



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

Magistrado Ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

Bogotá D.C., diecinueve (19) de abril de dos mil veintitrés (2023)

Radicación número: 11001-03-26-000-2014-00017-00(49948)
Demandante: Luis Alfonso Arias García
Demandado: Agencia Nacional de Minería
Referencia: Medio de control de nulidad simple

Tema: Nulidad del inciso segundo del artículo 2 de la Resolución 396 de 2013 dictada por la Agencia Nacional de Minería, por medio de la cual se establece el procedimiento para la radicación de solicitudes mineras en ejercicio del derecho de prelación.

Subtema 1: Procedimiento para el ejercicio del derecho de prelación de grupos étnicos.

Subtema 2: Exceso de la potestad reglamentaria.

Subtema 3: Derecho de prelación de grupos indígenas y negros. Comunicación de propuestas. Plazo para el ejercicio del derecho de prelación.

SENTENCIA DE ÚNICA INSTANCIA

Procede la Sala, en sentencia de única instancia, a decidir el medio de control de nulidad simple promovido contra el inciso segundo del artículo 2 de la Resolución nro. 396 de 2013, expedida por el presidente de la Agencia Nacional de Minería, que establece el procedimiento de radicación de solicitudes mineras presentadas en ejercicio del derecho de prelación previsto a favor de grupos étnicos.

I. ANTECEDENTES

1.1. Demanda y concepto de violación

Luis Alfonso Arias, en nombre propio y en ejercicio del medio de control de nulidad simple previsto en el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -CPACA-, pretende la nulidad del inciso segundo del artículo 2 de la Resolución nro. 396 de 14 de junio de 2013, que reglamenta el ejercicio del derecho de prelación, así¹:

Artículo 2. Ejercicio de derecho de prelación. La Agencia Nacional de Minería, a través de la Vicepresidencia de Contratación y Titulación, previo estudio técnico y jurídico procederá a comunicar al Ministerio del Interior la existencia de solicitudes mineras en zonas de minería indígena, de comunidades negras o mixtas, con el fin de que se surta el trámite de notificación para hacer valer el derecho de preferencia previsto en el artículo 275 del Código de Minas.

Vencido el término de treinta (30) días para que los grupos indígenas y/o las comunidades negras hagan valer su derecho de preferencia, la Autoridad Minera, mediante comunicación escrita procederá a requerirlos para que en el término de un (1) mes contado a partir de la fecha de envío de la comunicación, radiquen su propuesta de contrato de concesión, so pena de entender desistido su derecho de prelación.

Parágrafo. La Autoridad Minera deberá agotar este procedimiento en el trámite de las solicitudes vigentes que, a la fecha de la publicación de la presente resolución, estén

¹ El aparte subrayado corresponde al texto demandado.



ubicadas total o parcialmente dentro de las zonas de minería indígena, de comunidades negras o mixtas, con el fin de garantizar el ejercicio del derecho de prelación de los grupos indígenas y/o las comunidades negras.

El actor aduce en el acápite de **hechos de la demanda**, que el Código de Minas (art. 275), al prever el procedimiento para el ejercicio del derecho de prelación, establece que las comunidades étnicas *"cuentan con un término de treinta (30) días contados a partir de la notificación que debe hacer el Ministerio del Interior 'para hacer valer su preferencia'"*. En ese orden, considera que la resolución *"está modificando dicho Código"*, pues *"amplía inexplicablemente el término en un mes para que los grupos étnicos puedan ejercer el derecho de prelación."*².

En el **concepto de violación**, el demandante afirma que el Gobierno Nacional, al expedir la resolución demandada por medio de la Agencia Nacional de Minería, fijó requisitos o términos adicionales a los establecidos en el Código de Minas, para que los grupos étnicos radiquen las propuestas de concesión, desconociendo las normas en que debía fundarse, *"por cuanto les da un alcance diferente al que realmente tienen, contradiciendo abiertamente su texto y espíritu"*.

El demandante expone que la Resolución 396 de 2013 desconoce lo previsto en los artículos 113, 121 y 150-2 de la Constitución Política, porque, de acuerdo con su contenido, la Rama legislativa es la única que tiene la atribución de expedir Códigos y reformar sus disposiciones. Por ende, la autoridad minera, al ejercer la potestad reglamentaria, no podía establecer plazos adicionales a los fijados por el legislador en el Código de Minas para el ejercicio del derecho de prelación. En armonía con lo anterior, aduce que la reglamentación demandada desconoce lo previsto en el artículo 84 Superior, dado que las autoridades públicas no pueden establecer requisitos adicionales a los que se encuentren reglamentados de manera general, y lo preceptuado en el artículo 4 de la codificación minera, pues *"los términos y condiciones"* establecidos en ese Código son *"los únicos exigibles a los interesados"*.

El actor sustenta lo anterior en el hecho de que la resolución demandada adiciona dos condiciones para el ejercicio del derecho de preferencia, que no están previstas en el artículo 275 del Código de Minas, como lo son: i) la realización de un requerimiento a los grupos étnicos por parte de la autoridad minera y, ii) la radicación de una propuesta de contrato de concesión por parte de la comunidad indígena o negra, en el plazo de un mes contado a partir de la comunicación, *"so pena de entender desistido su derecho de prelación"*.

A juicio del actor, tal circunstancia, además, *"contradice abiertamente lo preceptuado en el artículo 276 del Código de Minas"*, porque la autoridad minera no podrá definir las oposiciones y definir las áreas superpuestas con motivo del ejercicio del derecho de prelación durante los treinta días siguientes a la comunicación que debe realizar el Ministerio del Interior, en atención a que la resolución demandada adiciona un plazo idéntico para una segunda comunicación a cargo de la Agencia Nacional de Minería.

Concluyó que los requisitos adicionales que prevé la resolución demandada, relativos al procedimiento para el ejercicio del derecho de prelación de los grupos étnicos frente a propuestas de contratos de concesión de yacimientos ubicados en sus territorios, *"vulnera al artículo 84 de la Constitución Política que expresamente prohíbe a las autoridades administrativas establecer requisitos adicionales a los"*

² Folio 6 del c. 1.



establecidos en la ley, para adelantar actividades reglamentadas (como lo es la propuesta del contrato de concesión)³.

Por último, el demandante precisó que, si bien la Agencia Nacional de Minería no cumplió el deber de publicación previsto en el artículo 65 del CPACA, tal falencia genera *“su inoponibilidad frente a los administrados (...), [pero] no impide que la misma pueda ser demandada ante lo contencioso administrativo”*.

1.2. Solicitud de suspensión provisional

En el mismo escrito de demanda, el actor solicitó la suspensión provisional del inciso segundo del artículo 2 de la Resolución 396 de 2013, bajo la consideración de que *“viola de manera contundente y evidente la Constitución Política”*, primero, porque la facultad para expedir códigos y reformar sus disposiciones es exclusiva del Congreso de la República; segundo, debido a que las autoridades públicas, en este caso la Agencia Nacional de Minería, no pueden exigir requisitos adicionales a los establecidos en la ley; y, tercero, porque la facultad reglamentaria del Gobierno Nacional se circunscribe a la expedición de decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la ejecución de las leyes, no para su modificación.

2. Trámite procesal relevante

El magistrado sustanciador, por medio de auto expedido el 17 de septiembre de 2014, **admitió la demanda**, después de verificar que el actor aportó la copia de los anexos solicitados en la providencia de inadmisión⁴.

Por auto de 16 de diciembre de 2014, el Despacho **negó la solicitud de suspensión provisional** de la norma demandada, con el argumento de que no resultaba evidente la contradicción con normas superiores, pues no mostraba, per se, la modificación del artículo 275 del Código de Minas⁵. La decisión anterior fue **revocada al resolver el recurso de reposición**, por auto de 17 de junio de 2015, bajo la consideración de que la norma demandada mostraba un exceso de la potestad reglamentaria del ejecutivo, al adicionar un mes al plazo que tienen las comunidades étnicas para presentar la propuesta de contrato de concesión y establecer *“un procedimiento consistente en el requerimiento que debe realizar la autoridad minera, mediante comunicación escrita, al grupo étnico”*⁶. Esta Subsección, por medio de auto de 9 de septiembre de 2015, **resolvió el recurso de súplica** interpuesto por la Agencia Nacional de Minería, en el sentido de **confirmar la suspensión provisional** del inciso segundo del artículo 2 de la Resolución nro. 396 de 14 de junio de 2013, *“por cuanto una revisión prima fase basta para corroborar que el contenido normativo del aparte demandado pugna con el ordenamiento jurídico superior”*⁷.

El presidente de la **Agencia Nacional de Minería**, por medio de apoderado judicial, presentó escrito de **contestación de la demanda**, en el que se opuso a las pretensiones de nulidad, con el argumento de que ese organismo, como autoridad minera, tiene competencia para fijar *“imperativos legales que deben ser acatados en toda su extensión”*. Preciso que el plazo previsto en el Código de Minas hace referencia al ejercicio del derecho de prevalencia, *“el cual permanece inalterado”*,

³ Folio 15 del c. ppal.

⁴ Folio 86, 184 y 191 del c. ppal.

⁵ Folio 30 del c. anexo.

⁶ Folio 51 del c. anexo.

⁷ Folio 75 del c. anexo.



mientras que el término fijado en la resolución es el que tienen los grupos étnicos "para radicar la propuesta de contrato de concesión". A su juicio,

"el plazo adicional concedido por la Resolución es para que, una vez ejercido el derecho, radiquen su propuesta de contrato de concesión, so pena de que se entienda desistido su derecho. La disposición atacada no tiene otra finalidad distinta a dar claridad a lo señalado por el Legislador en la Ley 685 de 2001 en beneficio de los grupos étnicos, los proponentes y, más importante aún, de la misma industria minera, entendida esta última como de interés público". Así, el término adicional de treinta días fijado en la norma demandada lo que pretende es que se materialice el derecho de prelación de los grupos étnicos, pues "el plazo no puede quedarse indefinidamente en el tiempo"⁸.

El Despacho sustanciador, por auto de 16 de octubre de 2020, dio por **contestada la demanda**, tuvo como **pruebas** los documentos allegados por las partes y adecuó el trámite del proceso para dictar **sentencia anticipada**⁹. El 28 de mayo de 2021 se corrió traslado a las partes para que presentaran **alegatos de conclusión** y al Ministerio Público para que rindiera concepto¹⁰. El demandante reiteró las causales de nulidad que le imputa a la norma demandada expuestas en el concepto de violación, relacionadas con el exceso de la potestad reglamentaria y violación directa de la Constitución Política¹¹. Por su parte, el apoderado de la Agencia Nacional de Minería insistió en que la resolución demandada no modifica el plazo establecido en el Código de Minas para que los grupos étnicos hagan valer su derecho de prelación, lo que hace es fijar un "plazo adicional [...] para que, una vez ejercido el derecho, radiquen su propuesta de contrato de concesión"¹²⁻¹³.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Competencia y procedencia del medio de control

La Subsección es **competente** para el conocimiento del presente asunto conforme a lo previsto en el artículo 147.1 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en atención a que la resolución demandada fue expedida por una autoridad del orden nacional como es el caso de la Agencia Nacional de Minería¹⁴; además de lo preceptuado en los artículos 14 A y B del Reglamento Interno del Consejo de Estado¹⁵, conforme a los cuales las Subsecciones de la Sección Tercera deciden los procesos a su cargo en forma autónoma, entre ellos, los de simple nulidad contra actos administrativos que versan sobre asuntos mineros (art. 13).

En lo relativo a la **procedencia de la acción de nulidad simple**, cuyo ejercicio está al alcance de toda persona, la Sala observa que en este caso el señor Luis Alfonso

⁸ Folio 197 del c. ppal.

⁹ Folio 221 del c. ppal.

¹⁰ Índice 56 de expediente electrónico.

¹¹ Índice 59 de expediente electrónico.

¹² Índice 60 de Samai.

¹³ El índice 62 del expediente electrónico informa sobre la remisión de un concepto por parte del Procurador Delegado ante el Consejo de Estado. Sin embargo, el documento remitido el 29 de julio de 2021 por el Procurador para la Conciliación Administrativa, Dr. Luis Ramiro Escañón Hernández, corresponde al expediente de reparación directa identificado con el nro. Interno 64038, en el que consta el mismo documento, motivo por el cual se entiende que en el presente asunto no obra informe del Ministerio Público.

¹⁴ Conforme al artículo 1º del Decreto 4134 de 2011, la Agencia Nacional de Minería ANM, es una agencia estatal de naturaleza especial, del sector descentralizado de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, técnica y financiera, adscrita al Ministerio de Minas y Energía.

¹⁵ Acuerdo 58 de 1999, modificado por el artículo 1º del Acuerdo 55 de 2003 y adicionado por el Acuerdo 140 de 2010.



Arias actuó en nombre propio, en ejercicio del medio de control previsto en el artículo 137 del CPACA, para solicitar la nulidad del inciso segundo del artículo 2 de la Resolución nro. 396 de 2013, petición que puede ser incoada en cualquier tiempo de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 164-1 ídem. En ese orden, el mecanismo resulta procedente, pues se trata de una **acción pública que puede ser ejercida por cualquier persona, no tiene término de caducidad y no requiere de abogado**. Ahora, en atención a que el acto administrativo demandado por medio del cual se *“establece el procedimiento para la radicación de solicitudes mineras en ejercicio del derecho de prelación”*, fue expedido por la Agencia Nacional de Minería a través de su representante -presidente-, es ese organismo el **legitimado para la causa por pasiva**.

3.2. Naturaleza de la resolución demandada y alcance del análisis de legalidad en este asunto

3.2.1. La Resolución nro. 396 de 14 de junio de 2013 fue expedida por el presidente de la Agencia Nacional de Minería, conforme a las facultades legales previstas en el artículo 317 del Código de Minas, que trata sobre las competencias de la autoridad minera, y en lo previsto por el Decreto 4134 de 2011, que creó la agencia demandada, así como en la Resolución 484 de 2012, que modificó la fecha de inicio de radicación de propuestas de contratos de concesión minera para el 2 de julio de 2013.

Dentro de ese ámbito competencial, el presidente de la Agencia Nacional de Minería estableció *“el procedimiento para la radicación de solicitudes mineras en ejercicio del derecho de prelación consagrado en los artículos 124 y 133 del Código de Minas”*, estatuido a favor de las comunidades indígenas y negras frente a propuestas de concesión de yacimientos que se encuentren en su territorio, previa comunicación de la propuesta en los términos del artículo 275 del Código de Minas, así:

“Artículo 2. Ejercicio de derecho de prelación. (...) Vencido el término de treinta (30) días para que los grupos indígenas y/o las comunidades negras hagan valer su derecho de preferencia, la Autoridad Minera, mediante comunicación escrita procederá a requerirlos para que en el término de un (1) mes contado a partir de la fecha de envío de la comunicación, radiquen su propuesta de contrato de concesión, so pena de entender desistido su derecho de prelación”.

El término de 30 días al que hace referencia la norma demandada, se encuentra previsto en el artículo 275 del Código de Minas, que establece el deber de comunicar a las comunidades indígenas y negras las propuestas de concesión de particulares, con el propósito de que hagan valer el derecho de preferencia que les asiste para la exploración y explotación de yacimientos ubicados en sus territorios, delimitados como zonas mineras¹⁶.

De acuerdo con los artículos 124 y 133 del Código de Minas —contenido en la Ley 685 de 2001—, el derecho de prelación previsto a favor de los grupos étnicos hace

¹⁶ Código de Minas, artículo 122. *Zonas Mineras Indígenas*. La autoridad minera señalará y delimitará, con base en estudios técnicos y sociales, dentro de los territorios indígenas, zonas mineras indígenas en las cuales la exploración y explotación del suelo y subsuelo mineros deberán ajustarse a las disposiciones especiales del presente Capítulo sobre protección y participación de las comunidades y grupos indígenas asentados en dichos territorios. (...)

Artículo 123. *Territorio y Comunidad Indígenas*. Para los efectos previstos en el artículo anterior, se entienden por territorios indígenas las áreas poseídas en forma regular y permanente por una comunidad, parcialidad o grupo indígena de conformidad con lo dispuesto en la Ley 21 de 1991 y demás leyes que la modifiquen, amplíen o sustituyan.



referencia a la posibilidad que tienen *“para que la autoridad minera les otorgue concesión sobre los yacimientos y depósitos mineros ubicados en una zona minera indígena” o “zona minera de comunidad negra”*, que podrá comprender uno o varios minerales, bajo el entendido de que constituye una prerrogativa diferente a la que envuelve el derecho de consulta, conforme al cual *“las decisiones que afecten directa e intensamente sus derechos sólo se implementan en el caso de obtener el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades”*¹⁷.

Así, el derecho de prelación se circunscribe, exclusivamente, a la posibilidad que tienen las comunidades indígenas y negras de optar, preferentemente, por el otorgamiento de una concesión minera de yacimientos ubicados en sus territorios, en virtud de la condición de sujetos de especial protección constitucional que les confiere, entre otros derechos, el de propiedad colectiva o territorio colectivo que tiene carácter imprescriptible, inalienable e inembargable¹⁸. En ese orden, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha considerado que el ejercicio de la prelación *“no constituye justificación alguna para omitir la aplicación del derecho fundamental a la consulta previa y al consentimiento libre, previo e informado, cuando la afectación sea intensa por el desplazamiento de una comunidad, por amenaza de extinción física o cultural, o por el uso de materiales peligrosos en sus tierras y territorios”*¹⁹.

Aclarado el alcance del derecho de prelación al que se refiere la norma demandada, en cuanto establece el procedimiento para la radicación de solicitudes mineras presentadas en ejercicio de tal prerrogativa, resulta claro que la disposición demandada forma parte de un **acto de carácter general o reglamentario**, dado que contiene una declaración de voluntad expresada de un organismo estatal, como lo es la Agencia Nacional de Minería, expedido en ejercicio de funciones administrativas, en específico, la relacionada con la administración de los recursos mineros prevista en el artículo 317 del Código de Minas, encaminado a producir efectos jurídicos frente a una situación general, impersonal y abstracta, por ende, susceptible del medio de control de nulidad.

3.2.2. Ahora bien, es del caso precisar que la Resolución 396 de 14 de junio de 2013, demandada en este contencioso, fue modificada posteriormente por la Agencia Nacional de Minería a través de la Resolución nro. 79 de 29 de enero de 2014, en lo relativo al plazo para el ejercicio del derecho de prelación de los grupos étnicos, en el sentido de prever que, una vez el Ministerio del Interior les notificara las propuestas de concesión mineras, previo estudio técnico, económico y jurídico realizado por la Agencia Nacional de Minería, la comunidad indígena o negra ubicada en el área *“superpuesta”*, contaba con 30 días *“para hacer valer su preferencia, manifestando si se encuentra interesada en presentar una propuesta”* y, de ser así, tenían un término adicional de seis meses para presentarla, contados desde la *“radicación de la comunicación mediante la cual ejerce el derecho de prelación”*.

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia C-389 de 27 de julio de 2016, que declaró exequible los artículos 275 del Código de Minas, por los cargos analizados, y 124 y 133 *ejusdem*, bajo el entendido de que el derecho de prelación por parte de las comunidades étnicas no constituye justificación para omitir la aplicación del derecho fundamental a la consulta previa.

¹⁸ Constitución Política, artículo 63. *“Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables.”* En armonía con los artículos 329 y ss., relativos a la conformación de territorios indígenas y 333, sobre libertad de la actividad económica.

¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-389 de 27 de julio de 2016, Magistrada Ponente Dra. María Victoria Calle Correa.



La modificación referida fue declarada nula por esta Corporación, bajo la consideración de que al fijar un requisito y un plazo adicional al legal para que las comunidades étnicas ejercieran el derecho de prelación excedió la potestad reglamentaria, dado que la autoridad minera no puede interpretar su propio estatuto, *“en el sentido en que termine abrogándose competencias para ampliar o restringir los términos y condiciones de los derechos de prelación que fija el Código de Minas o para modificar el procedimiento de la ley en el caso de las zonas mineras superpuestas”*²⁰.

Conforme a la jurisprudencia de esta Corporación, la declaración de nulidad de un acto general tiene consecuencias *ex tunc*, esto es, que afecta su validez desde la expedición del acto general, pero *“no afectan las situaciones jurídicas consolidadas, entendiéndose por tales las creadas, modificadas o extinguidas por un acto particular y concreto que no puede ser objeto de revisión, ni en sede administrativa ni en sede judicial, ya sea porque fueron objeto de decisiones judiciales con efecto de cosa juzgada, o bien porque ya vencieron los términos para el ejercicio de los recursos ordinarios o de los medios de control judicial”*^{21,22}.

Lo expuesto permite concluir que, en atención a que la modificación de la Resolución 396 de 14 de junio de 2013 fue declarada nula por esta Corporación en sentencia del 14 de marzo de 2018²³, con las consecuencias jurídicas antes referidas, la decisión del análisis de legalidad de los apartes de la norma hoy demandada se extiende desde el momento de su expedición, hasta el momento en que cobró ejecutoria la providencia que confirmó la suspensión provisional de sus efectos, expedida por esta Subsección el 9 de septiembre de 2015.

Por último, viene oportuno aclarar que el deber de publicación²⁴ al que hizo referencia el demandante en el concepto de violación de la resolución cuestionada, tiene que ver con la *“vigencia y oponibilidad”*²⁵ del acto administrativo, que se enmarca como un presupuesto de eficacia, no de validez, dado que se trata de una circunstancia posterior a la formación de la decisión de la administración. Por ende, la ausencia o irregularidad de ese requisito no es óbice para cuestionar la legalidad del acto a través del ejercicio de la acción de nulidad simple²⁶, tal como lo aclaró el demandante al formular los cargos de nulidad. En todo caso, la Sala observa que el requisito de publicación que echa de menos el actor sí se cumplió, pues se encuentra demostrado con la copia del Diario Oficial nro. 49.085, que la resolución 396 de 2013, expedida por la Agencia Nacional de Minería, fue incluida en esa publicación oficial el 7 de marzo de 2014²⁷.

²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 14 de marzo de 2018, expediente 51754.

²¹ Al respecto ver las sentencias: CONSEJO DE ESTADO, SECCION CUARTA Sentencias de 5 de mayo de 2003. Expediente 12248 y de 22 de septiembre de 2004. Expediente 13645- Sentencia de 23 de noviembre de 2005, Radicación número: 05001-23-31-000-2001-03886-01(14715) veintisiete (27) de octubre de dos mil cinco (2005) Radicación número: 08001-23- 31-000-2001-02351-01(14979)

²² Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia AC-2019-00171-00 de 14 de febrero de 2019. En Igual sentido, ver sentencias de 21 de mayo de 2009, expediente 2003-00119. M.P. Rafael Ostau de Lafont P. y de 8 de julio de 2010, expediente 2002-00956, M.P. María Claudia Rojas L.

²³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 14 de marzo de 2018, expediente 51754

²⁴ CPACA, artículo 65. *“Deber de publicación de los actos administrativos de carácter general. Los actos administrativos de carácter general no serán obligatorios mientras no hayan sido publicados en el Diario Oficial o en las gacetas territoriales, según el caso.”*

²⁵ Ley 489 de 1998, artículo 119. *Publicación en el Diario Oficial. A partir de la vigencia de la presente Ley, todos los siguientes actos deberán publicarse en el Diario Oficial (...) PARÁGRAFO. Únicamente con la publicación que de los actos administrativos de carácter general se haga en el Diario Oficial, se cumple con el requisito de publicidad para efectos de su vigencia y oponibilidad.*

²⁶ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 11 de junio de 2021, expediente 2012-00804-02. Sección Segunda, sentencia de 10 de octubre de 2019, expediente 2016-00988-00(4469-16). Sección Cuarta, sentencia de 18 de octubre de 2017, expediente 2011-01520-01(21315).

²⁷ Folio 208 del c. ppal.



3.3. Análisis del cargo de nulidad por exceso de la potestad reglamentaria de la Agencia Nacional de Minería

De acuerdo con lo aducido por el demandante como sustento de las pretensiones, la Sala procederá a dar respuesta al siguiente problema jurídico:

Al fijar un procedimiento para la radicación de solicitudes de minería en ejercicio del derecho de prelación ¿la Agencia Nacional de Minería modificó el Código de Minas y, consecuentemente, violó la normativa superior?

Para dar respuesta al anterior interrogante, la Sala procede a confrontar el procedimiento establecido en el inciso segundo de la resolución demandada, relativo a la "radicación de solicitudes mineras", con el trámite de comunicación de propuestas en ejercicio del derecho de prelación de las comunidades étnicas, previsto en el Código de Minas, con el propósito de establecer si la Agencia Nacional de Minería excedió la potestad reglamentaria.

Código de Minas Ley 685 de 2001	Agencia Nacional de Minería Resolución nro. 396 de 14 de junio de 2013
<p style="text-align: center;"><i>Titulo Séptimo Aspectos Procedimentales Capitulo XXV Normas de procedimiento</i></p> <p>(...)</p> <p>Artículo 275. Comunicación de la propuesta. Si la propuesta no ha sido objetada por la autoridad minera, en un término que no supere los quince (15) días contados a partir de la presentación de la misma, dentro de los cinco (5) días siguientes, se comunicará, por intermedio del Ministerio del Interior, a los representantes de los grupos étnicos ocupantes del área. La comunicación a los grupos étnicos tendrá por objeto notificarlos con el fin de que comparezcan para hacer valer su preferencia en el término de treinta (30) días contados a partir de la notificación, si el área estuviere ubicada en zonas mineras indígenas, de comunidades negras o mixtas.</p>	<p>Por medio del cual se establece el procedimiento para la radicación de solicitudes mineras en ejercicio del derecho de prelación consagrado en ellos artículos 124 y 133 del Código de Minas</p> <p>(...)</p> <p>Artículo 2. Ejercicio de derecho de prelación. La Agencia Nacional de Minería, a través de la Vicepresidencia de Contratación y Titulación, previo estudio técnico y jurídico procederá a comunicar al Ministerio del Interior la existencia de solicitudes mineras en zonas de minería indígena, de comunidades negras o mixtas, con el fin de que se surta el trámite de notificación para hacer valer el derecho de preferencia previsto en el artículo 275 del Código de Minas.</p> <p><u>Vencido el término de treinta (30) días para que los grupos indígenas y/o las comunidades negras hagan valer su derecho de preferencia, la Autoridad Minera, mediante comunicación escrita procederá a requerirlos para que en el término de un (1) mes contado a partir de la fecha de envío de la comunicación, radiquen su propuesta de contrato de concesión, so pena de entender desistido su derecho de prelación*.</u></p> <p>Parágrafo. La Autoridad Minera deberá agotar este procedimiento en el trámite de las solicitudes vigentes que, a la fecha de la publicación de la presente resolución, estén ubicadas total o parcialmente dentro de las zonas de minería indígena, de comunidades negras o mixtas, con el fin de garantizar el ejercicio del derecho de prelación de los grupos indígenas y/o las comunidades negras.</p>

*El Aparte subrayado corresponde al demandado en este contencioso.

El cotejo inicial de la norma demandada con el contenido de la ley reglamentada muestra, sin duda, que desde la expedición del Código de Minas el legislador



estableció el procedimiento para la efectividad del derecho de prelación de los grupos indígenas y comunidades negras, entendido como la posibilidad que tienen tales comunidades de que la autoridad minera "les otorgue concesión" de los yacimientos ubicados en territorios colectivos, de manera preferente a los ofrecimientos de exploración y explotación presentados por particulares sobre áreas que se superponen total o parcialmente con zonas de minería indígena o negra, dado que previó, en forma expresa, el deber de comunicar al grupo étnico, por medio del Ministerio del Interior, la existencia de la propuesta del particular, con el propósito de que "comparezcan para hacer valer su preferencia" en el término de 30 días contados a partir de la notificación.

Lo anterior porque, de acuerdo con el contenido del artículo 275 del Código de Minas, la efectividad del derecho de prelación se logra, en principio, con la comunicación de la propuesta a las comunidades indígenas o negras; diligencia en la que intervienen, primero, la Agencia Nacional de Minería en su rol de autoridad encargada del estudio de las propuestas de concesión minera y de la formulación de objeciones²⁸, y, segundo, el Ministerio del Interior, encargado de formular y hacer seguimiento a la política de los grupos étnicos para la materialización de sus derechos²⁹. A partir del ejercicio de tales competencias correlativas, se entiende que, para el momento en que se realiza la comunicación, la autoridad minera ha realizado un estudio preliminar de la propuesta de concesión, que se pone en conocimiento de la comunidad étnica a través del Ministerio del Interior, para que, en un plazo de 30 días, exprese el interés en la explotación del yacimiento ubicado en su territorio en ejercicio del derecho de preferencia.

La comunicación de la propuesta a los grupos étnicos como garantía del derecho de prelación se infiere del contenido de los artículos 124 y 133 del Código Minero, conforme a los cuales dichas comunidades tienen la posibilidad de que la autoridad minera "les otorgue concesión sobre los yacimientos y depósitos mineros" ubicados en sus territorios, pues a partir del conocimiento de las propuestas las comunidades indígenas o afrocolombianas, primero, se enteran del interés de explotación de minerales en áreas que se superponen con zonas de minería indígena o negra y, segundo, pueden "hacer valer su derecho de prelación", acudiendo a la oportunidad cierta de lograr el otorgamiento de la concesión.

Así, es válido afirmar que, para "hacer valer" el derecho de prelación previsto en el Código de Minas, entendido como la preferencia para lograr el otorgamiento de la concesión para la explotación de yacimientos mineros ubicados en zonas mineras indígenas o negras, resulta necesario que la comunidad étnica notificada de la propuesta del particular, surta el procedimiento previsto en el artículo 275 del código minero, esto es, que comparezca en el término de treinta días contados a partir de la notificación realizada por intermedio del Ministerio del Interior, con una manifestación expresa del interés que le asiste "para que la autoridad minera les otorgue concesión".

²⁸ Código de Minas, artículo 273. *Objeciones a la propuesta. La propuesta se podrá corregir o adicionar, por una sola vez, por la autoridad minera, si no puede identificarse al proponente, no se puede localizar el área o trayecto pedido, no se ajusta a los términos de referencia o guías o no se acompaña de los permisos previos en los casos señalados en el artículo 34 de este Código, cuando dicha área o trayecto estuvieren ubicados en los lugares o zonas mencionados en dicha disposición. El término para corregir o subsanar la propuesta será de hasta treinta (30) días y la autoridad minera contará con un plazo de treinta (30) días para resolver definitivamente. Una vez corregida la propuesta, cuando fuere el caso, se procederá a la determinación del área libre de superposiciones con propuestas anteriores o títulos vigentes.*

²⁹ Decreto 2893 de 2011, artículo 2-10.



Ahora, en atención a que la preferencia se aplica frente a las propuestas de contratos de concesión presentadas por particulares sobre yacimientos ubicados en territorios ocupados por grupos indígenas o afrocolombianos, el artículo 276 del estatuto minero, en armonía con lo establecido en el artículo 275 *ejusdem*, prevé que la autoridad minera, después de vencido el plazo de 30 días que tienen los grupos étnicos para hacer valer su preferencia, debe resolver las oposiciones y superposiciones presentadas, bien con la restricción del área a la zona libre de superposición, bien con el archivo de la solicitud cuando la trasposición es total.

El deber que tiene la Agencia Nacional de Minería de decidir la propuesta y definir el área susceptible de concesión, inmediatamente después de vencido el término para que los grupos étnicos ejerzan el derecho de prelación, a través de la manifestación expresa de su interés, descarta, implícitamente, la necesidad de fijar un plazo adicional a la comunidad negra o indígena para que *"radique su propuesta de contrato, so pena de que se entienda desistido"*; pues ello no sólo implica la prórroga del término legal previsto para resolver la propuesta, sino también la renuncia o abandono del derecho preferencial, al tanto que crea un desistimiento tácito no previsto en el Estatuto Minero que, claramente, desconoce el derecho de prelación de los grupos étnicos.

Las normas legales analizadas muestran que el legislador estableció en forma clara y precisa el procedimiento para hacer valer el derecho de prelación establecido a favor de las comunidades indígenas y negras, previendo una etapa de comunicación de la propuesta de concesión, otra de ejercicio de la preferencia a través de una manifestación expresa y, por último, una de solución de oposiciones y definición de áreas de superposición que, en los eventos en los que el grupo étnico materializa el derecho de preferencia, da lugar a la restricción o archivo de la solicitud.

Así, queda desvirtuado el argumento expuesto por la autoridad minera para defender la legalidad del aparte demandado, bajo el entendido de que el plazo de treinta (30) días de que trata el artículo 275 de la codificación minera hace referencia *"única y exclusivamente al término concedido a estos grupos étnicos para comunicar a la Autoridad Minera el deseo de ejercer su derecho de preferencia"* sin prever un término para la presentación de la propuesta, pues resulta claro que la manifestación expresa de las comunidades interesadas es suficiente para entender ejercido el derecho de preferencia frente a la propuesta de concesión inicial que, como quedó expuesto, debe ser resuelta vencido el plazo previsto en el artículo 276 *ejusdem*.

En ese orden, resulta válido concluir que la Agencia Nacional de Minería, al fijar un término de un mes contado a partir de la comunicación para que los grupos étnicos *"radiquen su propuesta de contrato de concesión, so pena de entender desistido su derecho de prelación"*, adicional al plazo de treinta días previsto en el artículo 275 del Código de Minas para que estas comunidades comparezcan para *"hacer valer su preferencia"*, violó la normativa superior, en tanto introdujo aspectos que no se desprenden de manera natural y lógica de sus disposiciones por las siguientes razones:

De un lado, porque tal acto supuso una modificación o reforma de las disposiciones establecidas en la mencionada codificación sobre el término para el ejercicio efectivo del derecho de prelación, instituido a favor de las comunidades indígenas y afrocolombianas. De otro lado, porque infringe el principio estatuido en el artículo 4 del Código de Minas, según el cual *"los requisitos, formalidades, documentos y pruebas (...) para la presentación, el trámite y resolución de los negocios minero"*,



así como “los términos y condiciones” establecidos en tal codificación son *los únicos exigibles a los interesados*”; preceptiva que esa normativa armoniza con el artículo 84 de la Constitución Política, en el sentido de que *ninguna autoridad podrá establecer ni exigir, permisos, licencias o requisitos adicionales para la procedencia de las propuestas o para la expedición, perfeccionamiento y ejercicio del título minero, sin perjuicio de la competencia de la autoridad ambiental*”.

Por lo expuesto, la Sala decretará la nulidad del inciso segundo del artículo 2 de la Resolución 396 de 14 de junio de 2013, expedida por la Agencia Nacional de Minería, *“por medio de la cual establece el procedimiento para la radicación de solicitudes mineras en ejercicio del derecho de prelación”*.

3.7. Costas

De conformidad con lo previsto en el artículo 188 del CPACA³⁰, no hay lugar a la imposición de costas en el presente caso, por tratarse de un asunto que involucra un interés general, como es la defensa de la legalidad, dado que las pretensiones se refirieron a la nulidad simple de las disposiciones reglamentarias contenidas en un acto administrativo de carácter general, expedido por la Agencia Nacional de Minería.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: DECLARÁRASE LA NULIDAD del inciso segundo de la Resolución número 396 de 14 de junio de 2013, expedida por la Agencia Nacional de Minería, *“por medio de la cual establece el procedimiento para la radicación de solicitudes mineras en ejercicio del derecho de prelación”*, por exceso de la facultad reglamentaria.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

Cópiese, Notifíquese, Cúmplase


NICOLÁS YEPES CORRALES
Presidente


JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS
Magistrado


GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Magistrado

³⁰ Artículo 188. Condena en costas. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil” (la negrilla no es del texto).