto 934 de 2013.

“.....

La facultad de prohibir la minería en los perímetros urbanos de los municipios y distritos, es desconocida por el decreto demandado al disponer que los Concejos Municipales y Asambleas Departamentales no podrán establecer zonas del territorio que queden permanentemente o transitoriamente excluidas de la minería mediante acuerdos municipales u ordenanzas departamentales respectivamente, por exceder de sus competencias”.



Proceso: 110010326000201300162 00 (49.150).
 Actor: Contraloría General de la República
 Demandado: Presidencia de la República
 Suspensión Provisional Decreto 934 de 2013

“ARTÍCULO 35. ZONAS DE MINERÍA RESTRINGIDA. Podrán efectuarse trabajos y obras de exploración y de explotación de minas en las siguientes zonas y lugares, **con las restricciones** que se expresan a continuación:

a) Dentro del perímetro urbano de las ciudades o poblados, **señalado por los acuerdos municipales adoptados de conformidad con las normas legales sobre régimen municipal,** salvo en las áreas en las cuales estén prohibidas las actividades mineras ~~de acuerdo con dichas normas~~²⁸. (Negrillas y subrayas adicionales).

La disposición legal antes transcrita, además de aquellas previstas en la Constitución Política que sustentan la autonomía territorial, le concede a los Municipios la facultad de restringir, dentro de su perímetro urbano, trabajos y obras de exploración y de explotación de minas, mediante Acuerdos Municipales, en tanto que el Decreto 934 de 2013 prohíbe dicha restricción por parte de esos entes territoriales, en abierta oposición a lo dispuesto en el Código de Minas.

La Corte Constitucional, al analizar la constitucionalidad del artículo 35 de la Ley 685 de 2001, consideró:

“6. Artículo 35. Zonas de minería restringida.

“.....

El artículo 35 objeto de análisis es una norma general permisiva, que permite la exploración y explotación minera pero con

²⁸ Aparte tachado inexecutable.



Proceso: 110010326000201300162 00 (49.150).

Actor: Contraloría General de la República

Demandado: Presidencia de la República

Suspensión Provisional Decreto 934 de 2013

limitaciones o restricciones. Pretende recoger las normas constitucionales explicadas en la primera parte de esta sentencia, que limitan la actividad minera al bien común, al plan de desarrollo, al derecho a un medio ambiente sano y la protección de biodiversidad en general.

6.1. Literal a). Zonas urbanas.

El actor considera inconstitucional la expresión 'de acuerdo con dichas normas' contenida al final del literal a) del artículo 35 al remitirse únicamente a normas de carácter municipal, con lo cual se desconocerían las normas de superior jerarquía en materia ambiental.

Nuevamente, el demandante realiza una interpretación equivocada de la norma, al establecer un supuesta prevalencia o preponderancia inexistente de la norma demandada sobre las demás. Esta Corporación en anterior oportunidad señaló la interdependencia que debe existir entre las normas ambientales y las propias del ordenamiento territorial, para explicar que aunque existe un ámbito global de la protección ambiental, **la actuación local es un imperativo racional y físico en razón a la imposibilidad de actuar globalmente.** Es así como se interrelacionan las autoridades ambientales nacionales y regionales **con las autoridades territoriales, departamentales y municipales en una total solidaridad jurídica (...).**

“.....

Conforme con lo anterior, la restricción de la minería en el perímetro urbano de las ciudades y poblados se encuentra sujeta a las normas ambientales **y de ordenamiento territorial vigentes,** agregando **una exclusión de la explotación y exploración minera en aquellas áreas donde las normas territoriales lo prohíban expresamente.**

Para la Corte es obligatorio advertir que dentro del perímetro urbano de las ciudades o poblados, donde no estén prohibidas las actividades mineras, estas actividades sólo podrán efectuarse previo cumplimiento de las normas ambientales.



Proceso: 110010326000201300162 00 (49.150).
 Actor: Contraloría General de la República
 Demandado: Presidencia de la República
 Suspensión Provisional Decreto 934 de 2013

En el caso que nos ocupa le asiste la razón al demandante, en cuanto a que la expresión “de acuerdo con dichas normas” da lugar a varios sentidos normativos. Uno de ellos permitiría interpretar que únicamente se refiere a las normas de carácter municipal excluyendo las demás, lo cual atentaría contra la protección ambiental constitucional, al desconocer la relación armónica que deben existir entre la Constitución, las normas de ordenamiento territorial, las normas ambientales nacionales y departamentales y las de cada municipio.

*El otro sentido normativo que estaría de acuerdo con los postulados Constitucionales incluye las normas ambientales nacionales, regionales y municipales en concordancia **con el Plan de Ordenamiento Territorial, como se señaló en la sentencia C-431 de 2000**²⁹. (Se deja destacado en negrillas y en subrayas).*

De conformidad con todo lo expuesto, se decretará la suspensión provisional del Decreto 934 de 2013, toda vez que vulnera el principio de autonomía territorial –artículos 287, 288, 311 y 313-7 de la C.P.– y los artículos 3, 6, 8 y 9 de la Ley 388 de 1997.

Comoquiera que la medida cautelar antes descrita procedió con fundamento en el segundo de los cargos planteados por la entidad demandante, el Despacho se abstendrá de analizar el tercer cargo

²⁹ Sentencia C – 339 de mayo 7 de 2002, Magistrado Ponente: Dr. Jaime Araújo Rentera.



Proceso: 110010326000201300162 00 (49.150).
Actor: Contraloría General de la República
Demandado: Presidencia de la República
Suspensión Provisional Decreto 934 de 2013

propuesto por la Contraloría General de la República para obtener la suspensión provisional del acto demandado.

Finalmente, se precisa que de conformidad con lo normado 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:

PRIMERO: SUSPENDER, de manera provisional, el Decreto 934 de 2013, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: RECONOCER personería al doctor Mateo Floriano Carrera, portador de la tarjeta profesional de Abogado No. 99.707 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderado de la Nación – Ministerio de Minas y Energía, en los términos del poder a él otorgado, el cual obra a folio 14 del cuaderno de la medida cautelar.



*Proceso: 110010326000201300162 00 (49.150).
Actor: Contraloría General de la República
Demandado: Presidencia de la República
Suspensión Provisional Decreto 934 de 2013*

TERCERO: RECONOCER personería al doctor Andrés Tapias Torres, portador de la tarjeta profesional de Abogado No. 88.890 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderado de la Nación – Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, en los términos del poder a él otorgado, el cual obra a folio 25 del cuaderno de la medida cautelar.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE y CÚMPLASE

HERNÁN ANDRADE RINCÓN
Consejero de Estado