

ACCION DE NULIDAD - Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Competencia / PRELACION DE PROPUESTAS PARA CONTRATOS DE CONCESION MINERA - Empate

La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, es competente para conocer de las acciones de simple nulidad que interpongan los ciudadanos contra actos administrativos proferidos por autoridades del orden nacional en materia contractual, de conformidad con lo establecido en el artículo 128 del Código Contencioso Administrativo y el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999 del Consejo de Estado. En el caso objeto de análisis no existe duda de la connotación nacional del Decreto y de la Resolución demandados, ni de su contenido contractual.

SECTOR MINERO - Intervención del Estado / SECTOR MINERO - Dominio público, concesión como título habilitante, poder de policía administrativa

La determinación de la propiedad de las minas y el derecho a ellas aplicable se relaciona directamente con la función de intervención del Estado en la Economía. Son cinco los sistemas que se han utilizado históricamente para explicar este aspecto: a. el sistema fundiario en el que el propietario del suelo lo es también del subsuelo, por lo tanto no existe limitación alguna respecto de sus posibilidades de explotación. El régimen jurídico es el de derecho civil, principalmente la institución de la accesión (Lo accesorio –el subsuelo –sigue la suerte de lo principal - el suelo -); b. el sistema liberal, en el que las minas y los minerales se consideran res nullius, de manera tal que su propiedad es de aquel que las descubre y ocupa. La utilización de este modelo se explica en la necesidad de fomentar la actividad minera; c. el sistema regeliano en el que el subsuelo pertenece al príncipe y sus riquezas se convierten en una fuente de ingresos para la corona; d. El sistema demanial en el que la propiedad de las minas se atribuye al Estado mediante la institución del dominio público que le da a éste una función de administración en beneficio de la colectividad. La regulación deja de ser de derecho privado y la explicación se traslada al campo del derecho administrativo, y; e. La nacionalización como sistema en el que se da un traspaso del sector privado al sector público de los recursos mineros y por ende también se torna pública su gestión. En el ordenamiento jurídico colombiano es la teoría de la naturaleza jurídica demanial la utilizada para explicar la propiedad de los yacimientos minerales, pues tal como se desprende de la Constitución Política y de la Ley 685 de 2001, El Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, entre ellos, los minerales de cualquier clase y ubicación, yacentes en el suelo o en el subsuelo y en cualquier estado físico natural. En otras palabras, nos encontramos ante verdaderos bienes de dominio público y por ello, tanto la investigación, como el aprovechamiento de los mismos, es asumido directamente por la Administración o cedido por ésta a los particulares de acuerdo con las condiciones que establece el código de minas. Vistas así las cosas, se puede concluir con la doctrina, que la posibilidad de participación de los particulares en la exploración, construcción y montaje, explotación, beneficio, transformación, transporte y promoción de los minerales se haya supeditada a la obtención previa de un título habilitante. En el ordenamiento jurídico colombiano, la institución clásica mediante la cual se confiere el aprovechamiento de los recursos mineros es la concesión. Lo anterior teniendo en cuenta además que el artículo 6 del Código de Minas señala que la propiedad de los recursos naturales renovables es inalienable e imprescriptible, por lo cual la única forma de tener sobre los mismos un derecho de exploración y explotación es la obtención de uno de los títulos enumerados en el artículo 14. A su vez, este precepto señala que a partir de la vigencia de la ley 685 de 2001, únicamente se podrá constituir, declarar y probar

el derecho de exploración y explotación de minas de propiedad estatal mediante contrato de concesión minera.

CONTRATO DE CONCESION MINERA - Definición. Características

Se trata de un contrato de concesión de “demanio público”, perfectamente diferenciable del contrato de concesión de servicios y del contrato de concesión de obra pública. Las principales notas distintivas de este negocio jurídico se enumeran a continuación: 1. Es un negocio jurídico celebrado entre el Estado y un particular para efectuar a cuenta y riesgo de éste, las fases de exploración técnica, explotación económica, beneficio de los minerales y el cierre o abandono de los trabajos u obras correspondientes. Por ende, se trata de un acuerdo de voluntades y no de una manifestación unilateral de la voluntad, como puede ocurrir con algunos bienes de uso público. 2. Este negocio jurídico se encuentra supeditado al principio de temporalidad, su duración en el derecho colombiano es por el término que solicite el proponente y hasta un máximo de 30 años, los cuales se cuentan desde la fecha de inscripción del contrato en el Registro Minero Nacional. 3. La concesión minera no otorga al particular derecho de propiedad alguno, pero si derechos de contenido patrimonial oponibles frente a terceros y transmisibles de acuerdo con la ley. Ello se desprende del tenor literal del artículo 15 de la ley 685 de 2001, el cual preceptúa: “El contrato de concesión y los demás títulos emanados del Estado de que trata el artículo anterior, no transfieren al beneficiario un derecho de propiedad de los minerales “in situ” sino el de establecer, en forma exclusiva y temporal dentro del área otorgada, la existencia de minerales en cantidad y calidad aprovechables, a apropiárselos mediante su extracción o captación y a gravar los predios de terceros con las servidumbres necesarias para el ejercicio eficiente de dichas actividades”. 4. A diferencia de lo que ocurre con otros bienes de propiedad pública y con otros títulos habilitantes, la concesión minera no se soporta en el criterio de la “Precariedad de los derechos otorgados”, esto tiene una implicación directa en la posibilidad de variación unilateral de las condiciones del negocio jurídico, en otras palabras, el llamado por la doctrina ius variandi de la Administración, se encuentra limitado. En efecto, el código de minas establece que, salvo lo dispuesto para la declaratoria de caducidad, el contrato de concesión no puede ser modificado, terminado o interpretado de forma unilateral por parte de la entidad concedente. Si surge un conflicto entre las partes que requiera cualquiera de las soluciones antes descritas, debe recurrirse al juez. 5. El contrato de concesión minera da nacimiento a unas obligaciones de carácter legal que son propias de este tipo de contratos; el contenido del negocio jurídico (tanto los derechos como obligaciones de cada una de las partes) se encuentra previamente establecido en el código de minas, por ende, los estudios, trabajos y obras a que por virtud de la concesión queda comprometido el concesionario, son los expresamente señalados en este cuerpo normativo; de hecho, el legislador prohíbe su modificación o adición por parte de las autoridades. Este carácter se ve también reiterado por la categorización del contrato de concesión minera como un contrato de adhesión, puesto que su celebración no da lugar a prenegociar sus términos, condiciones y modalidades. 6. Como negocio jurídico típico de derecho administrativo, por expreso mandato de ley contiene cláusulas exorbitantes: la posibilidad de declarar la caducidad del contrato y la reversión una vez éste ha finalizado. De igual forma, se reconoce a la autoridad concedente la facultad de conminación mediante la imposición de multas en caso de presentarse alguna infracción de las obligaciones que recaen sobre el contratista.

CONTRATOS ESTATALES - Debido proceso / CONTRATO DE CONCESION MINERA - Procedimiento de selección del contratista / CONTRATO DE CONCESION MINERA - Principios de transparencia y selección objetiva

El legislador optó en el artículo 53 de la Ley 685 de 2001, tratándose de concesión minera, por excluir de manera expresa la aplicación de las normas del Estatuto de contratación estatal, no sólo en cuanto a disposiciones específicas relacionadas con la formulación y trámite de las propuestas en la fase precontractual, la suscripción, perfeccionamiento, validez, ejecución y terminación del contrato, sino también en lo relacionado con los preceptos generales que precisamente contienen los principios que deben regir la selección de los contratistas. A esto se suma, que la posibilidad de aplicación supletoria se restringe a dos eventos concretos: la capacidad legal y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Vistas así las cosas, todo pareciera indicar que los principios de transparencia y selección objetiva no son predicables del procedimiento previo de escogencia del concesionario minero; no obstante, si bien es cierto que la ley 80 de 1993 no es aplicable, también es verdad que los principios enunciados son verdaderos cánones de comportamiento dirigidos a las autoridades públicas, y dada esta cualidad deben ser tenidos en cuenta en el momento de aplicar, interpretar y crear el derecho (por ejemplo cuando se ejerce la potestad reglamentaria), pues su materialización en el ordenamiento jurídico colombiano no ha quedado circunscrita al legislador, se desprende directamente del texto constitucional, específicamente de las garantías que conforman el derecho fundamental al debido proceso y los principios que orientan el ejercicio de toda actuación administrativa. En efecto, el artículo 29 de la Constitución Política señala que el debido proceso se aplica a todo proceso judicial y procedimiento administrativo, de tal forma que con independencia de que la actuación administrativa esté dirigida a la selección de un contratista de concesión minera, el conjunto de garantías comprendidos en la disposición constitucional son ineludibles para asegurar la validez de las decisiones asumidas por la autoridad. La razón de la extensión del debido proceso al ámbito de la administración no es otro distinto a propender por determinaciones en las que prevalezca el derecho sustancial objeto de debate. El debido proceso es un derecho fundamental complejo como quiera que en su contenido están comprendidas diferentes garantías tanto de orden procedimental como sustancial, por lo tanto no es unívoco y su objeto heterogéneo traslada al ámbito del derecho subjetivo algunos principios del obrar administrativo; así por ejemplo, y circunscribiendo el análisis de la Sala al caso objeto de estudio, los principios de publicidad e imparcialidad (relacionados directamente con la necesidad de que el procedimiento precontractual se ajuste a parámetros de transparencia y selección objetiva) consagrados en el artículo 209 de la Constitución se materializan en la posibilidad que tienen los administrados de exigir que todas las decisiones administrativas que afecten su situación jurídica sean motivadas y obedezcan al respeto de las formas del procedimiento previamente establecido. Tratándose del procedimiento establecido en el Código de Minas, se garantiza el derecho al debido proceso cuando la autoridad administrativa atiende únicamente a la constatación de los requisitos exigidos por el legislador para el otorgamiento del contrato de concesión; adicionar exigencias o no tener alguna de ellas en cuenta conlleva ineludiblemente a una decisión contraria a derecho, pues el factor objetividad que debe caracterizar todo procedimiento selectivo se compromete, cuando la administración pasa de lo reglado a lo discrecional sin habilitación legal para ello. De igual manera, se vulnera la garantía referente a la necesidad de decidir de acuerdo con los parámetros previamente establecidos por la ley, y por ende la transparencia se ve comprometida, cuando quien decide puede alterar las “reglas del juego”. Aunque parezca que lo expuesto hasta el momento sólo se predica de la administración en el plano de la aplicación de la norma jurídica, como se sostuvo líneas atrás, el respeto por el debido proceso también debe darse cuando se expiden normas de carácter reglamentario. Así las cosas, en el artículo 16 del

Código de minas se establece que la primera solicitud o propuesta de contrato de concesión presentada otorga un derecho de prelación frente a otras solicitudes, de tal forma que si bien es cierto no confiere el derecho a la celebración del contrato, ésta debe darse si se reúnen los requisitos exigidos en el artículo 271. Por ende, la conformidad de la norma emanada del ejecutivo con la disposición contenida en el artículo 29 de la Constitución depende en todo momento de que las reglas establecidas por el legislador no sean alteradas, y de un desarrollo de la materia que sea acorde con los presupuestos procedimentales fijados por la ley.

REGLAMENTO - Oposición a la Ley / PRINCIPIO DE JERARQUIA NORMATIVA - Principio de legalidad y principio del debido proceso

La vulneración del principio de jerarquía normativa a través de la implementación de condicionamientos no exigidos por las normas legales para adquirir un derecho, no afecta solamente al principio de legalidad representado en el criterio de necesidad que debe caracterizar toda norma reglamentaria, también vulnera abiertamente el debido proceso pues al fijar el legislador de manera clara las “reglas de juego” no es posible al ejecutivo cambiarlas so pretexto de desarrollarlas. El cabal cumplimiento del procedimiento establecido en el código de minas para la selección del concesionario minero resulta fundamental para asegurar administraciones públicas transparentes y objetivas. En el caso que nos ocupa, el legislador decidió fijar directamente los criterios de selección siendo uno de los más relevantes el orden de presentación de las propuestas. Por consiguiente, no es difícil concluir que se sustrajo de la norma administrativa la determinación de las condiciones necesarias para el otorgamiento del contrato de concesión y los derechos que del mismo se desprenden, toda vez que el precepto legal no deja duda alguna: si el primero en realizar la propuesta reúne las exigencias de ley, tiene derecho a ser quien celebra con la autoridad administrativa el negocio jurídico; nuevamente reitera la Sala que una interpretación contraria conlleva un cambio en las “reglas de juego” que rige la relación entre quienes presentan sus propuestas y la autoridad que se encarga de adjudicar el negocio jurídico. Si el artículo 16 de la Ley 685 de 2001 otorga el derecho de prelación a la primera solicitud realizada, el decreto reglamentario y la resolución demandados incurren en una verdadera extralimitación al disponer que existe un empate entre dos o más propuestas que cumpliendo los requisitos exigidos en el artículo 271 sean presentadas dentro de un lapso de treinta minutos, contado a partir de la primera hora hábil de recepción de las mismas. Como puede observarse, se altera el criterio de selección determinado por el legislador, ya que no bastará con cumplir las exigencias requeridas por el Código de Minas pues aunque siendo el primero en elevar la propuesta a la autoridad, las posibilidades de celebrar el contrato de concesión minera se supeditan al resultado de un sorteo público u otro procedimiento que debe celebrarse dentro de los 15 días siguientes. La existencia de empate implica indefectiblemente que dos o más individuos se encuentran dentro del proceso selectivo exactamente en el mismo supuesto fáctico exigido por la ley; circunstancia que viabiliza la determinación de criterios para establecer a quién corresponde el derecho reconocido. Por tanto, la posibilidad de que sea el reglamento el que fije una solución, se haya supeditada a la necesidad de no cambiar lo dispuesto por el legislador; en el caso que nos ocupa, se puede generar duda respecto a quién corresponde el derecho de prelación consagrado en el artículo 16 del Código de Minas si dos o más propuestas se presentaron en el mismo instante. Es cierto, tal como señala el demandado que dada la posibilidad de presentar la propuesta ante la autoridad competente o delegada, ante el notario o alcalde de la residencia del proponente o mediante correo certificado, se puede llegar a generar incertidumbre en lo que concierne al momento en el que las diferentes solicitudes fueron

realizadas, no obstante, es precisamente el artículo 270 de la misma codificación el que da respuesta a esta dificultad: “se tendrá como fecha de su presentación la de su recibo por la autoridad competente o comisionada, o la fecha y hora en que la empresa o correo certificado expida el recibo de envío.” No es difícil entonces que la Sala concluya, que existe una clara contradicción entre las normas demandadas y el artículo 270 del Código de Minas, toda vez que es diáfano que el reglamento se aparta del supuesto traído por la ley para determinar cuál es la primera propuesta y por ende quién tiene el derecho de prelación; el legislador es claro al disponer que la determinación de quién fue el primero en el tiempo se realiza constatando el momento en que la solicitud fue recibida por la autoridad competente o por la empresa que preste el servicio de correo certificado; cuestión muy distinta a la consignada en las normas administrativas: la necesidad de otorgar el derecho de prelación mediante un procedimiento de sorteo público (por el sistema de balotas numeradas) a aquellos que hayan allegado sus propuestas dentro de un lapso de 30 minutos. El dispensar un trato igualitario a todas aquellas personas que participen en un procedimiento de carácter selectivo es otra manifestación más del principio del debido proceso, no sólo se trata de tomar decisiones sustentadas en exclusivos criterios de objetividad sino también de fijar ab initio requisitos y condiciones nítidas e incuestionables. Por esta razón, el artículo 16 del Código de Minas consagra un verdadero criterio de selección que favorece a aquél que presente la primera solicitud o propuesta, porque como se desprende del significado de las palabras, que algo tenga prelación quiere decir que debe ser atendido de manera preferente respecto de algo con la que se compara, o lo que es igual, quien presenta la primera solicitud tiene una ventaja sobre los demás proponentes. De allí que, para la Sala resulta claro que las disposiciones acusadas van en contravía de lo dispuesto por el legislador, toda vez que la definición de empate en el decreto reglamentario y el procedimiento de desempate previsto en la resolución, pone en un plano de igualdad a quien hizo la primera solicitud con aquellos que hayan hecho las suyas con posterioridad; así, se cambia el sentido de la ley y se desnaturaliza el factor de escogencia por ésta previsto. No existen dudas, entonces, que con la expedición del Decreto 1160 de 2006 y de la resolución 180986 del mismo año, se excedió la potestad reglamentaria, que en la materia le correspondía al Presidente de la República y al Ministro de Minas y Energía. De igual manera, el cargo sustentado en la vulneración del artículo 29 de la Constitución está llamado a prosperar por las razones antes explicitadas y hacen innecesario que la Sala entre a pronunciarse sobre los demás cargos formulados.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá, D.C., tres (3) de febrero de dos mil diez (2010)

Radicación número: 11001-03-26-000-2006-00052-01(33187)

Actor: ARMANDO ESTRADA SALAZAR Y OTROS

Demandado: LA NACION-MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA

Referencia: ACCION DE NULIDAD

Se decide la acción de nulidad interpuesta por los actores contra el Decreto 1160 del 19 de abril de 2006, *“Por el cual se adoptan medidas para garantizar el derecho de prelación en caso de empate en la presentación de propuestas de contratos de concesión minera”*, y de la Resolución 180986 de 8 de agosto de 2006 *“por la que se fija un procedimiento para la aplicación del artículo 2º del Decreto 1160 de 2006”*.

I. EL ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO

Sin perjuicio de la naturaleza de actos administrativos de las decisiones demandadas, la cual será analizada más adelante, se discute la legalidad del Decreto 1160 y de la Resolución 18096 de 2006. Se transcriben a continuación las disposiciones aludidas cuya legalidad es cuestionada por los actores¹:

“DECRETO NÚMERO 1160 DE 2006
(Abril 19)

“Por el cual se adoptan medidas para garantizar el derecho de prelación en caso de empate en la presentación de propuestas de contratos de concesión minera”

“EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

“en uso de las facultades constitucionales y legales, en especial de las que le confieren los artículos 189 numeral 11 de la Constitución Política, y

“CONSIDERANDO:

“Que el artículo 16 del Código de Minas establece que la primera solicitud o propuesta de concesión minera, mientras se hallare en trámite, no confiere por sí sola, frente al Estado, derecho de celebración del contrato de concesión, frente a otras solicitudes o frente a terceros, solo confiere al interesado, un derecho de prelación o preferencia para obtener dicha concesión si reúne para el efecto, los requisitos legales;

“Que si bien el procedimiento del Código de minas establece el derecho de preferencia de los particulares en el trámite de concesión minera, este es insuficiente frente a lo contemplado en el artículo 270, el cual establece que la

¹ Copia de los Diarios Oficiales No. 46.244 y 46.355 del 19 de abril y 9 de agosto de 2006 respectivamente, obran en el proceso en los folios 19 a 76.

propuesta puede ser presentada por el interesado directamente o por medio de su apoderado ante la autoridad competente o delegada, ante notario o alcalde de la residencia del proponente o por envío a través de correo certificado, así mismo a través de medios electrónicos cuando la autoridad minera disponga de estos medios, y teniendo en cuenta que el procedimiento permite que una misma zona sea solicitada por varias personas en el mismo momento, sin que se encuentre regulado el mecanismo de desempate para determinar el orden de presentación de las propuestas;

“Que en consecuencia, para garantizar el derecho de prelación o preferencia consagrado en el artículo 16 del Código de Minas, se hace necesario señalar un procedimiento de desempate entre quienes presenten las propuestas con los requisitos legales, para establecer la propuesta con la cual se adelantará el trámite de contratación:

“DECRETA

“Artículo 1º. Entiéndase por empate para efectos del presente decreto, la presentación, con los requisitos establecidos en el artículo 271 del Código de Minas, de dos o más propuestas de contratos de concesión minera sobre la misma área, ya sea en forma total o parcial, dentro de un lapso de tiempo de treinta (30) minutos, contado a partir de la primera hora hábil de recepción de las propuestas y en forma sucesivas de medias horas.

En consecuencia si se presentaran varias propuestas dentro del término establecido en este artículo y sólo una de ellas cumpliera con los requisitos legales, no se configura empate y con esta propuesta se adelantará el procedimiento de contratación minera.

Tampoco se configura empate cuando las propuestas presentadas dentro del mismo término establecido en el presente artículo, no cumplieren con los requisitos legales, en cuyo caso se tramitarán de conformidad con lo señalado en los artículos 273 y 274 del Código de Minas.

“Artículo 2º. Cuando se presentare empate de conformidad con el artículo anterior, éste se resolverá por sorteo público que se efectuará dentro del término de quince (15) días siguientes, contados a partir de la recepción de las propuestas; el ganador accederá al derecho de preferencia respecto del área solicitada y con éste se continuará el procedimiento establecido en el Código de Minas.

“En el evento en el que la propuesta de contrato de concesión sea presentada en una Notaría o una Alcaldía, se procederá por parte de estas autoridades receptoras a remitir a la delegada competente, en el término de tres (3) días, las propuestas recibidas, con el fin de que la entidad delegada continúe con el trámite pertinente establecido en el presente decreto.

“Recibidas por la entidad delegada competente las propuestas de contrato de concesión, previa citación al solicitante a la dirección que se encuentre señalada en el formulario de la respectiva propuesta, se le comunicará la fecha y hora para la celebración de la audiencia para el sorteo; de todo lo cual se levantará el acta correspondiente.

“Artículo 3º. En virtud de lo dispuesto en el presente decreto, en caso de superposición de áreas, a las propuestas que no resultaren favorecidas con el resultado del sorteo se les reducirá el área superpuesta a la solicitud que haya ganado el derecho de preferencia, y en caso de no quedar el área libre para contratar, serán rechazadas.

“Artículo 4º. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación.”

“RESOLUCIÓN NÚMERO 180986 DE 2006

(Agosto 8)

“por la cual se fija un procedimiento para la aplicación del artículo 2º del Decreto 1160 de 2006.

“El Ministro de Minas y Energía, en uso de sus facultades legales, en especial las conferidas por el Decreto 070 de 2001 y los artículos 16, 270, 271, 273 y 274 de la Ley 685 de 2001, y

“CONSIDERANDO:

“Que el artículo 16 del Código de Minas prevé que la primera solicitud o propuesta de concesión minera sólo confiere al interesado un derecho de prelación o preferencia para obtener dicha concesión si reúne para el efecto los requisitos legales;

“Que el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1160 del 19 de abril de 2006, mediante el cual se adoptaron medidas para garantizar el derecho de prelación en caso de empate en la presentación de propuestas de contratos de concesión minera;

“Que el artículo 1º del mencionado decreto consagró: *“Entiéndase (sic) por empate para efectos del presente decreto, la presentación, con los requisitos establecidos en el artículo 271 del Código de Minas, de dos o más propuestas de contratos de concesión minera sobre la misma área, ya sea en forma total o parcial, dentro de un lapso de tiempo (sic) de treinta (30) minutos, contado a partir de la primera hora hábil de recepción de las propuestas y en forma sucesivas de medias horas.*

En consecuencia si se presentaran varias propuestas dentro del término establecido en este artículo y sólo una de ellas cumpliera con los requisitos legales, no se configura empate y con esta propuesta se adelantará el procedimiento de contratación minera.

Tampoco se configura empate cuando las propuestas presentadas dentro del mismo término establecido en el presente artículo, no cumplieren con los requisitos legales, en cuyo caso se tramitarán de conformidad con lo señalado en los artículos 273 y 274 del Código de Minas”.

“Que el artículo 2º del decreto aludido señala que cuando se presentare empate de conformidad con lo establecido en el artículo 1º, este se resolverá por sorteo público que se efectuará dentro del término de quince (15) días siguientes, contados a partir de la recepción de propuestas. El ganador accederá al derecho de preferencia respecto del área solicitada y con ese se continuará el procedimiento establecido en el código de Minas;

“Que asimismo, la precitada disposición estipula que en el evento en que la propuesta de contrato de concesión sea presentada en una Notaría o una Alcaldía, se procederá por parte de estas autoridades a remitirla a la delegada competente, en el término de tres (3) días, con el fin de que la entidad delegada continúe con el trámite pertinente establecido en ese decreto;

“Que adicionalmente el Decreto 1160 consagra que recibidas las propuestas de contratos de concesión por parte de la entidad delegada competente, previa citación al solicitante, se le comunicará la fecha y hora para la celebración de la audiencia para sorteo. De todo lo cual se levantará el acta correspondiente;

“Que en virtud de lo anterior, se hace necesario fijar un procedimiento para dar aplicación al artículo 2º del Decreto 1160 de 2006;

“Que en mérito de lo expuesto,

“RESUELVE:

“Artículo 1º. Adoptar el procedimiento que deben realizar las autoridades mineras delegadas para la celebración del sorteo público en caso de empate de dos o más propuestas de concesión minera presentadas sobre la misma área, de acuerdo con los términos establecidos en el Decreto 1160 de 2006.

“Artículo 2º. El procedimiento para la realización del sorteo público en caso de empate entre dos o más propuestas de contrato de concesión será el descrito a continuación, aclarando que este se llevará a cabo por el Sistema de Balotas o bien a través de un sistema idóneo que brinde transparencia.

“1. Una vez se haya determinado por la autoridad minera delegada que las propuestas cumplen con los requisitos establecidos en el Decreto 1160 de 2006 para que se configure el empate, se procederá por parte de la misma a fijar fecha y hora para llevar a cabo la diligencia de sorteo público, la cual se efectuará dentro de los quince (15) días siguientes a la recepción de las propuestas. La fijación de dicha fecha se le informará a los proponentes mediante comunicación que se enviará con una antelación no menor a tres (3) días a la fecha del sorteo a la dirección establecida en los formularios de propuesta de contrato de concesión, con el fin de que asistan a esta audiencia.

“2. El sorteo público se efectuará con la participación de los proponentes que asistan a la diligencia, para lo cual se tendrán en cuenta la totalidad de las propuestas presentadas y que son materia de empate. Se elaborará un listado de asistencia y se dejará constancia del nombre de los proponentes que no asistieron al sorteo. Este listado deberá ser suscrito por los presentes.

“La no asistencia de uno o más proponentes al sorteo público, no impedirá que se lleve a cabo la diligencia.

“3. A esta diligencia se invitará a un representante de la Oficina de Control Interno de la delegada en donde se esté realizando el sorteo, con el fin de que verifique el cumplimiento de los requisitos establecidos en el presente procedimiento. Adicionalmente, a la diligencia podrán ser invitados representantes de los órganos de control como veedores del proceso.

“4. Verificada la asistencia, el funcionario encargado por la autoridad delegada para realizar esta diligencia procederá a verificar el número total de propuestas

que se encuentran en empate y a asignarle por sorteo a cada una de ellas un número consecutivo, iniciando desde el número uno y culminando en orden ascendente hasta completar el último número de acuerdo con las propuestas existentes. Con este número se identificarán las mismas para efectos del sorteo del derecho de prelación.

“5. Asignados los números, se procederá a sacar una balota por cada una de las propuestas (en el orden asignado en el sorteo anterior, de menor a mayor) y la propuesta que obtenga la balota con el número mayor será la favorecida con el derecho de contratar el área solicitada.

“Las demás propuestas, de acuerdo con el número que le correspondió al definir el derecho de prelación de mayor a menor, tendrán la oportunidad de contratar el área que quede libre, una vez la autoridad minera delegada haya efectuado los recortes correspondientes, respecto a las propuestas que hayan antecedido en el derecho y así sucesivamente hasta agotar el área susceptible de contratar.

“6. Del procedimiento establecido en el presente artículo se levantará una acta que contendrá el desarrollo y el resultado del mismo.

“Artículo 3º. Con el fin de dar transparencia a las actuaciones que desarrolla la autoridad minera delegada en virtud de estos sorteos, esta procederá a publicar el resultado de los mismos a través de un medio idóneo para el efecto, tales como las carteleras institucionales, página web y los demás que considere pertinentes.

“Artículo 4º. La presente resolución rige a partir de la fecha de su publicación”.

II. LAS NORMAS INVOCADAS COMO VIOLADAS POR LOS DEMANDANTES Y SU CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Como normas violadas, indicaron:

Constitución Política: Artículos 29, 150 numeral 1 y 189 numeral 11.

Ley 685 de 2001: Artículos 3, 4, 16, 258, 270, 271, 273 y 274.

Los argumentos expuestos en los escritos de demanda que constituyen sustento de la violación alegada se pueden sintetizar así:²

1. Las normas demandadas desconocen abiertamente el derecho de prelación consagrado en el artículo 16 de la ley 685 de 2001.

² Folios 1 a 28 del expediente 33187 y folios 2 a 13 del expediente 33962.

El artículo 16 de la Ley 685 de 2001 desarrolla el principio *“primero en el tiempo, primero en el derecho”*, de forma tal que en virtud del mismo se le otorga un derecho de prelación a la primera solicitud de concesión sobre otras propuestas, siempre y cuando la petición cumpla con los requisitos legales. Por tanto, las normas acusadas son contrarias a esta disposición al consagrar un mecanismo de desempate entre aquellas solicitudes presentadas en el término de 30 minutos contados a partir de la primera hora hábil de recepción de las propuestas y en forma sucesiva de medias horas, beneficiándose con el derecho de prelación al proponente favorecido en un sorteo que debe efectuarse 15 días después de la recepción de las propuestas. El derecho reconocido en el precepto legal se convierte en *“el derecho a participar en un sorteo junto con las demás propuestas presentadas dentro del lapso de treinta minutos, por el cual se determinará al azar quien adquiere el derecho de prelación.”*

2. *Las normas acusadas son contrarias al artículo 258 de la ley 685 de 2001 y no aseguran la finalidad propia de los procedimientos en asuntos mineros: “garantizar, en forma pronta y eficaz, el derecho a solicitar del particular como proponente del contrato de concesión y facilitarle su efectiva ejecución.”*

El derecho que le asiste a quien realiza la primera solicitud no es garantizado por el procedimiento de sorteo en el que rige el azar o por aquellos procedimientos que, de acuerdo con la norma demandada, pueda determinar la autoridad cuando considere que los mismos son idóneos y brindan transparencia. La protección del derecho de preferencia reconocida en la ley a quien haya hecho la primera propuesta no se logra mediante el reconocimiento de discrecionalidad en cabeza de las autoridades para imponer a su arbitrio procedimientos no contemplados en la ley, máximo cuando del artículo 258 del Código de Minas se desprende la necesidad de su conocimiento previo, no quedando al arbitrio de la autoridad su fijación.

3. *Las normas demandadas son contrarias al artículo 261 de la ley 685 de 2001, toda vez que el procedimiento gubernativo se forma con el acopio ordenado y*

consecutivo de las peticiones precisamente para precisar el titular del derecho de prelación.

La disposición contenida en el artículo 261 de la ley 685 de 2001 resulta inane y carente de relevancia al no otorgarse en los preceptos cuestionados ninguna prelación entre las peticiones que se presenten en el intervalo de 30 minutos.

4. Las normas demandadas son contrarias al artículo 270 de la ley 685 de 2001: en este precepto se pone en evidencia que el principio “primero en el tiempo, primero en el derecho” permea todo el procedimiento de selección del concesionario minero, al referirse siempre a la primera propuesta, y no como parece entenderlo el decreto y la resolución demandados a la “propuesta beneficiada con el derecho de prelación”.

Se creó la figura del sorteo público sin asidero legal alguno, para los casos en que se presente empate entre las propuestas que cumplieron con los requisitos mediante un trámite preferencial y perentorio de quince días, de tal manera que también se crean términos perentorios que el legislador no previó. La regulación hecha por el gobierno genera un trato discriminatorio de los proponentes, violando el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución, cuando de acuerdo con el código de minas y el artículo 15 de la Ley 962 de 2005, se debe garantizar el derecho de prelación y el derecho de turno.

De otro lado, aunque la norma prevé la posibilidad de presentación de las propuestas ante variadas autoridades, la fecha de su radicación para efectos de su procedimiento se encuentra circunscrita al instante de recepción, motivo por el cual no es posible que se presente empate, como quiera que el momento de radicación es determinante para garantizar el principio de “Primero en el tiempo, primero en el derecho”

5. Las normas demandadas vulneran los artículos 271 y 273 de la Ley 685 de 2001 referentes a la presentación y trámite de las propuestas, pues de estas

disposiciones no se colige la posibilidad de establecer procedimientos alternos de desempate.

De acuerdo con los actores, los criterios de legalidad establecidos en los artículos 271 y 273 de la Ley 685 de 2001 permiten depurar la lista de proponentes en el mismo orden de presentación de la solicitudes, por ello las normas demandadas no encuentran soporte alguno al fijar un procedimiento de “desempate”, lo cual resulta contrario al principio de selección objetiva.

El artículo 273 de la Ley 685 de 2001 señala un término para corregir o subsanar las propuestas y según los incisos segundo y tercero del Decreto 1160 de 2006, no se configura empate si solo una de las presentadas cumple con los requisitos legales. De acuerdo con los actores, esto no es acorde con la ley porque las normas acusadas determinan que las propuestas que se presenten dentro de los lapsos de medias horas y no cumplan con alguna de las exigencias de ley, no tienen derecho, ni al procedimiento de empate, ni a subsanarse.

Las normas demandadas no son acordes al artículo 274 del Código de Minas que se refiere al rechazo de la propuesta por superposiciones o por ubicación de determinadas zonas, pero nunca alude al rechazo por incumplimiento de requisitos legales, pues el artículo 273 establece la posibilidad de corregir la misma.

6. Las normas acusadas son contrarias al derecho fundamental al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política.

El debido proceso como garantía predicable de toda actuación administrativa se concreta en el respeto de las reglas de juego establecidas por el legislador, de modo que si las mismas son alteradas y reemplazadas por unas nuevas, se desconoce este derecho fundamental. Es precisamente este supuesto el que se da con la expedición de las normas cuestionadas, toda vez que el procedimiento del Código de Minas consagra un derecho de preferencia para la primera solicitud de concesión minera y los preceptos cuestionados dejan al arbitrio de la administración el procedimiento de desempate, ya que sorteo por balotas es sólo una posibilidad frente a la facultad de determinar otro “sistema idóneo que brinde transparencia.”

El derecho al debido proceso contiene el principio de legalidad que rige la actuación de las autoridades públicas, según el cual la Administración sólo puede adelantar aquellas actuaciones que le están expresamente permitidas y previamente consagradas en la ley o el reglamento. Por tanto, este principio garantiza que el particular que quiera celebrar un negocio jurídico con el Estado conozca de antemano las reglas y procedimientos de selección, celebración y ejecución del mismo. La competencia para fijar dichos procedimientos es del legislador.

7. *El ejecutivo al proferir las normas cuestionadas excedió el ejercicio de la potestad reglamentaria.*

El Gobierno Nacional creó un empate que la ley expresamente excluye y estableció la manera de resolver un conflicto que con la sola aplicación de la Ley no se puede presentar. No se cumple así la finalidad de la potestad reglamentaria que no es otra que la de aclarar, especificar, hacer funcional, operativa y viable una disposición legal.

8. *El ejecutivo al expedir las normas acusadas incurrió en desviación de poder.*

De acuerdo con el escrito de demanda, el objetivo buscado por el artículo 258 del Código de Minas es “*garantizar, en forma pronta y eficaz, el derecho a solicitar del particular como proponente del contrato de concesión y el de facilitarle su efectiva ejecución*”. Las normas demandadas, son contrarias a la finalidad descrita, pues pretenden colocar en un plano de aparente igualdad a todos los proponentes de la concesión que alleguen sus solicitudes dentro del mismo lapso de 30 minutos.

De acuerdo con el demandante, el empate se presentaría sólo cuando una zona sea solicitada por varias personas en el mismo momento, pero este concepto es variado por las disposiciones cuestionadas, por lo cual la finalidad pretendida por el legislador no se ve reflejada. Por otra parte, tampoco se persigue el objetivo de

garantizar el derecho de prelación o preferencia consagrado en el artículo 16 de la Ley 685 de 2001.

III. EL TRÁMITE DEL PROCESO

Las demandas fueron presentadas a esta Corporación el 11 de septiembre de 2006³ y el 12 de enero de 2007⁴; en los escritos correspondientes se solicitó también la suspensión provisional de las normas demandadas, por considerar que existía una contradicción directa de las mismas con las disposiciones constitucionales y legales alegadas como violadas.

En autos de 7 de febrero de 2007 y de 19 de julio de 2007, las demandas fueron admitidas y en el primero de ellos se ordenó la suspensión provisional del Decreto 1160 y de la Resolución 18-0986 del 2006, al considerar que, con los actos cuestionados se pudo llegar a desbordar el marco legal, como quiera que a través del decreto y de la resolución demandados, se fijó un margen de tiempo - 30 minutos - para entender cuando dos propuestas están empatadas en relación con el término de presentación; plazo que no se encuentra consignado en la ley y por ello se evidencia, en principio, que se pudo llegar a transgredir la órbita reglamentaria. Así mismo, en la resolución 18 0986 se instituyó un procedimiento para la definición y resolución del empate en la presentación de las propuestas. La Sala consideró, que el hecho de que a través de un sorteo (azar) se efectúe la elección de la propuesta favorecida con la prelación, puede llegar a contravenir los principios de transparencia y selección objetiva que deben guiar todo procedimiento de contratación con la administración pública⁵.

Las demandas fueron contestadas por el apoderado de la Nación, Ministerio de Minas, en los términos que se resumen a continuación⁶:

En el escrito de contestación presentado en el proceso No. 33187 se sostuvo en primer lugar que, el supuesto que los accionantes consideran ya determinado en

³ Folios 1 a 28 del Expediente 33187

⁴ Folios 2 a 13 del Expediente 33962

⁵ Folios 37 a 40 del expediente 33187

⁶ Folios 75 a 81 del expediente 33187 y Folios 115 a 127 del Expediente 33962.

la ley (quien es el primer proponente), es precisamente el asunto a aclarar en el momento en el que exista pluralidad de solicitudes que se hayan allegado al mismo tiempo; por este motivo, no es posible sostener que se desconoce la *“regla de primero en el tiempo, primero en el derecho”* toda vez que en algunos eventos no es posible atribuir desde el plano jurídico quién tiene el derecho de prelación, y su esencia es precisamente la indivisibilidad. De acuerdo con el demandado, en el libelo no se explicitan en debida forma las razones por las cuales las normas acusadas vulneran la regla citada.

Sostuvo, también, que el entender empatadas las propuestas allegadas primeramente en el lapso más reciente de 30 minutos, no extralimita las competencias del Gobierno Nacional, como quiera que ello resulta posible no sólo en ejercicio de la potestad reglamentaria, sino por la potestad regulatoria reconocida en la materia. De igual modo aduce que, el código de minas es norma especial en relación con la ley 80 de 1993 y por ello sus disposiciones se aplican preferentemente. Esta es la razón por la que la posibilidad de aplicación de otros cuerpos normativos frente a posibles vacíos o lagunas sólo puede darse por remisión directa del Código de Minas, o de manera supletoria, a falta de disposiciones expresas. Adicionalmente, el legislador ha prescrito que a los contratos de concesión minera no le son aplicables los preceptos generales sobre contratos estatales, salvo en lo que respecta a la capacidad legal.

Por lo anterior, el legislador, ante los posibles vacíos que pueda presentar el código de minas consideró pertinente atribuir, facultar y otorgar a las autoridades administrativas la posibilidad de, frente a una deficiencia normativa, realizar una labor de integración del ordenamiento jurídico. El demandado considera, que en el caso objeto de estudio, el ejecutivo no usurpó la competencia del legislador con la expedición de las disposiciones acusadas; mediante el reglamento y la resolución cuestionados se ocupó un espacio que exigía ejercicio de potestad reglamentaria: posibilitar la aplicación del denominado derecho de prelación en el caso de presentarse un empate entre los proponentes de la concesión minera que allegan sus propuestas sobre una misma zona a un mismo tiempo.

En los escritos de contestación de demanda también se da una oposición a la supuesta vulneración de los artículos 24 y 25 de la ley 80 de 1993 referentes a los presupuestos de transparencia y selección objetiva de todos los procedimientos de selección de contratación de la Administración Pública. Para el demandado, estos

principios están sustentados en la posibilidad que pudiera dársele a la acción gubernamental de incurrir en conductas que generen corrupción por razón o con ocasión del estudio o asignación del contrato con la Administración Pública. Por esta razón, al no darse cabida a este fenómeno mediante el sistema de balotas no se da transgresión alguna del ordenamiento jurídico. Adicionalmente, el decreto y resolución demandadas dan la posibilidad de utilizar *“otro sistema idóneo que brinde transparencia”*, por lo que el procedimiento acusado no es único sino alternativo, pudiéndose proponer en cada caso concreto su remplazo por uno diverso que garantice de mejor manera los postulados que se señalan como vulnerados. Por último, alega la presencia de razones de oportunidad y conveniencia para hacer uso de la potestad reglamentaria.

De otra parte, en el escrito de contestación que reposa en el expediente No. 33962, se afirmó que las normas demandadas no consagran en verdad un procedimiento, pues no se está en presencia de *“un conjunto de disposiciones que sistemáticamente llevan a posibilitar la materialización de un derecho sustancial atribuible a un sujeto, para que éste, pueda exigirlo o ejercerlo”*. Las disposiciones acusadas buscan dirimir a cuál de los proponentes se le atribuirá el derecho de prelación, por tanto, no se está determinado quien se beneficia del contenido de esa disposición, sino que se trata de un mandato que el Ministerio se da internamente con independencia de que el primer solicitante quiera o no ejercer su derecho. Se trata de un método de extinción de la indeterminación en el evento de pluralidad de sujetos.

Adicionalmente, sostiene que las disposiciones acusadas materializan el objetivo de toda reglamentación, cual es el de hacer posible la aplicación de los derechos reconocidos a sus destinatarios. Al ser la posibilidad de empate real y al no tenerse certeza de cuál de los solicitantes es el primero, corresponde al ejecutivo dar una respuesta adecuada a esta situación. Por último, indica que no puede hablarse de la vulneración de un derecho o expectativa en los eventos en los que no se ha podido atribuir jurídicamente a quien corresponde la prelación o preferencia.

La Procuraduría Cuarta Delegada ante esta Corporación rindió concepto en el término de traslado y expuso los argumentos que se resumen a continuación⁷:

Las pretensiones de la demanda tienen vocación de prosperidad, toda vez que el Decreto 1160 y la Resolución 180986 de 2006, desbordan el marco legal que regula la materia, al cambiar el supuesto de hecho previsto para otorgar la preferencia o la prelación, como quiera que la ley lo establece para la primera propuesta que se presente y las normas acusadas, para la propuesta que se allegue en un término de treinta minutos y sea favorecida en un sorteo.

De igual modo, afirmó que se dio una extralimitación de la potestad reglamentaria, porque la Ley 685 de 2001 señala un procedimiento frente a la primera propuesta o solicitud, para determinar si cumple o no con los requisitos exigidos por ella, mientras que las normas cuestionadas consagran que sólo es objeto de trámite en la medida en que, después de establecer que cumple con todos los requisitos, ha salido favorecida en el sorteo.

De manera adicional, a la intervención del Ministerio Público, de su derecho a alegar de conclusión hizo uso tanto la parte actora como el demandado reiterando los argumentos expuestos en la demanda y en el escrito de contestación respectivamente⁸.

Por medio de auto de 12 de febrero de 2009, se decretó la acumulación del proceso 11001-03-26-000-2007-00027 00 (33962) al proceso 11001-03-26-000-2006-00052 00 (33187)⁹.

IV. CONSIDERACIONES

Para adoptar una decisión de fondo, se revisará, en primer lugar, la naturaleza del instrumento normativo en que se insertan las disposiciones demandadas, a efectos de constatar la procedencia de la acción de nulidad (punto 1); luego, se

⁷ Folios 171 a 183 del expediente 33187.

⁸ Folios 152 a 170 del expediente 33187.

⁹ Folios 190 y 191 del Expediente 33187.

hará alusión a la competencia de esta Sección (punto 2); para finalmente, resolver los cargos presentados por el actor (punto 3).

1. La naturaleza del Decreto No. 1160 del 19 de abril de 2006 y de la Resolución No. 180986 de agosto 8 de 2006.

La revisión de la naturaleza del Decreto y de la Resolución demandados es un aspecto fundamental, toda vez que la normatividad vigente concibe a la acción de nulidad sólo frente a actos administrativos¹⁰, es decir, manifestaciones de la voluntad, en ejercicio de la autoridad propia de las entidades administrativas, de otras entidades públicas o de los particulares en ejercicio de la función administrativa, con capacidad de producir efectos frente a un sujeto de derecho o ante un grupo determinado o indeterminado de ellos, de manera indiferente a la anuencia de estos.

El Ministerio de Minas y Energía como organismo de carácter administrativo tiene su fundamento en lo dispuesto en los artículos 206 de la Constitución Política y 58 de la Ley 489 de 1998; la primera disposición referenciada se enmarca en la regulación que a nivel constitucional se realiza de la rama ejecutiva y confía al legislador la tarea de determinar el número, denominación y orden de precedencia de los Ministerios y Departamentos Administrativos; por su parte, el legislador señala que el objetivo de estas instituciones de carácter administrativo consiste en la formulación y adopción de políticas, planes generales y proyectos del sector administrativo que dirigen.

Se trata por tanto, de un organismo de dirección en el cual residen no sólo funciones de carácter político sino también administrativo. Por ello, al ser parte de la rama ejecutiva del poder público se integra a la Administración pública de acuerdo con el criterio funcional consagrado en el artículo 39 de la ley 489 de 1998:

¹⁰ En efecto, prescribe el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo: "Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos..." Más adelante señala la misma disposición que ésta acción puede también interponerse contra "circulares de servicio" y contra "actos de certificación y registro"; la jurisprudencia de esta Corporación, ha señalado, sin embargo, que en estos casos, estas manifestaciones deben producir también efectos jurídicos frente a terceros, es decir deben detentar los elementos propios de los actos administrativos. Sobre este punto pueden consultarse las siguientes providencias de esta Corporación: Sección cuarta, Sentencia de enero 22 de 1988, Consejero Ponente: Hernán Guillermo Aldana Duque; Sección Primera. Sentencia de 14 de octubre de 1.999 expediente No. 5064, Consejero Ponente: Manuel Urueta Ayola; Sección Primera, Sentencia de 16 de febrero de 2001, expediente No. 3531 Consejera Ponente: Olga Inés Navarrete Barrero.

“Integración de la Administración Pública. La administración pública se integra por los organismos que conforman la rama ejecutiva del poder público y por todos los demás organismos y entidades de naturaleza pública que de manera permanente tienen a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios públicos del Estado. La Presidencia de la República, los ministerios y los departamentos administrativos, en lo nacional, son los organismos principales de la administración.”
(Subraya la sala)

Tal como se señala en la doctrina, el Ministerio es una estructura administrativa compleja, dotada de medios tanto materiales como humanos, los cuales son utilizados para incidir e intervenir en sectores de actividad homogénea. Su número y dimensión depende de cada realidad jurídica concreta y de la necesidad que se tenga de la especialización de la actividad administrativa.¹¹ Se trata entonces de organismos bifrontes; de un lado integran el Gobierno; del otro, constituyen el vértice de la Administración.¹² Se puede sostener que dentro del diseño constitucional y legal es el organismo destinado a cumplir una función de integración de todas aquellas piezas en que se descompone el aparato administrativo al fragmentarse funcionalmente mediante criterios de territorialidad, de especialidad o de reconocimiento de espacios de autonomía, lo cual hace necesario buscar la unidad mediante la identificación de un “centro supremo de dirección y ordenación.”¹³

Del anterior razonamiento se puede deducir fácilmente que entre las competencias encomendadas a estos organismos, muchas de ellas constituyen verdadera función de carácter administrativo. Se puede constatar, sin dificultad, ejemplo de ello en el ordenamiento jurídico cuando se establece entre los objetivos principales del Ministerio la formulación y adopción de las políticas, planes generales, programas y proyectos del Sector Administrativo de Minas y Energía.¹⁴ A su vez dicho objetivo se traduce en funciones tales como: el señalamiento de los requisitos técnicos que deben cumplir las obras, equipos y procedimientos que

¹¹ Cfr. FRANCHINI, Claudio. “La organizzazione” En: Trattato di Diritto Amministrativo. Tomo I Milán, Giuffré Editore. 2000. Pág. 131 Y ss.

¹² Cfr. SANTAMERIA PASTOR, Juan Alfonso. Principios Generales del Derecho Administrativo. Madrid, Iustel. 2004.

¹³ OVIEDO GARCÍA, Carlos. Derecho Administrativo. Volumen 1. Introducción – Doctrina General – Organización Administrativa. Madrid, Librería General del Victoriano Suárez. 1943.

¹⁴ Artículo 2 Decreto 0070 del 2001, “Por el cual se modifica la estructura del Ministerio de Minas y Energía”.

utilicen las Empresas de Servicios Públicos del sector minero - energético;¹⁵ el desarrollo y mantenimiento de un sistema adecuado de información sectorial para el uso de las autoridades y del público en general;¹⁶ la organización de licitaciones directamente o a través de contratos con terceros para organizar el transporte, la distribución y el suministro de hidrocarburos de propiedad nacional que puedan resultar necesarios para la prestación de servicios públicos regulados por la Ley 142 de 1994;¹⁷ la adopción de los reglamentos para el cumplimiento de las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias relacionadas con la exploración, explotación, transporte, refinación, distribución, procesamiento, beneficio, comercialización y exportación de recursos naturales no renovables;¹⁸ entre otras.

De la naturaleza misma del Ministerio de Minas y Energía, se concluye que muchas de las competencias a él asignadas se materializan por medio de la expedición de verdaderos actos administrativos. En este supuesto se encuentran el decreto y la resolución cuestionada al adoptar el primero “*las medidas para garantizar el derecho de prelación en caso de empate en la presentación de propuestas de contratos de concesión minera*” y al fijar la segunda “*un procedimiento para la aplicación del artículo 2 del Decreto 1160 de 2006*” Del contenido de las normas demandadas, se deriva, de manera indiscutible, el establecimiento de criterios y procedimiento para determinar en caso de empate quién tiene el derecho prelación que consagra el artículo 16 de la Ley 685 de 2001; esto sin duda, evidencia no sólo una manifestación de la voluntad de una autoridad de carácter administrativo sino también la producción de efectos directos que afectan situaciones jurídicas. Como consecuencia de ello, no existe incertidumbre o duda alguna respecto de la procedencia en el proceso de la acción de nulidad simple consagrada en el artículo 84 del C.C.A.

De las consideraciones y de la suscripción del Decreto y resolución demandados, se deriva de manera inequívoca que se trata de una reglamentación de la ley. En lo que respecta a este tipo de normas, vale la pena señalar que éstas constituyen

¹⁵ Artículo 3.10 del Decreto 0070 de 2001, “*Por el cual se modifica la estructura del Ministerio de Minas y Energía*”.

¹⁶ Artículo 3.16 del Decreto 0070 de 2001, “*Por el cual se modifica la estructura del Ministerio de Minas y Energía*”.

¹⁷ Artículo 3.19 del Decreto 0070 de 2001, “*Por el cual se modifica la estructura del Ministerio de Minas y Energía*”.

¹⁸ Artículo 3.4 del Decreto 0070 de 2001, “*Por el cual se modifica la estructura del Ministerio de Minas y Energía*”.

típica expresión de la función administrativa y, desde una perspectiva formal, hacen parte de la categoría de actos administrativos de carácter general.

En efecto, la capacidad de trazar efectivas reglas de conducta en desarrollo de lo prescrito por el legislador, con alcances generales y de obligatorio cumplimiento por parte de la comunidad destinataria de estas disposiciones, denota la verificación de los elementos propios del acto administrativo como son: (1) manifestación unilateral de la voluntad de la administración o de la entidad pública o el particular en ejercicio de la función administrativa, (2) capaz de producir efectos jurídicos frente a otros sujetos de derecho (3) sin necesidad de contar con su anuencia para ello.

2. La competencia de esta Sección para conocer del caso objeto de estudio

La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, es competente para conocer de las acciones de simple nulidad que interpongan los ciudadanos contra actos administrativos proferidos por autoridades del orden nacional en materia contractual, de conformidad con lo establecido en el artículo 128 del Código Contencioso Administrativo y el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999 del Consejo de Estado. En el caso objeto de análisis no existe duda de la connotación nacional del Decreto y de la Resolución demandados, ni de su contenido contractual.

3. Análisis de los cargos presentados por el actor

Para tomar una decisión respecto de los cargos formulados, la sala se ocupará de los siguientes puntos: La intervención del Estado en el sector minero (3.1) ; el alcance de la potestad reglamentaria, y (3.2); El debido proceso como principio rector de los procedimientos de selección del contratista de concesión minera (3.3.).

3.1. *La intervención del Estado en el Sector Minero: dominio público, concesión como título habilitante y poder de policía administrativa.*

La determinación de la propiedad de las minas y el derecho a ellas aplicable se relaciona directamente con la función de intervención del Estado en la Economía. Son cinco los sistemas que se han utilizado históricamente para explicar este aspecto: a. *el sistema fundiario* en el que el propietario del suelo lo es también del subsuelo, por lo tanto no existe limitación alguna respecto de sus posibilidades de explotación. El régimen jurídico es el de derecho civil, principalmente la institución de la accesión (Lo accesorio –el subsuelo –sigue la suerte de lo principal - el suelo -); b. *el sistema liberal*, en el que las minas y los minerales se consideran *res nullius*, de manera tal que su propiedad es de aquel que las descubre y ocupa. La utilización de este modelo se explica en la necesidad de fomentar la actividad minera; c. *el sistema regeliano* en el que el subsuelo pertenece al príncipe y sus riquezas se convierten en una fuente de ingresos para la corona; d. *El sistema demanial* en el que la propiedad de las minas se atribuye al Estado mediante la institución del dominio público que le da a éste una función de administración en beneficio de la colectividad. La regulación deja de ser de derecho privado y la explicación se traslada al campo del derecho administrativo, y; e. *La nacionalización* como sistema en el que se da un traspaso del sector privado al sector público de los recursos mineros y por ende también se torna pública su gestión.¹⁹

En el ordenamiento jurídico colombiano es la teoría de la naturaleza jurídica demanial la utilizada para explicar la propiedad de los yacimientos minerales, pues tal como se desprende de la Constitución Política y de la Ley 685 de 2001, El Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables,²⁰ entre ellos, los minerales de cualquier clase y ubicación, yacentes en el suelo o en el subsuelo y en cualquier estado físico natural.²¹ En otras palabras, nos encontramos ante verdaderos bienes de dominio público y por ello, tanto la investigación, como el aprovechamiento de los mismos, es asumido directamente por la Administración o cedido por ésta a los particulares de acuerdo con las condiciones que establece el código de minas.²²

Variadas razones ofrece el ordenamiento jurídico para justificar la asunción del sistema de dominio público:

¹⁹ Cfr. PARADA Ramón. Derecho Administrativo III. Bienes Públicos. Derecho Urbanístico. Barcelona, Marcial Pons, 2003. Pág. 236 y ss.

²⁰ Artículo 82 de la Constitución Política.

²¹ Artículo 5 de la Ley 685 de 2001.

²² DE ARCENEGUI, Isidro. "El Nuevo derecho de minas" En: Revista de Administración Pública No 78. Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública. 1990.

1. La libertad de configuración reconocida al legislador para el desarrollo de la norma constitucional con la limitante de no contrariarla, pues en su actividad está sometido al principio de jerarquía normativa que se desprende del modelo mismo de Estado social de Derecho. Las posibilidades de la ley se encuentran sometidas a dos restricciones: por una parte, un límite de carácter negativo en virtud del cual aunque pueda regular cualquier materia, incluso aquellas no establecidas dentro de la carta política, en virtud de la discrecionalidad que le es reconocida, debe respetar tanto el contenido dogmático como orgánico de la norma fundamental; de otra parte, un límite de carácter positivo consistente en la prohibición de desarrollar una institución o materia cuando la norma fundamental ya lo ha hecho con antelación. De tal forma, si la constitución ha decidido que los recursos naturales no renovables son de propiedad del Estado, mal podría el legislador determinar sobre los mismos una propiedad de carácter privado.²³

2. La competencia expresa atribuida al legislativo para que expida aquellas leyes de intervención necesarias a efectos de precisar los fines y alcances de la libertad económica.²⁴ Ejemplo de ello, el código de minas cuyos objetivos principales son *“fomentar la exploración técnica y la explotación de los recursos mineros de propiedad estatal y privada; estimular estas actividades en orden a satisfacer los requerimientos de la demanda interna y externa de los mismos y a que su aprovechamiento se realice de forma armónica con los principios y normas de explotación de los recursos naturales no renovables y del ambiente, dentro de un concepto integral de desarrollo sostenible y fortalecimiento económico y social del país”*.²⁵

3. El deber en cabeza del Estado de planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, garantizando su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. Se relaciona así el tema de los yacimientos minerales con otro título de intervención, “el derecho colectivo a un ambiente sano”²⁶, y con la competencia de dirección general de la economía, de la cual se desprende la posibilidad de intervenir en la explotación de los minerales con el fin de conseguir

²³ Artículo 150. 1 de la Constitución Política.

²⁴ Artículo 150.21 de la Constitución Política.

²⁵ Artículo 1 de la Ley 685 de 2001.

²⁶ Artículo 80 de la Constitución Política.

el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo.²⁷

4. El reconocimiento de los derechos de libertad de empresa y de iniciativa privada pero supeditados al bien común y conformados en su núcleo por una función social que les es inherente.²⁸

Vistas así las cosas, se puede concluir con la doctrina, que la posibilidad de participación de los particulares en la exploración, construcción y montaje, explotación, beneficio, transformación, transporte y promoción de los minerales se haya supeditada a la obtención previa de un título habilitante.²⁹ En el ordenamiento jurídico colombiano, la institución clásica mediante la cual se confiere el aprovechamiento de los recursos mineros es la concesión. Lo anterior teniendo en cuenta además que el artículo 6 del Código de Minas señala que la propiedad de los recursos naturales renovables es inalienable e imprescriptible, por lo cual la única forma de tener sobre los mismos un derecho de exploración y explotación es la obtención de uno de los títulos enumerados en el artículo 14. A su vez, este precepto señala que a partir de la vigencia de la ley 685 de 2001, únicamente se podrá constituir, declarar y probar el derecho de exploración y explotación de minas de propiedad estatal mediante *contrato de concesión minera*.

Se trata de un contrato de concesión de “*demanio público*”, perfectamente diferenciable del contrato de concesión de servicios y del contrato de concesión de obra pública³⁰. Las principales notas distintivas de este negocio jurídico se enumeran a continuación:

1. Es un negocio jurídico celebrado entre el Estado y un particular para efectuar a cuenta y riesgo de éste, las fases de exploración técnica, explotación económica, beneficio de los minerales y el cierre o abandono de los trabajos u obras correspondientes. Por ende, se trata de un acuerdo de voluntades y no de una manifestación unilateral de la voluntad, como puede ocurrir con algunos bienes de uso público.³¹

²⁷ Artículos 334 y 360 de la Constitución Política.

²⁸ Artículo 333 de la Constitución Política.

²⁹ Cfr. PARADA Ramón. Derecho Administrativo... *Ob. Cit.*

³⁰ Artículo 45 de la Ley 685 de 2001.

³¹ Ejemplo de ello lo ofrece la llamada licencia de ocupación del espacio público consagrada en el artículo 11 del decreto 564 de 2006: “*Licencia de intervención y ocupación del espacio público. Es la autorización previa para ocupar o para intervenir bienes de uso público incluidos en el espacio*

2. Este negocio jurídico se encuentra supeditado al principio de *temporalidad*, su duración en el derecho colombiano es por el término que solicite el proponente y hasta un máximo de 30 años, los cuales se cuentan desde la fecha de inscripción del contrato en el Registro Minero Nacional³².
3. La concesión minera no otorga al particular derecho de propiedad alguno, pero si *derechos de contenido patrimonial oponibles frente a terceros* y transmisibles de acuerdo con la ley³³. Ello se desprende del tenor literal del artículo 15 de la ley 685 de 2001, el cual preceptúa: *“El contrato de concesión y los demás títulos emanados del Estado de que trata el artículo anterior, no transfieren al beneficiario un derecho de propiedad de los minerales “in situ” sino el de establecer, en forma exclusiva y temporal dentro del área otorgada, la existencia de minerales en cantidad y calidad aprovechables, a apropiárselos mediante su extracción o captación y a gravar los predios de terceros con las servidumbres necesarias para el ejercicio eficiente de dichas actividades”*.³⁴(Subraya la Sala)
4. A diferencia de lo que ocurre con otros bienes de propiedad pública y con otros títulos habilitantes, la concesión minera no se soporta en el criterio de la *“Precariedad de los derechos otorgados”*,³⁵ esto tiene una implicación directa en la posibilidad de variación unilateral de las condiciones del negocio jurídico, en otras palabras, el llamado por la doctrina *ius variandi* de la Administración, se encuentra limitado.³⁶ En efecto, el código de minas establece que, salvo lo dispuesto para la declaratoria de caducidad, el

público, de conformidad con las normas urbanísticas adoptadas en el Plan de Ordenamiento Territorial, en los instrumentos que lo desarrollen y complementen y demás normatividad vigente”.

³² Artículo 70 de la Ley 685 de 2001.

³³ El artículo 22 contempla la posibilidad de ceder los derechos emanados de una concesión minera, siempre y cuando se haya dado aviso previo y escrito a la entidad concedente y ésta la haya aceptado. Por su parte, el artículo

³⁴ Adicionalmente el artículo 58 de la Ley 685 de 2001 dispone: *“Derechos que comprende la concesión: El contrato de concesión otorga al concesionario, en forma excluyente, la facultad de efectuar dentro de la zona concedida, los estudios, trabajos y obras necesarias para establecer la existencia de los minerales objeto de contrato y para explotarlos de acuerdo con los principios, reglas y criterios propios de las técnicas aceptadas por la geología y la ingeniería de minas. Comprende igualmente la facultad de instalar y construir dentro de dicha zona y fuera de ella, los equipos, servicios y obras que requiera el ejercicio eficiente de las servidumbres señaladas en este código”*. (Subraya la sala)

³⁵ Es el caso de las licencias de ocupación de Espacio público, las cuales no otorgan derecho alguno. El artículo 13 del decreto 564 de 2006 señala: *“Derechos sobre el espacio público. Las licencias de intervención y ocupación de espacio público sólo confiere a sus titulares el derecho sobre la ocupación o intervención sobre bienes de uso público. A partir de la expedición de la licencia, la autoridad competente podrá revocarla unilateralmente por motivos de interés general, previa intervención del titular.”* (Subraya la Sala).

³⁶ DE ARCENEGUI, Isidro. *“El Nuevo derecho de minas”... Ob. Cit.*

contrato de concesión no puede ser modificado, terminado o interpretado de forma unilateral por parte de la entidad concedente. Si surge un conflicto entre las partes que requiera cualquiera de las soluciones antes descritas, debe recurrirse al juez.³⁷

5. El contrato de concesión minera da nacimiento a unas obligaciones de carácter legal que son propias de este tipo de contratos; el contenido del negocio jurídico (tanto los derechos como obligaciones de cada una de las partes) se encuentra previamente establecido en el código de minas, por ende, los estudios, trabajos y obras a que por virtud de la concesión queda comprometido el concesionario, son los expresamente señalados en este cuerpo normativo; de hecho, el legislador prohíbe su modificación o adición por parte de las autoridades.³⁸ Este carácter se ve también reiterado por la categorización del contrato de concesión minera como un contrato de adhesión, puesto que su celebración no da lugar a prenegociar sus términos, condiciones y modalidades.³⁹
6. Como negocio jurídico típico de derecho administrativo, por expreso mandato de ley contiene cláusulas exorbitantes: la posibilidad de declarar la caducidad del contrato⁴⁰ y la reversión una vez éste ha finalizado⁴¹. De

³⁷ Artículo 51 de la Ley 685 de 2001.

³⁸ Artículo 47 de la Ley 685 de 2001: “*Los trabajos y obras.* Los Estudios, trabajos y obras a que por virtud de la concesión queda sometido el concesionario por causa del contrato, son los que expresamente se enumeran en este Código, No habrá lugar a modificarlos ni adicionarlos, ni agregar otros por disposición de las autoridades. Los reglamentos, resoluciones, circulares, documentos e instructivos que señalen o exijan trabajos, estudios y obras de carácter minero, distintas, adicionales o complementarias que hagan más gravosas sus obligaciones, carecerán de obligatoriedad alguna y los funcionarios que los ordenen se harán acreedores a sanción disciplinaria y serán responsables civilmente con su propio pecunio de los perjuicios que por este motivo irroguen a los interesados”.

³⁹ Artículo 49 de la Ley 685 de 2001: “*Contrato de Adhesión.* La concesión minera es un contrato de adhesión, en cuanto que, para celebrarse, no da lugar a prenegociar sus términos, condiciones y modalidades...”

⁴⁰ Artículo 112 de la Ley 685 de 2001: “*Caducidad.* El contrato podrá terminarse por la declaración de su caducidad, exclusivamente por las siguientes causas: a) La disolución de la persona jurídica, menos en los casos en que se produzca por fusión, por absorción; b) La incapacidad financiera que le impida cumplir con las obligaciones contractuales y que se presume si el concesionario se le ha abierto trámite de liquidación obligatoria de acuerdo con la ley; c) La no realización de los trabajos y obras dentro de los términos establecidos por este código o su suspensión no autorizada por más de seis meses continuos; d) El no pago oportuno y completo de las contraprestaciones económicas; e) El omitir el aviso previo a la autoridad para hacer la cesión del contrato; f) El no pago de las multas impuestas o la no reposición de la garantía que las respalda; g) El incumplimiento grave y reiterado de las regulaciones de orden técnico sobre la exploración y explotación mineras, de higiene, seguridad y laborales, o la revocación de las autorizaciones ambientales necesarias para sus trabajos y obras; h) La violación de las normas sobre zonas excluidas y restringidas por la minería; i) El incumplimiento grave y reiterado de cualquier otra de las obligaciones del contrato de concesión; j) Cuando se declare como procedencia de los minerales explotados un lugar diferente al de su extracción, provocando que las contraprestaciones económicas se destinen a un municipio diferente al de su origen. Lo anterior, sin perjuicio, de las

igual forma, se reconoce a la autoridad concedente la facultad de conminación mediante la imposición de multas en caso de presentarse alguna infracción de las obligaciones que recaen sobre el contratista.⁴²

De otro lado, la evidente intervención del Estado sobre el sector minero se ve reforzada con el reconocimiento en las autoridades administrativas de un verdadero poder de policía. En cabeza de la Administración pública se reconoce la capacidad de limitar o restringir el ejercicio de derechos individuales para asegurar condiciones de carácter colectivo. Si bien es cierto, que esta posibilidad de limitación, tal como ha señalado el juez constitucional, recae principalmente sobre el legislador, quien debe expedir las normas que considere necesarias para el mantenimiento del “orden público”, también es verdad que el poder de normación no se agota con la expedición de la ley sino que en muchas oportunidades es necesaria la presencia de la norma reglamentaria y de actos administrativos de carácter general como forma de asegurar la correcta aplicación y desarrollo de lo dispuesto por la rama legislativa. Esta realidad da origen a ámbitos especiales, en el caso que nos interesa, la existencia de un conjunto armónico de disposiciones que dan lugar a la denominada policía administrativa de minas.⁴³

3.2. El debido proceso como principio rector de los procedimientos de selección del contratista de concesión minera

En el escrito de contestación de la demanda se señala como argumento de defensa la inaplicabilidad de las disposiciones generales en materia de contratos estatales a la formulación y trámite de las propuestas de concesión minera, para

acciones legales que procedan en contra del concesionario y de los funcionarios públicos que con su conducta promuevan estos actos”.

⁴¹ Artículo 113 de la Ley 685 de 2001: “Reversión gratuita. En todos los casos de terminación del contrato, ocurrida en cualquier tiempo, operará reversión gratuita de bienes a favor del Estado circunscrita esta medida a los inmuebles e instalaciones fijas y permanentes, construidas y destinadas por el concesionario de forma exclusiva al transporte y embarque de los minerales provenientes del área comprendida en tal contrato y de aquellas que se encuentren incorporadas a los yacimientos y accesos y que no puedan retirarse sin detrimento del mismo (yacimiento) y de los frentes de trabajo. Esta reversión operará sólo en los casos en que las características y dimensiones de los mencionados bienes, a juicio de la autoridad minera, los hagan aptos como infraestructura destinada a un servicio público de transporte o embarque o darse uso de la comunidad.”

⁴² Artículo 115 de la Ley 685 de 2001.

⁴³ Corte Constitucional. Sentencia C – 063 de febrero 1 de 2005. M. P. Jaime Araujo Rentería.

fundamentar que en esta materia no rigen los principios de transparencia y selección objetiva consagrados en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

*“...Y no sintiendo ser lo anterior suficiente, el legislador prescribe además, que las disposiciones generales sobre contratos estatales, y las relativas a procedimientos precontractuales, **NO** serán aplicables a la formulación y trámite de las propuestas de concesión minera; ni a la suscripción, perfeccionamiento, validez, ejecución y terminación de ésta, salvo, las referentes a la capacidad legal, a que se refiere el artículo 17 del Código de Minas.”*

La Sala comparte parcialmente el razonamiento hecho, toda vez que el legislador optó en el artículo 53 de la Ley 685 de 2001, tratándose de concesión minera, por excluir de manera expresa la aplicación de las normas del Estatuto de contratación estatal, no sólo en cuanto a disposiciones específicas relacionadas con la formulación y trámite de las propuestas en la fase precontractual, la suscripción, perfeccionamiento, validez, ejecución y terminación del contrato, sino también en lo relacionado con los preceptos generales que precisamente contienen los principios que deben regir la selección de los contratistas. A esto se suma, que la posibilidad de aplicación supletoria se restringe a dos eventos concretos: la capacidad legal⁴⁴ y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades⁴⁵.

“Artículo 53. Leyes de contratación estatal. Las disposiciones generales sobre contratos y las relativas a procedimientos precontractuales, no serán aplicables a la formulación y trámite de las propuestas de concesión minera, ni a la suscripción, perfeccionamiento, validez, ejecución y terminación de ésta, salvo lo referente a la capacidad legal a que se refiere el artículo 17 del presente Código. En todas estas materia se estará a las disposiciones de este Código y a la de otros cuerpos de normas a las que el mismo haga remisión directa y expresa”. (Subraya la Sala).

Vistas así las cosas, todo pareciera indicar que los principios de transparencia y selección objetiva no son predicables del procedimiento previo de escogencia del concesionario minero; no obstante, si bien es cierto que la ley 80 de 1993 no es aplicable, también es verdad que los principios enunciados son verdaderos

⁴⁴ Artículo 17 de la Ley 685 de 2001: “Capacidad Legal. La capacidad legal para formular propuesta de concesión minera y para celebrar el correspondiente contrato, se regula por las disposiciones generales sobre contratación estatal...” (Subraya la Sala)

⁴⁵ Artículo 21 de la Ley 685 de 2001: “Inhabilidades o incompatibilidades. Serán causales de inhabilidad o incompatibilidad para formular propuestas o celebrar contratos de concesión minera las establecidas en la ley general sobre contratación estatal que fueren pertinentes y la especial contemplada en el artículo 163 de este Código”. (Subraya la Sala)

cánones de comportamiento dirigidos a las autoridades públicas, y dada esta cualidad deben ser tenidos en cuenta en el momento de aplicar, interpretar y crear el derecho (por ejemplo cuando se ejerce la potestad reglamentaria), pues su materialización en el ordenamiento jurídico colombiano no ha quedado circunscrita al legislador, se desprende directamente del texto constitucional, específicamente de las garantías que conforman el derecho fundamental al debido proceso y los principios que orientan el ejercicio de toda actuación administrativa.⁴⁶

En efecto, el artículo 29 de la Constitución Política señala que el debido proceso se aplica a todo proceso judicial y procedimiento administrativo, de tal forma que con independencia de que la actuación administrativa esté dirigida a la selección de un contratista de concesión minera, el conjunto de garantías comprendidos en la disposición constitucional son ineludibles para asegurar la validez de las decisiones asumidas por la autoridad. La razón de la extensión del debido proceso al ámbito de la administración no es otro distinto a propender por determinaciones en las que prevalezca el derecho sustancial objeto de debate⁴⁷.

El debido proceso es un derecho fundamental complejo⁴⁸ como quiera que en su contenido están comprendidas diferentes garantías tanto de orden procedimental como sustancial, por lo tanto no es unívoco y su objeto heterogéneo traslada al ámbito del derecho subjetivo algunos principios del obrar administrativo; así por ejemplo, y circunscribiendo el análisis de la Sala al caso objeto de estudio, los principios de publicidad e imparcialidad (relacionados directamente con la necesidad de que el procedimiento precontractual se ajuste a parámetros de transparencia y selección objetiva) consagrados en el artículo 209 de la Constitución se materializan en la posibilidad que tienen los administrados de exigir que todas las decisiones administrativas que afecten su situación jurídica sean motivadas y obedezcan al respeto de las formas del procedimiento previamente establecido⁴⁹.

⁴⁶ Adicionalmente estos principios encuentran una consagración expresa en el artículo 209 de la constitución: *“La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad...”* (Subraya la Sala)

⁴⁷ Cfr. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II. Acto administrativo. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 2003. Ver también: Corte Constitucional. Sentencia T – 496 de agosto 1 de 1992. M. P. Simón Rodríguez Rodríguez.

⁴⁸ Sobre el carácter complejo del derecho fundamental al debido proceso se puede consultar: Corte Constitucional. Sentencia T – 945 de septiembre 4 de 2001. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁴⁹ Tal como ha dicho el juez constitucional, la determinación de un procedimiento previo y el respeto por cada una de las fases en que éste se descompone guarda una relación directa y estrecha

Tratándose del procedimiento establecido en el Código de Minas, se garantiza el derecho al debido proceso cuando la autoridad administrativa atiende únicamente a la constatación de los requisitos exigidos por el legislador para el otorgamiento del contrato de concesión; adicionar exigencias o no tener alguna de ellas en cuenta conlleva ineludiblemente a una decisión contraria a derecho, pues el factor objetividad que debe caracterizar todo procedimiento selectivo se compromete, cuando la administración pasa de lo reglado a lo discrecional sin habilitación legal para ello. De igual manera, se vulnera la garantía referente a la necesidad de decidir de acuerdo con los parámetros previamente establecidos por la ley, y por ende la transparencia se ve comprometida, cuando quien decide puede alterar las “reglas del juego”.

Aunque parezca que lo expuesto hasta el momento sólo se predica de la administración en el plano de la aplicación de la norma jurídica, como se sostuvo líneas atrás, el respeto por el debido proceso también debe darse cuando se expiden normas de carácter reglamentario. Así las cosas, en el artículo 16 del Código de minas se establece que la primera solicitud o propuesta de contrato de concesión presentada otorga un derecho de prelación frente a otras solicitudes, de tal forma que si bien es cierto no confiere el derecho a la celebración del contrato, ésta debe darse si se reúnen los requisitos exigidos en el artículo 271. Por ende, la conformidad de la norma emanada del ejecutivo con la disposición contenida en el artículo 29 de la Constitución depende en todo momento de que las reglas establecidas por el legislador no sean alteradas, y de un desarrollo de la materia que sea acorde con los presupuestos procedimentales fijados por la ley.

La vulneración del principio de jerarquía normativa a través de la implementación de condicionamientos no exigidos por las normas legales para adquirir un derecho, no afecta solamente al principio de legalidad representado en el criterio de necesidad que debe caracterizar toda norma reglamentaria, también vulnera abiertamente el debido proceso pues al fijar el legislador de manera clara las “reglas de juego” no es posible al ejecutivo cambiarlas so pretexto de desarrollarlas. El cabal cumplimiento del procedimiento establecido en el código de minas para la selección del concesionario minero resulta fundamental para asegurar administraciones públicas transparentes y objetivas. En el caso que nos ocupa, el legislador decidió fijar directamente los criterios de selección siendo uno

con el principio de seguridad jurídica. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T – 195 de abril 6 de 1999. M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

de los más relevantes el orden de presentación de las propuestas. Por consiguiente, no es difícil concluir que se sustrajo de la norma administrativa la determinación de las condiciones necesarias para el otorgamiento del contrato de concesión y los derechos que del mismo se desprenden, toda vez que el precepto legal no deja duda alguna: si el primero en realizar la propuesta reúne las exigencias de ley, tiene derecho a ser quien celebra con la autoridad administrativa el negocio jurídico; nuevamente reitera la Sala que una interpretación contraria conlleva un cambio en las “reglas de juego” que rige la relación entre quienes presentan sus propuestas y la autoridad que se encarga de adjudicar el negocio jurídico.

Si el artículo 16 de la Ley 685 de 2001 otorga el derecho de prelación a la primera solicitud realizada, el decreto reglamentario y la resolución demandados incurren en una verdadera extralimitación al disponer que existe un empate entre dos o más propuestas que cumpliendo los requisitos exigidos en el artículo 271 sean presentadas dentro de un lapso de treinta minutos, contado a partir de la primera hora hábil de recepción de las mismas. Como puede observarse, se altera el criterio de selección determinado por el legislador, ya que no bastará con cumplir las exigencias requeridas por el Código de Minas pues aunque siendo el primero en elevar la propuesta a la autoridad, las posibilidades de celebrar el contrato de concesión minera se supeditan al resultado de un sorteo público u otro procedimiento que debe celebrarse dentro de los 15 días siguientes.

La existencia de empate implica indefectiblemente que dos o más individuos se encuentran dentro del proceso selectivo exactamente en el mismo supuesto fáctico exigido por la ley; circunstancia que viabiliza la determinación de criterios para establecer a quién corresponde el derecho reconocido. Por tanto, la posibilidad de que sea el reglamento el que fije una solución, se haya supeditada a la necesidad de no cambiar lo dispuesto por el legislador; en el caso que nos ocupa, se puede generar duda respecto a quién corresponde el derecho de prelación consagrado en el artículo 16 del Código de Minas si dos o más propuestas se presentaron en el mismo instante. Es cierto, tal como señala el demandado que dada la posibilidad de presentar la propuesta ante la autoridad competente o delegada, ante el notario o alcalde de la residencia del proponente o mediante correo certificado, se puede llegar a generar incertidumbre en lo que concierne al momento en el que las diferentes solicitudes fueron realizadas, no obstante, es precisamente el artículo 270 de la misma codificación el que da respuesta a esta dificultad: *“se tendrá como fecha de su presentación la de su*

recibo por la autoridad competente o comisionada, o la fecha y hora en que la empresa o correo certificado expida el recibo de envío.”

No es difícil entonces que la Sala concluya, que existe una clara contradicción entre las normas demandadas y el artículo 270 del Código de Minas, toda vez que es diáfano que el reglamento se aparta del supuesto traído por la ley para determinar cuál es la primera propuesta y por ende quién tiene el derecho de prelación; el legislador es claro al disponer que la determinación de quién fue el primero en el tiempo se realiza constatando el momento en que la solicitud fue recibida por la autoridad competente o por la empresa que preste el servicio de correo certificado; cuestión muy distinta a la consignada en las normas administrativas: la necesidad de otorgar el derecho de prelación mediante un procedimiento de sorteo público (por el sistema de balotas numeradas) a aquellos que hayan allegado sus propuestas dentro de un lapso de 30 minutos. El dispensar un trato igualitario a todas aquellas personas que participen en un procedimiento de carácter selectivo es otra manifestación más del principio del debido proceso, no sólo se trata de tomar decisiones sustentadas en exclusivos criterios de objetividad sino también de fijar *ab initio* requisitos y condiciones nítidas e incuestionables.

Por esta razón, el artículo 16 del Código de Minas consagra un verdadero criterio de selección que favorece a aquél que presente la primera solicitud o propuesta, porque como se desprende del significado de las palabras, que algo tenga prelación quiere decir que debe ser atendido de manera preferente respecto de algo con la que se compara, o lo que es igual, quien presenta la primera solicitud tiene una ventaja sobre los demás proponentes. De allí que, para la Sala resulta claro que las disposiciones acusadas van en contravía de lo dispuesto por el legislador, toda vez que la definición de empate en el decreto reglamentario y el procedimiento de desempate previsto en la resolución, pone en un plano de igualdad a quien hizo la primera solicitud con aquellos que hayan hecho las suyas con posterioridad; así, se cambia el sentido de la ley y se desnaturaliza el factor de escogencia por ésta previsto.

No existen dudas, entonces, que con la expedición del Decreto 1160 de 2006 y de la resolución 180986 del mismo año, se excedió la potestad reglamentaria, que en la materia le correspondía al Presidente de la República y al Ministro de Minas y Energía. De igual manera, el cargo sustentado en la vulneración del artículo 29 de la Constitución está llamado a prosperar por las razones antes explicitadas y

hacen innecesario que la Sala entre a pronunciarse sobre los demás cargos formulados.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Primero. DECLÁRASE la nulidad del Decreto 1160 de 2006 y de la resolución 180986 del mismo año, con fundamento en las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

ENRIQUE GIL BOTERO

Presidente

RUTH STELLA CORREA PALACIO

MIRIAM GUERRERO ESCOBAR