

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

Consejero Ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA Bogotá D.C., veintiséis (26) de febrero de dos mil dieciséis (2016)

Radicación: 11001-03-26-000-2015-00174-00 (55953)

Actor: CERRO MATOSO S.A.

Demandado: AGENCIA NACIONAL DE MINERÍA – ANM

Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede el Despacho a pronunciarse sobre una solicitud de medidas cautelares deprecada por la parte demandante.

ANTECEDENTES

1.- En escrito del 17 de noviembre de 2015 la Sociedad Cerro Matoso S.A¹. solicitó, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, se declarara la nulidad de la Resolución No. 293 de 15 de mayo de 2015² “por la cual se establecen los parámetros criterios y la fórmula para la fijación del precio base de liquidación de las regalías y compensaciones de Níquel”³ dictada por la Agencia Nacional de Minería⁴.

En escrito separado de la misma fecha solicitó se decretara la suspensión de efectos jurídicos de la totalidad de la Resolución. Subsidiariamente petitionó la suspensión del artículo 8º de la misma.

1 En adelante “el actor”, “el demandante” o “Cerro Matoso”

² En adelante “la Resolución” o “el acto demandado”.

³ Resolución publicada en el Diario Oficial No. 49512 de 15 de mayo de 2015.

⁴ En adelante “la Agencia” o “la ANM”

2

1. Mediante auto de 7 de diciembre de 2015 el Despacho admitió la demanda ordenando su notificación personal a la demandada, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado concediendo el término establecido por la Ley para su contestación. Igualmente dispuso comunicar el proveído admisorio a la Presidencia de la República, los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y Minas y Energía y al Departamento Nacional de Planeación.
2. Mediante providencia de la misma fecha se corrió traslado a la parte demandada por el término de cinco (5) días de la solicitud de medida cautelar elevada por la parte accionante (fl 16, cdno cautelares).
1. Dentro de la oportunidad la Agencia Nacional de Minería manifestó su oposición a la cautela deprecada⁵ (fl 25-31, cdno cautelares).

1. Mediante auto de 15 de febrero de 2016 (fl 24, cdno cautelares), se fijó el 22 de febrero a las 2.30 p.m como fecha y hora para celebrar la audiencia preliminar en donde se escucharán las alegaciones de las partes sobre la medida cautelar peticionada.
2. En el curso de dicha actuación se hicieron presentes representantes del Municipio de Montería, el Departamento de Córdoba y la Corporación Autónoma Regional de los Valles del Sinú y San Jorge – CVS, solicitando se les reconociera su condición de (terceros) parte impugnadora en el sub judice, intervención que les fue admitida de acuerdo a lo prescrito en el artículo 224 del CPACA.

Surtida dicha actuación se continuó la diligencia con la exposición oral de los argumentos de las partes y terceros sobre la medida cautelar solicitada.

CONSIDERACIONES

1.- Competencia

⁵ Inicialmente en auto de 15 de febrero de 2016 se declaró que la Agencia no había dado contestación a la medida cautelar, sin embargo previa proposición del recurso de reposición, en audiencia preliminar celebrada el 22 de febrero, se declaró que el escrito de la entidad accionada fue radicado dentro de la oportunidad prevista por el ordenamiento.

3

1.1.- Es competente esta Corporación para conocer del presente asunto comoquiera que se enmarca dentro del supuesto normativo del artículo 149 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en su numeral primero, al prescribir que el Consejo de Estado conocerá “por intermedio de sus Secciones, Subsecciones o Salas especiales (...) 1. De los de nulidad de los actos administrativos expedidos por autoridades del orden nacional o por personas de derecho privado cuando cumplan funciones administrativas del mismo orden”.

De esta manera, al verificarse que la acción contenciosa adelantada corresponde a una petición de nulidad de un Acto Administrativo carente de cuantía y dictado por una entidad del orden nacional – Agencia Nacional de Minería–, se concluye que la competencia para tramitar y decidir el sub lite corresponde a esta Corporación.

1.2.- Igualmente, es competente este Despacho para proferir la decisión sobre la medida cautelar solicitada en atención a que el presente asunto es un juicio contencioso adelantado en única instancia ante el Consejo de Estado, razón por la cual se hace aplicable la excepción establecida en el artículo 125 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en los siguientes términos:

“Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Artículo 125. Será competencia del juez o magistrado ponente dictar los autos interlocutorios y de trámite, sin embargo, en el caso de los jueces colegiados, las decisiones a que se refieren los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 243 de este Código serán de la Sala, excepto en los procesos de única instancia. (...)”.

2.- La audiencia preliminar convocada.

2.1.- Mediante los autos de 7 de diciembre de 2015 este Despacho admitió la demanda y ordenó

correr traslado a las demandadas de la solicitud de medida cautelar. En estas mismas providencias (especialmente en el auto admisorio) se hizo referencia a la convocatoria a las partes a una audiencia preliminar en la cual el Magistrado Ponente, con asistencia de las partes del proceso, escuchó los argumentos jurídicos de cada uno de ellos.

2.2.- Sobre esto, el Despacho encuentra suficientemente justificado y acorde al ordenamiento jurídico la convocatoria a esta audiencia preliminar. El acto de escuchar a las partes en audiencia se ajusta al principio de tutela judicial efectiva⁶, ya que constituye una oportunidad para que el Juez comprenda las posiciones jurídicas de cada una de las partes; la intermediación garantiza el ejercicio imparcial⁷ de la

⁶ Corte Constitucional, sentencia C-318 de 30 de junio de 1998: “[...] El derecho a una tutela judicial efectiva, apareja, entre otras cosas, la posibilidad de acceder en condiciones de igualdad y sin obstáculos o barreras desproporcionadas, a un juez o tribunal independiente e imparcial, frente al cual se pueda acometer, libremente, la plena defensa los derechos o intereses propios a fin de obtener, dentro de un plazo razonable, la debida protección del Estado. Es un derecho de naturaleza prestacional, pues exige la puesta en obra del aparato estatal con miras a su realización. En este sentido, debe afirmarse que se trata de un derecho de configuración legal y, en consecuencia, depende, para su plena realización, de que el legislador defina los cauces que permitan su ejercicio”. Corte Constitucional, sentencia C-426 de 2002: “[...] [e]l artículo 229 de la Constitución Política consagra expresamente el derecho de acceso a la administración de justicia, también llamado derecho a la tutela judicial efectiva, el cual se traduce en la posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes. Por su intermedio, se le otorga a los individuos una garantía real y efectiva, previa al proceso, que busca asegurar la realización material de éste, previniendo en todo caso que pueda existir algún grado de **indefensión** frente a la inminente necesidad de resolver las diferencias o controversias que surjan entre los particulares -como consecuencia de sus relaciones interpersonales-, o entre éstos y la propia organización estatal” [puede verse también, sentencia C-207 de 2003]. Corte Constitucional, sentencia T-247 de 10 de abril de 2007: “[...] El derecho a la tutela judicial efectiva comprende no solo la posibilidad que se reconoce a las personas, naturales o jurídicas, de demandar justicia ante las autoridades judiciales del Estado, sino, también, la obligación correlativa de éstas, de promover e impulsar las condiciones para que el acceso de los particulares a dicho servicio público sea real y efectivo. Así, ha dicho la Corte que “[n]o existe duda que cuando el artículo 229 Superior ordena 'garantiza[r] el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia', está adoptando, como imperativo constitucional del citado derecho su efectividad, el cual comporta el compromiso estatal de lograr, en forma real y no meramente nominal, que a través de las actuaciones judiciales se restablezca el orden jurídico y se protejan las garantías personales que se estiman violadas.” De este modo, el derecho de Acceso a la Administración de Justicia permite alentar a las personas la expectativa de que el proceso culmine con una decisión que resuelva de fondo las pretensiones. Para ello es necesario que el juez adopte las medidas de saneamiento que sean necesarias para subsanar los vicios que puedan impedir una decisión de fondo”.

⁷ Corte Constitucional, sentencia C-361 de 2001: “[...] “Dentro de los principios que rigen la actividad jurisdiccional, los de independencia e imparcialidad de los jueces son determinantes

para el logro de los objetivos de realización del orden justo que es fundamento del Estado. Sobre la imparcialidad, ha señalado que ésta “se predica del derecho de igualdad de todas las personas ante la ley (Art. 13 C.P.), garantía de la cual deben gozar todos los ciudadanos frente a quien administra justicia. Se trata de un asunto no sólo de índole moral y ética, en el que la honestidad y la honorabilidad del juez son presupuestos necesarios para que la sociedad confíe en los encargados de definir la responsabilidad de las personas y la vigencia de sus derechos, sino también de responsabilidad judicial.” Los principios de independencia e imparcialidad judicial, garantizan a los ciudadanos que el juez tendrá un juicio libre, no sometido a presiones de ninguna índole, con lo cual se asegura la primacía del orden social justo. Por ello, quien juzga no puede estar afectado por ningún tipo de interés personal, ni sujeto a presiones de ninguna clase. Tal es el fundamento de la institución de los impedimentos y recusaciones dentro de los procesos judiciales”. Corte Constitucional, auto 091 de 2003: “[...] La garantía de imparcialidad, que constituye un elemento definitorio de la actividad judicial, impone que la autoridad competente para resolver un asunto se encuentre ajena a toda circunstancia que pueda llegar a viciar su decisión, que desmejore el grado de objetividad que su función le exige, o que revele la verosimilitud de involucrar elementos subjetivos, extraños al recto cumplimiento de sus obligaciones institucionales”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 22 de noviembre de 2005, caso Palamara Iribarne vs. Chile: “[...] 146. La imparcialidad del tribunal implica que sus integrantes no tengan un interés directo, una posición tomada, una preferencia por alguna de las partes y que no se encuentren involucrados en la

5

administración de justicia y el principio de igualdad sustancial y procesal de las partes, dado que los involucrados en el litigio tendrán oportunidad de exponer oralmente, pero de manera directa ante el Juez, las razones de derecho y fácticas que sirven de sustento a sus posiciones jurídicas frente a la medida cautelar, y les impone el ejercicio de las cargas de la argumentación a cada uno de ellos; y, por último, la convocatoria a esta audiencia preliminar deviene en útil, también, por el hecho que a través de esta se permite a todos los intervinientes en el proceso contencioso dilucidar cuestiones técnicas o jurídicas especializadas. Se trata, pues, de cumplir con los mandatos constitucionales consagrados en los artículos 1, 2, 29 y 229, así como aquellos convencionales establecidos en los artículos 8.¹⁸ y 25⁹ de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el artículo 14¹⁰ del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

2.3.- Resta entonces, recordar lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia C-713 de 2008, cuando afirmó que: “que la oralidad en la administración de justicia se concibe como una norma que tiene la estructura de principio.”, mientras que la sentencia C-124 de 2011 precisó que la “audiencia oral está precedida de garantías que, si bien tienen raigambre procesal, son parte integrante de los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia. Estas garantías refieren a la inmediación, la concentración y la publicidad.”. Así, las mencionadas finalidades que se persiguen con la realización de la audiencia preliminar convocada por el Despacho¹¹ cumplen con las garantías constitucionales y convencionales señaladas.

controversia”. Informe No. 17/94, Guillermo Maqueda, Argentina, OEA/Ser. L/V/II.85, Doc. 29, 9 de febrero de 1994, párr. 28: “[...] supone que el Tribunal o juez no tiene opiniones preconcebidas sobre el caso sub judice”

⁸ Artículo 8.1. “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o

para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.”

⁹ “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”

¹⁰ “Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con todas las garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil”.

¹¹ A esta argumentación se debe adicionar lo establecido en el inciso segundo del artículo 4º de la Ley 270 de 1996 que establece: “Las actuaciones que se realicen en los procesos judiciales deberán ser orales con las excepciones que establezca la ley. Esta adoptará nuevos estatutos procesales con diligencias orales y por audiencias, en procura de la unificación de los procedimientos judiciales, y tendrá en cuenta los nuevos avances tecnológicos.”

6

2.4.- Dicho lo anterior, pasa el Despacho a abordar la solicitud de suspensión provisional solicitada.

3.- Las medidas cautelares en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

3.1.- Los artículos 229 y siguientes del CPAyCA instituyen un amplio y novedoso sistema de medidas cautelares en el procedimiento contencioso administrativo que son aplicables en aquellos casos en que se consideren “necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia”, conforme a las notas del mismo artículo, de donde se infiere que la institución cautelar es una manifestación legislativa concreta de la garantía de efectividad del derecho al acceso a la administración de justicia¹²⁻¹³; comoquiera que se busca evitar que la duración del proceso afecte a quien acude a la jurisdicción, a tal punto que para el momento de obtener una decisión favorable se torne en ilusorio el ejercicio del derecho reconocido, pues al decir de Chiovenda “la necesidad de servirse del proceso para conseguir la razón no debe convertirse en daño para quien tiene la razón”¹⁴.

¹² Al respecto la jurisprudencia ha sostenido que: 5.2. La Corte Constitucional ha señalado en repetidas oportunidades que las medidas cautelares tienen amplio sustento en el texto de la Constitución Política, puesto que desarrollan el principio de eficacia de la administración de justicia, son un elemento integrante del derecho de todas las personas a acceder a la administración de justicia y contribuyen a la igualdad procesal (CP arts. 13, 228 y 229). Han sido previstas como aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, un derecho que está siendo controvertido dentro de ese mismo proceso, teniendo en cuenta el inevitable tiempo de duración de los procesos judiciales.” Corte Constitucional, Sentencia C-529 de 2009. En el mismo sentido C-490 de 2000.

¹³ “4. (...) el propósito de las medidas provisionales, en los sistemas jurídicos nacionales (derecho procesal interno) en general, es preservar los derechos de las partes en controversia, asegurando que la ejecución de la sentencia de fondo no se vea obstaculizada o impedida por las

acciones de aquéllas, pendiente lite¹³.

5. (...) en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos las medidas provisionales tienen un carácter no sólo cautelar, en el sentido de que preservan una situación jurídica, sino fundamentalmente tutelar, por cuanto protegen derechos humanos, en la medida en que buscan evitar daños irreparables a las personas. Siempre y cuando se reúnan los requisitos básicos de la extrema gravedad y urgencia y de la prevención de daños irreparables a las personas, las medidas provisionales se transforman en una verdadera garantía jurisdiccional de carácter preventivo¹³.”. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Resolución de 22 de septiembre de 2006. Solicitud de medidas cautelares por parte de la Comisión IDH respecto de la República de Colombia a favor de Mery Naranjo y otros. En el mismo sentido véase: Caso Del Centro Penitenciario Región Capital Yare I y Yare II (Cárcel De Yare). Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 Marzo de 2006, considerando cuarto; Caso Del Internado Judicial De Monagas (“La Pica”). Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 13 de enero de 2006, considerando cuarto.

¹⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. Istituzioni di diritto processuale civile, Edit. Jovene, 1960, vol. 1. P. 147.

7

3.2.- El anterior aserto se sustenta en que a través de la tutela cautelar se protege de manera provisional e inmediata una posición jurídica en concreto (bien sea particular o general) que es objeto de litigio ante la jurisdicción contenciosa administrativa y que encuentra en entredicho su ejercicio a plenitud en razón a la amenaza que supone, en general, la acción de la administración pública, bien sea a partir de una decisión administrativa, una acción u omisión, etc.; por citar algunas manifestaciones particulares del accionar de la administración.

3.3.- Avanzando en la tipología desarrollada por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se diferencia entre medidas cautelares preventivas, tendientes a operar como una suerte de acción impeditiva para que no se pueda consolidar una afectación a un derecho; conservativas que buscan mantener o salvaguardar un statu quo ante; anticipativas, en donde se pretende satisfacer por adelantado la pretensión perseguida por el demandante, mediante una decisión que propiamente correspondería al fallo que ponga fin al proceso y que se justifica en tanto que de no adoptarse se incurriría en un perjuicio irremediable para el actor, y de suspensión que corresponde a la medida tradicional en el proceso contencioso administrativo de privación temporal de los efectos de una decisión administrativa.

3.4.- Es preciso resaltar que el Código no establece un *numerus clausus* de medidas cautelares, por el contrario, se trata de un sistema innominado de medidas con el que se persigue adoptar unas decisiones inmediatas de cualquier tipo con el fin de responder a las necesidades que demande una situación específica; lo que se corrobora con una revisión al artículo 230 que establece que se puede: “ordenar que se mantenga la situación...”, “suspender un procedimiento o actuación administrativa...”, “suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo”; hasta llegar a aquellas en las cuales se permite “ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos” y, por último, “impartir ordenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer”.

8

3.5.- Por último, el Despacho pone de presente el carácter decididamente autónomo de la tutela cautelar a través de las denominadas “medidas cautelares de urgencia”, establecidas en el artículo 234 del Código y con las que se procura la adopción de una medida provisional de manera inmediata, en donde – dada la situación de inminente riesgo de afectación de los derechos del interesado – se prescinde del trámite de notificación a la contraparte y puede ordenarse la misma, inclusive, de manera previa a la notificación del auto admisorio de la demanda (conforme al artículo 229 del Código). 3.6.- Esta disposición constituye una protección reforzada al derecho convencional de toda persona de contar con un recurso judicial efectivo en caso de graves violaciones de derechos humanos¹⁵, dejando la medida de ser accesoria y subordinada al proceso contencioso administrativo principal y adquiriendo unas características y particularidades diferenciadas, pues en sí misma constituye, a la luz del procedimiento contencioso, un recurso judicial sui generis de urgencia para la protección de los derechos de los asociados. Es en estos términos, como una medida autónoma garante de los Derechos Humanos, que se debe interpretar y aplicar, por parte de los Jueces Administrativos, la tutela cautelar de urgencia.

3.7.- Esta interpretación ha sido acogida favorablemente por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que en reciente providencia fijó este alcance avanzado de las medidas cautelares, específicamente, de las denominadas de urgencia, señalando que este tipo de medidas pueden ser solicitadas con anterioridad a la presentación del escrito de demanda y de solicitud de conciliación prejudicial, cuando se exija tal requisito. La Sala Plena manifestó lo anterior en los siguientes términos:

“Huelga manifestar que casos como el presente, el juez podrá pronunciarse sobre la solicitud de la medida cautelar, inclusive sin haber admitido la demanda, supeditando la continuidad del proceso a que se demuestre el cumplimiento del requisito de procedibilidad, en los términos establecidos para el efecto, en virtud de que este mismo

¹⁵ Ha dicho sobre este punto la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva sobre las Garantías Judiciales en Estados de Emergencia: “la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, Serie A No. 9, párr. 24.

9

precepto lo autoriza cuando no sea posible agotar el trámite previsto en el artículo 233 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es decir, proferir simultáneamente el auto admisorio de la demanda junto con la medida cautelar. En ese orden, no escapa el hecho de que una cosa es que la conciliación extrajudicial constituye requisito de procedibilidad de la demanda, mas no de la solicitud de la medida cautelar. De suerte que, estamos en presencia de dos figuras diferentes y que se pueden estructurar en momentos distintos, sin que esto implique su incompatibilidad procesal.

Tal precisión conduce a que efectivamente es posible solicitar el decreto y práctica de la medida cautelar, aun sin haber agotado previamente el requisito de procedibilidad. De ahí que, esta

alternativa materializa la prevalencia del derecho sustancial frente al formal, toda vez que implica la adecuación e interpretación de la norma procesal con miras a la efectividad de los derechos sustanciales de los ciudadanos”¹⁶.

3.8.- Con base en la anterior jurisprudencia, cabe comprender y reconocer a la institución cautelar como un procedimiento autónomo al proceso contencioso administrativo, de ahí, entonces, que se conciba como una garantía efectiva y material del acceso a la administración de justicia. Conforme a ello, para la procedencia de las medidas cautelares debe tenerse en cuenta presupuestos constitucionales, convencionales y legales, lo que lleva a decir que al Juez Administrativo le corresponde remover los obstáculos eminentemente formales que llegaren a impedir la adopción de estas medidas en los casos en que exista una seria y verdadera amenaza de vulneración de derechos, bienes o intereses jurídicos. Este argumento encuentra mayor peso, aún, en el caso de las denominadas medidas cautelares de urgencia, las cuales, conforme a la lectura dada por la Sala Plena, así como por la finalidad que están llamadas a satisfacer, implica que se concreten como verdaderas medidas preliminares cautelares de eficacia inmediata para la protección de los derechos¹⁷.

¹⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 5 de marzo de 2014, exp. 2013-06871.

¹⁷ Al respecto es valioso resaltar el hecho de que otras jurisdicciones han experimentado la adopción de este tipo de medidas preliminares, autónomas y de eficacia inmediata para la protección de los derechos de las personas, tal como se refleja en el sistema jurídico brasileiro en donde se ha establecido la llamada “medida liminar” comentada por Berizonce en los siguientes términos “La medida liminar se dispone inaudita parte en el proveimiento inicial, salvo en el mandato colectivo donde solo puede otorgarse después de la audiencia de la persona jurídica de derecho público (art. 22 § 2º). El poder del juez no está limitado a la suspensión del acto impugnado; puede dictar medidas activas, de anticipación de la tutela, siempre que resulte indispensable para la efectividad del derecho que se invoca. Como se ha señalado, lo que autoriza el art. 7º, III, es un proveimiento de amplio espectro, que tanto puede configurar una medida cautelar, como también una satisfactiva, capaz de agotar incluso el objeto de la pretensión, como p.e. excepcionalmente la orden de provisión de medicamentos.”. BERIZONCE, Roberto Omar. Tutela de urgencia y debido proceso. Hacia la reconstrucción del proceso de cognición y su articulación con las tutelas de urgencia. En: Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. No. 37. Disponible en el enlace web: <http://www.icdp.co/revista/articulos/37/RobertoOmarBerizonce.pdf> [sin numeración en el documento digital]. En similar sentido, el ordenamiento jurídico francés, desde el año 2000 (Ley No. 2000-597 de 30 de junio) ha conocido la formulación de los denominados référé que corresponde a un conjunto de medidas de urgencias que pueden ser adoptadas por el “juge des référés” y consistente en i) un référé de suspensión, mediante el cual se puede ordenar la suspensión de la ejecución de cierta decisión, y de ciertos efectos siempre que la

3.9.- Criterio de aplicación. Por otro lado, en cuanto a los criterios que debe seguir el juez contencioso administrativo para determinar la procedencia de una medida cautelar, es preciso reconocer que éste cuenta con un espacio de discrecionalidad para adoptarla así como para modular sus efectos en el caso concreto. En este contexto, debe el Juez tener en cuenta el principio de proporcionalidad como, de hecho, se desprende, además de las exigencias constitucionales y convencionales, de la normativa sobre las medidas cautelares al establecer

como uno de los requisitos para el decreto de la cautela que “el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, **mediante un juicio de ponderación de intereses**, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla” (artículo 231 CPAyCA) (Resaltado propio).

3.10.- Lo anterior quiere significar que el marco de discrecionalidad del Juez no debe entenderse como de arbitrariedad, razón por la cual le es exigible a éste la adopción de una decisión judicial suficientemente motivada, conforme a los materiales jurídicos vigentes y de acuerdo a la realidad fáctica que la hagan comprensible intersubjetivamente para cualquiera de los sujetos protagonistas del proceso y, además, que en ella se refleja la pretensión de justicia, razón por la cual es dable entender que en el escenario de las medidas cautelares, el Juez se enfrenta a la exposición de un razonamiento en donde, además de verificar los elementos tradicionales de procedencia de toda cautela, es decir el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*¹⁸, debe proceder a un estudio de ponderación y sus subprincipios integradores de idoneidad,

urgencia así lo justifique (artículo 5°), ii) un *référé* de libertad, mediante el cual el Juez puede ordenar las medidas que se consideren necesarias para dejar a salvo una libertad fundamental que está siendo afectada por una persona de derecho público o particular encargado de la gestión de un servicio público, siempre que sea un atentado grave y manifiestamente ilegal (artículo 6°) y iii) el *référé* conservativo, dirigido a adoptar las “medidas útiles” en un procedimiento administrativo en donde aún no se ha adoptado una decisión por parte de la autoridad (artículo 7°). Para un comentario de tales medidas véase la intervención realizada por el señor Consejero de Estado francés Marc Durand-Viel a la ponencia de la Dra. Ruth Stella Correa Palacio sobre medidas cautelares en el marco del seminario franco-colombiano de reforma a la jurisdicción contenciosa administrativa. La memoria de dicho encuentro (págs. 157-159, c1) se encuentra disponible en el enlace web:

<http://www.consejodeestado.gov.co/memorias/medidas%20cautelares.pdf> [Consultado el 6 de marzo de 2014] El texto de la Ley puede verse en el siguiente enlace web:

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000204851&categorieLien=id>

[Consultado el 6 de marzo de 2014].

¹⁸ Como ya se ha sostenido, estos principios del *periculum in mora* y el *fumus boni iuris* significan que “siempre se tendrá que acreditar en el proceso el peligro que representa el no adoptar la medida y la apariencia del buen derecho respecto del cual se persigue un pronunciamiento definitivo en la sentencia que ponga fin al litigio.”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Auto de 27 de febrero de 2013, exp. 45316 (entre otras decisiones similares).

12

7.- El asunto resulta elemental: allí donde el juez administrativo no esté gobernado por reglas, lo más posible es que la actuación se soporte en principios o mandatos de optimización²³, luego la proporcionalidad y ponderación no son metodologías extrañas en la solución de conflictos y en la reconducción de la actividad de la jurisdicción contencioso administrativa al cumplimiento material de los postulados del Estado social de derecho. En todo caso, la proporcionalidad y la ponderación no representan ni la limitación, ni el adelgazamiento de los poderes del juez administrativo, sino que permiten potenciar la racionalidad y la argumentación como sustento de toda decisión judicial²⁴. Cabe, entonces, examinar cómo se sujeta la actividad discrecional del

juez administrativo a las reglas de la ponderación, como expresión más depurada del

”25

principio de proporcionalidad.

3.11.- En consecuencia, la observancia de este razonamiento tripartito conlleva a sostener que en la determinación de una medida cautelar, que no es más que la adopción de una medida de protección a un derecho en el marco de un proceso judicial,

²³ ALEXY, Robert, “Deber ideal”, en BEADE, Gustavo A.; CLÉRICO, Laura (eds). Desafíos a la ponderación. 1ª ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2011, p. 14.

²⁴ STONE SWEET, Alec; MATTHEWS, Jud. Proporcionalidad y constitucionalismo. Un enfoque comparativo global. 1a ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2013, pp.174 a 177 (Colección Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, No.64).

²⁵ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. El principio de proporcionalidad: Instrumento para la reconducción objetiva de la actividad judicial en escenarios de discrecionalidad. (próximo a ser publicado). El presente trabajo constituye un desarrollo de la línea de investigación en materia de aplicación del principio de proporcionalidad que se inició con los estudios que sobre la materia incorporé en mi tesis doctoral titulada “El contrato de concesión de servicios públicos. Coherencia con los postulados del Estado Social y Democrático de Derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos”, dirigida por el Catedrático de Derecho Administrativo D. Luciano Parejo Alfonso, presentada y sustentada en el Departamento de Derecho Público del Estado de la Universidad Carlos III de Madrid (España) el 25 de febrero de 2010, la cual obtuvo la máxima calificación sobresaliente cum laude otorgada por el Tribunal respectivo. El artículo aborda de manera resumida el modelo metodológico que hemos adoptado para resolver los conflictos a que tiene que enfrentarse cualquier autoridad (administrativa, judicial o legislativa), en los casos en los que deba adoptar decisiones en escenarios de discrecionalidad. Este planteamiento teórico que utilicé para resolver los problemas jurídicos de mi tesis doctoral, lo he venido empleando en diferentes trabajos e investigaciones académicas publicados en los últimos tres años y relacionados en la siguiente forma: El contrato de concesión de servicios públicos. Coherencia con los postulados del Estado Social y Democrático de Derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos. Tesis Doctoral presentada y sustentada en el Departamento de Derecho Público del Estado de la Universidad Carlos III de Madrid (España), 25 de febrero de 2010, dirigida por el Catedrático Luciano Parejo Alfonso, pp. 20,22, 29, 58, 67, 74, 78, 81, 240, 366, 369, 416 a 452, 454 a 476, 483, 490 a 498, 503 a 509, 515, 516, 519, 569, 591, 595 a 599, 606, 610, 612 y 615; Procedimientos administrativos y tecnología. 11¹ ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, pp.270; “La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: estructura, régimen y el principio de convencionalidad como pilar de su construcción dogmática”, en BREWER-CARIAS, Allan R.; SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado, 1¹¹ ed, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, pp. 178, 180, 185, 187, 191, 207, 226, 256, 257, 261, 271, 279, 280 a 292, 324 y 330; “Aproximaciones a los procedimientos administrativos en la Ley 1480 de 2011. El Estatuto del Consumidor y sus relaciones con la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso administrativo”, en VALDERRAMA ROJAS, Carmen Ligia (Dir). Perspectivas del derecho del consumo. 11¹ ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2013; “Reflexiones en torno a la potestad administrativa sancionadora. El principio de proporcionalidad y su

vincularidad a esta actividad administrativa”, Ponencia presentada en el XII Foro de Derecho Administrativo Latinoamericano, Arequipa (Perú) celebrado entre el 28 de octubre y el 1 de noviembre de 2013 (próximo a publicarse en Lima, Perú, y como libro en Bogotá por el Departamento de Derecho Minero y Energético de la Universidad Externado de Colombia en 2014); “El Contrato de Concesión de Servicios Públicos: Reglas para su debida estructuración”, en MATILLA CORREA, Andry; CAVALCANTI, Bruno (Coords). Estudios Latinoamericanos sobre concesiones y PPP. Ratio Legis, Madrid, 2013, pp.63 a 150 (próximo a publica en México como libro).

13

el Juez debe tener en cuenta valoraciones de orden fáctico referidas a una estimación de los medios de acción a ser seleccionados, cuestión que implica **i)** que la medida decretada sea adecuada para hacer frente a la situación de amenaza del derecho del afectado (idoneidad); **ii)** que, habida cuenta que se trata de una decisión que se adopta al inicio del proceso judicial o, inclusive, sin que exista un proceso formalmente establecido, la medida adoptada sea la menos lesiva o invasora respecto del marco competencial propio de la administración pública (necesidad) y, por último, es necesario **iii)** llevar a cabo un razonamiento eminentemente jurídico de ponderación²⁶, en virtud del cual se debe determinar de manera doble el grado de afectación o no satisfacción de cada uno de los principios contrapuestos²⁷ (pasos a y b) y, luego de ello, se procede a c) que ordena analizar si se encuentra justificado que la satisfacción de uno de los principios afecte al otro; aplicando las consideraciones vertidas en iii) en la materia que se está tratando, hay que decir que ello implica valorar si está justificada la adopción de la medida cautelar para la protección de un derecho en circunstancias de amenaza, en desmedro de la administración. El propio artículo 231 del CPAyCA da lugar a esta consideración imperativa en el numeral 4 literales a) y b) cuando prescribe como exigencia

“Que, adicionalmente, se cumpla con una de las siguientes condiciones:

- a. Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o
- b. Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.”

3.12.- Es en los anteriores términos que se impone analizar el contenido y alcance, en general, de las medidas cautelares en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

4.- La suspensión provisional de los actos administrativos, como medida cautelar en el proceso contencioso administrativo.

²⁶ La ley de ponderación, siguiendo a Alexy, quiere decir que “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”. ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales (Epílogo). 2º edición, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales [Trad. Carlos Bernal Pulido] 2008, p. 529.

²⁷ A través de una escala triádica de leve, medio o intenso.

14

4.1.- En el marco de las diversas medidas cautelares instauradas en el nuevo procedimiento

contencioso administrativo se encuentra la figura de la suspensión provisional de los actos administrativos prevista en el artículo 238 de la Constitución Nacional y desarrollada por los artículos 231 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. La suspensión provisional constituye un importante instrumento de naturaleza cautelar, temporal y accesorio, tendiente a evitar que actos contrarios al ordenamiento jurídico puedan continuar surtiendo efectos mientras se decide de fondo su constitucionalidad o legalidad en el proceso donde se hubiere decretado la medida, como producto de una solicitud fundamentada que en consideración del juzgador sea procedente en razón de la claridad de la infracción. En consecuencia, es presupuesto básico de la medida que el acto esté produciendo sus efectos jurídicos²⁸. En este sentido, su finalidad no puede ser otra que la de evitar, transitoriamente, que el acto administrativo surta efectos jurídicos, en virtud de un juzgamiento provisorio del mismo, salvaguardando los intereses generales y el Estado de derecho²⁹.

4.2.- De acuerdo con los anteriores argumentos, cabe afirmar que la suspensión provisional como medida cautelar diseñada para el procedimiento contencioso administrativo procede, a petición de parte, “cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de pruebas allegadas con la solicitud”, figura que ha sido ampliamente definida en cuanto a su contenido y procedencia por la jurisprudencia de la Sala Plena de esta Corporación³⁰, precedente vigente para entender el alcance de la Ley 1437 de 2011 en esta materia, en los siguientes términos:

“... En efecto, la figura de la suspensión provisional es una medida cautelar de raigambre constitucional, de estricto carácter provisional, objetivo y accesorio, inherente a las funciones de control preventivo de la constitucionalidad y legalidad de los actos administrativos, atribuida a la jurisdicción de lo contencioso administrativa que impide, previa decisión motivada de la autoridad judicial competente, que los actos

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 18 de julio de 2002, exp. 22477, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez: “La jurisprudencia ha precisado que, por tratarse de una medida cautelar, su procedencia quedará obstaculizada cuando el acto se ha cumplido y sus efectos –y por consiguiente el perjuicio- se han consumado”.

²⁹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Tratado de derecho administrativo. Contencioso Administrativo, T.III, 3ª reimp., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p.482.

³⁰ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto del 22 de marzo de 2011, CP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp. 38.924.

15

de esta naturaleza que sean manifiestamente contrarios al orden jurídico continúen produciendo efectos mientras se decide de fondo en el proceso correspondiente sobre su constitucionalidad o legalidad, previniendo de esta manera el peligro que tal situación implica para el interés general de las instituciones y en particular para los asociados,³¹ por lo tanto, instrumento vital de carácter material consolidador de los presupuestos de la cláusula constitucional del Estado social de derecho...”

Es provisional porque su existencia es precaria toda vez que el pronunciamiento de la decisión final normalmente la extingue, sin olvidar que puede ser modificada o levantada en presencia de las circunstancias previstas por la ley; objetiva porque la decisión que la adopte debe fundarse en estrictas consideraciones de clara y evidente contradicción entre el acto administrativo y el

ordenamiento jurídico superior, y no en consideraciones personales o subjetivas del juzgador; accesorio porque no constituye el centro del debate procesal y está sujeta a lo que disponga el fallo que ponga fin al proceso; y, finalmente, motivada porque siendo una decisión judicial, la garantía del debido proceso y el deber del sometimiento del juez al imperio de la ley, exigen una adecuada y suficiente exposición,³² argumentación y reflexión de las razones en que se fundamenta³³ la manifiesta y ostensible infracción del ordenamiento jurídico por el acto administrativo impugnado.

En consecuencia, tal como lo ha sostenido esta Corporación,³⁴ el hecho de exigirse una violación manifiesta para la procedencia de la suspensión provisional, no excluye en manera alguna la interpretación de la ley ni la debida y suficiente motivación por parte del juez de lo contencioso administrativo.

Ahora, la realización de esta actividad garantística de motivación no implica romper las fronteras de una medida cautelar para incursionar en la decisión de fondo.

De otro lado, esa manifiesta infracción debe establecerse a partir de la aplicación de alguna, o de ambas, de las metodologías indicadas en el inciso 2 del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, esto es, de la confrontación directa del acto administrativo impugnado con el ordenamiento jurídico superior invocado como infringido, o también, mediante la confrontación del acto administrativo impugnado con el texto de los documentos aducidos con la solicitud que por sus características o contenidos normativos permitan establecer lo manifiesto de la infracción al ordenamiento jurídico.

En síntesis, para la procedencia de la suspensión provisional de un acto administrativo resulta imprescindible que la vulneración del ordenamiento jurídico sea evidente, ostensible o notoria, vulneración que se pone en evidencia por medio de cualquiera de las dos metodologías antes mencionadas, esto es, el juez debe llegar a esa conclusión realizando un cotejo directo entre el acto administrativo demandado y las normas que se invocan como transgredidas o mediante el análisis de los documentos presentados con la solicitud.

Finalmente, entre la norma que se dice vulnerada y el acto administrativo acusado debe existir una situación de subordinación jurídica, pues de no existir, la medida cautelar se tornaría improcedente ya que no se configuraría la manifiesta infracción a la que se refiere expresamente el artículo 152.2 del C. C. A.”

4.3.- En relación con este aspecto de la necesaria motivación de toda providencia que resuelva la solicitud de suspensión provisional debidamente solicitada dentro de un

³¹ Corte Constitucional. Sentencia C-977 de 1992.

³² Corte Constitucional, Sentencia T-064 de 2010.

³³ Artículo 303 del C. P. C. que desarrolla los artículos 29, 228 y 230 de la Constitución, aplicable por remisión del artículo 267 del C. C. A.

³⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto del 27 de Mayo de 2009, (Expediente 36.476).

³La Sala considera que la interpretación y la argumentación son imprescindibles e inescindibles en la actividad judicial.

En efecto, los jueces están conminados de manera permanente y continúa a interpretar las normas, incluso cuando se considera que una determinada disposición jurídica es clara y unívoca, pues en estos eventos el Juez, previamente, ha desarrollado un ejercicio hermenéutico para arribar a tal conclusión.

Afortunadamente, ya hace mucho tiempo que se superaron las concepciones formalistas y deductivistas de la interpretación, según las cuales la actividad judicial se limitaba a la simple verificación del derecho y a su aplicación automática a unos determinados hechos y, en consecuencia, el Juez sería simplemente “la boca que pronuncia las palabras de la ley; unos seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza, ni el rigor de aquella.”³⁵

Pretender que el Juez no desarrolle ningún ejercicio hermenéutico ni argumentativo ante una expresión legal (Como por ejemplo la incluida en el artículo 152 del C. C. A: “manifiesta infracción de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma”), sino que aplique sin consideración alguna la disposición, es desconocer abiertamente la necesaria relación entre interpretación, argumentación, actividad judicial y el deber de los jueces de motivar sus decisiones, postulado propio de toda sociedad enmarcada en los preceptos del Estado social y democrático de derecho.”³⁶

4.4.- Su procedencia está determinada por la violación al ordenamiento jurídico mediante la subsunción de un acto administrativo con el universo normativo de principios y valores al cual está sujeto, y la necesidad de proteger provisionalmente la legalidad en sentido amplio mientras se profiere la decisión definitiva respecto del acto administrativo demandado.

4.5.- Esto significa que la suspensión provisional, como toda medida cautelar, debe estar siempre debidamente sustentada en los dos pilares fundamentales sobre los cuales se edifica todo sistema cautelar, a saber: los principios del *periculum in mora* y del *fumus boni iuris*, en virtud de los cuales siempre se tendrá que acreditar en el proceso el peligro que representa el no adoptar la medida y la apariencia del buen derecho respecto del cual se persigue un pronunciamiento definitivo en la sentencia que ponga fin al litigio.

4.6.- Ahora bien, para arribar a la conclusión de que la norma demandada atenta contra el orden jurídico debe el juez necesariamente hacer un proceso de interpretación del

³⁵ Montesquieu, Charles Louis de Secondat. Del Espíritu de las leyes. Primera Parte, Libro XI, Capítulo 6.

³⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto de 22 de marzo de 2011, C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp. 38924.

derecho y materializarlo en una debida y suficiente motivación, sin romper las fronteras que implica la medida cautelar para incursionar en la decisión de fondo.

4.7.- También debe el juez establecer que entre la norma que se dice vulnerada y el acto administrativo acusado exista una situación de subordinación jurídica, pues de no existir la medida cautelar se tornaría improcedente, ya que no se configuraría la subsunción que se exige

para configurar la infracción que demanda la medida de suspensión provisional.

4.8.- Requisitos de la solicitud de suspensión provisional.

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo regula la figura de la suspensión provisional de los actos administrativos, en los siguientes términos:

“Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Artículo 231. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.

(...)”

4.9.- De la normativa en cita, se deducen como requisitos para la procedencia de dicha medida cautelar que i) sea solicitada por el demandante, ii) procede cuando existe una violación que surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud y, iii) si se trata de un medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho debe acreditarse, de manera sumaria los perjuicios que se alegan como causados por los actores.

4.10.- Ahora bien, bajo los supuestos legales referidos y para determinar sobre la procedencia de la medida cautelar de suspensión provisional del aparte acusado se procederá a efectuar el respectivo análisis de cada uno de los cargos invocados por el

18

actor, para así determinar si en el presente asunto se vislumbra una infracción evidente u ostensible de las normas superiores cuya transgresión se alega.

5.- Los cargos esgrimidos por el actor.

5.1.- Consideró que la Resolución demandada pugnaba con las siguientes disposiciones jurídicas superiores: los artículos 29 y 58 de la Constitución Política, 23 de la Ley 141 de 1994, 228 y 68 de la Ley 685 de 2001, 2° del Decreto 2191 de 2003, 15 de la Ley 1530 de 2012, 52 de la Ley 4° de 1913, 2 y 38 de la Ley 153 de 1887 y 65 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

5.2.- Anotó que el artículo 23 de la Ley 141 de 1994 establecía de manera general el precio base de liquidación de las regalías y compensaciones de níquel para lo cual debía tomarse como base el promedio ponderado del precio FOB en puertos colombianos en el trimestre anterior previa aplicación de ciertos descuentos allí fijados. No obstante ello, se duele el actor que el artículo 1° de la Resolución hace caso omiso de la prescripción normativa en cita por cuanto señala que el precio base de liquidación de regalías y compensaciones de níquel (PBLRN) se deberá establecer “tomando como referencia el promedio aritmético mensual del precio internacional que fije para este metal la bolsa de metales de Londres, LME, en su versión al cierre de la tarde más un promedio mensual simple de las primas de mercado libre de Europa y Estados Unidos

publicados en el “Metal Bulletin”. De tal cosa el actor deduce que los términos de la Resolución son ilegales pues mientras la Ley refiere al promedio de precios FOB en puertos colombianos la Resolución acude al precio internacional fijado por la Bolsa de Metales de Londres.

5.3.- Para destacar esta contradicción Cerro Matoso trae a cuento el artículo 16 de la Ley 141 de 1994 donde se indica que para los efectos de liquidar las regalías del oro, plata y platino se tomará el precio internacional promedio del último mes, publicado por la Bolsa de Metales de Londres, en su versión Pasado Meridiano, criterio éste que la Ley no dispuso respecto de níquel.

19

5.4.- Por otra parte, Cerro Matoso alegó que la Resolución violaba el artículo 68 de la Ley 685 de 2001 y el artículo 2° del Decreto 2191 de 2003³⁷, por cuanto el artículo 2° de la Resolución³⁸ define el término FOB en un sentido que no concuerda con el fijado en el Decreto 2191 de 2003, pues aquél no consulta la realidad de los contratos de venta internacional de níquel al establecer la fórmula FOB: PTIN-Te, donde PTIN es la suma del precio promedio aritmético mensual de la libra de níquel en dólares de los Estados Unidos, para ventas a 3 meses en la Bolsa de Metales de Londres (LME), más el promedio aritmético mensual de las primas promedio establecidas en los mercados libres de Europa y Norte América en el mes respectivo, en los meses correspondientes al trimestre inmediatamente anterior al del periodo de liquidación y Te es el costo del transporte externo.

5.5.- Por consiguiente, consideró que la definición estipulada unilateralmente por la ANM fue adoptada sin fundamento legal desconociendo el Glosario Técnico Minero establecido por la ley y la realidad de los contratos de venta internacional de níquel y por tanto los valores declarados en las exportaciones colombianas que se reportan ante la autoridad aduanera.

5.6.- Finalmente, el tercer cargo propuesto por el actor consiste en la violación de los artículos 29 y 58 de la Constitución, 15 de la Ley 1530 de 2012, 52 de la Ley 4° de 1913, 2 y 38 de la Ley 153 de 1887, 228 de la Ley 685 de 2001 y 43 del CPACA, respecto del artículo 8° de la Resolución.

5.7.- La alegada violación al ordenamiento jurídico la hizo consistir en que el artículo 8° de la Resolución establece un procedimiento para efectuar la reliquidación de regalías ya causadas y pagadas en los contratos mineros vigentes a los que les resulte aplicable

³⁷ Libre a bordo (costo)

FOB (Free On Board). Abreviatura usada en algunos contratos de ventas internacionales. En estos contratos, el vendedor está en la obligación de colocar los bienes en su punto de embarque, listos para el envío. Mientras que el comprador acepta cubrir todos los gastos de transporte terrestres y asume los riesgos en el país exportador, así como los costos de transporte posteriores al embarque. En Colombia las exportaciones se miden a precios FOB.

³⁸ Precio FOB de Níquel (FOB): Corresponde al precio promedio mensual del Níquel, en pesos colombianos por Libra de Níquel exportado, en el puerto de salida colombiano cargado en el barco o en el medio de transporte usado, es decir, el Precio Internacional del Níquel (PTIN), habiéndole descontado los costos de transporte externo y seguros correspondientes, calculado para cada uno de los meses correspondientes al trimestre inmediatamente anterior al del periodo de liquidación, así:

FOB= PTIN-Te

Se calcula para cada uno de los meses que comprende el trimestre inmediatamente anterior al del periodo de liquidación.

20

la Ley 141 de 1994, lo cual implica una modificación a los contratos mineros vigentes que no puede tener lugar mediante un acto administrativo general, como pasa en este caso. Además, afirma que “lo único que le era permitido a la ANM” con fundamento en el artículo 15 de la Ley 1530 de 2012 era “fijar los términos y condiciones para determinar los precios base de liquidación de las regalías de níquel” mas no para modificar los términos y condiciones de los contratos mineros vigentes, “ni mucho menos establecer fórmulas retroactivas de reliquidación de regalías causadas y pagadas”.

5.8.- Encuentra el actor que en esta parte la Resolución excede las facultades reglamentarias otorgadas por la ley, viola el principio de irretroactividad de las normas – haciendo especial hincapié al artículo 228 de la Ley 685 de 2001, para concluir que “al pretender aplicar retroactivamente la metodología para liquidar las regalías claramente viola el principio de la irretroactividad de la ley, desconoce los derechos adquiridos y atenta contra la seguridad jurídica y la confianza legítima que protege la Constitución Política; así como la igualdad de las cargas que debe existir entre la administración y el administrado”

5.9.- Finalmente, en punto a la prueba sumaria del perjuicio explica Cerro Matoso que con la Resolución 293 de 2015 esa Sociedad se ve enfrentada a asumir pagos exagerados los cuales, cuando se efectúen, constituyen un grave perjuicio económico en su contra.

6.- El escrito de oposición

6.1.- La Agencia Nacional de Minería en su escrito de intervención señaló que la medida de suspensión solicitada por Cerro Matoso no satisfacía las exigencias del CPACA sobre la materia por cuanto, en primera medida, de la confrontación directa entre acto demandado y normas superiores no fluye una contradicción sino un apego absoluto a la Ley 141 de 1994. Para el efecto, afirmó que el actor desconocía que el precio FOB en puertos colombianos puede partir de una precio internacional de referencia, como lo es el LME, el cual opera como punto de partida y al cual se le

21

aplican los descuentos del transporte externo y el valor de los costos deducibles establecidos en la ley.

6.2.- Además, explica la Agencia, “una de las razones para partir del precio internacional en la Resolución (...) es que este indicador es menos susceptible a fenómenos de especulación y problemas coyunturales de corto plazo que puedan distorsionar el verdadero valor del mercado, y que por lo demás, muestra mayor estabilidad en el tiempo. En ese sentido, es más conveniente tomar el de venta a 3 meses frente al de ventas de contado sugerido inicialmente y que actualmente se toma para la liquidación de regalías de Níquel”.

6.3.- Por otro tanto, respecto de la alegada violación del artículo 68 de la Ley 685 de 2001 y el Decreto 2191 de 2003, que adoptó el Glosario Técnico Minero, consideró la Agencia que ello no

es así pues con la definición establecida en la norma demandada sí se atiende lo prescrito en el Glosario en razón a las deducciones que allí se le incluyen. Considera que cosa diferente es la consideración de la demandante de que se incluyan otros costos diferentes a los del transporte.

6.4.- Finalmente, en lo que hace relación al cargo de nulidad enderezado contra el artículo 8° de la Resolución, afirmó la Agencia que la competencia para dictar una disposición en tal sentido deriva del artículo 15 de la Ley 1530 de 2012 que le facultó para dictar “actos administrativos de carácter general”, el cual produce efectos de carácter general. Ahora, respecto al argumento de Cerro Matoso sobre una presunta modificación de los términos y condiciones de los contratos mineros vigentes y el establecimiento de fórmulas retroactivas de reliquidación de regalías, desestimó éste por cuanto “es evidente que dicho acto administrativo no ordena un pago retroactivo de regalías y compensaciones, sino precisamente establece la metodología para determinar ese precio base de liquidación de regalías para níquel y la construcción de una serie histórica de precios”.

6.5.- Finalmente, en cuanto a la prueba sumaria de los perjuicios, anotó que no existe prueba al respecto por cuanto “a la fecha” la Agencia “no ha realizado ningún cobro a la sociedad Cerro Matoso S.A a consecuencia de la aplicación del acto acusado”.

22

1. Los intervinientes

1. En sus respectivas intervenciones escritas y orales la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado – ANDJ, el Municipio de Montelíbano, el Departamento de Córdoba y la Corporación Autónoma Regional de los Valles del Sinú y San Jorge solicitaron se desestimara la medida cautelar solicitada por la parte demandante.

1. Problema jurídico

8.1.- Planteados como quedaron los términos del asunto a decidir, el problema jurídico que debe ser resuelto en esta oportunidad se contrae a determinar si procede la medida cautelar solicitada por el actor respecto de la Resolución No. 293 de 15 de mayo de 2015 “por la cual se establecen los parámetros, criterios y la fórmula para la fijación del precio base de liquidación de las regalías y compensaciones de Níquel” dictada por la Agencia Nacional de Minería – ANM, en cuanto que dicho acto es aparentemente contrario al ordenamiento jurídico, para el caso, los artículos 29 y 58 de la Constitución Política, 23 de la Ley 141 de 1994, 228 y 68 de la Ley 685 de 2001, 2° del Decreto 2191 de 2003, 15 de la Ley 1530 de 2012, 52 de la Ley 4° de 1913, 2 y 38 de la Ley 153 de 1887 y 65 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

8.2.- Para resolver lo pertinente el Despacho, retomando la problemática jurídica propuesta por el actor, la parte accionada y los terceros que obran en calidad de coadyuvantes, precisará el alcance de los conceptos adoptados como ratio decidendi para sustentar su decisión: (1) el acto demandado, naturaleza jurídica y su contenido, (2) El derecho de propiedad y los derechos adquiridos, (3) Las regalías, fundamento constitucional y su concepto; expuesto el anterior marco teórico, se abordará (4) el caso concreto. Consideraciones que fundamentan la ratio decidendi del caso.

23

9.1.- Sobre el acto administrativo de carácter general, una de las modalidades en que se manifiesta el poder público administrativo, es preciso traer a colación las siguientes

consideraciones teóricas en punto a sus características relevantes:

“Al referirnos al acto administrativo de contenido general estamos haciendo mención a una especial modalidad de expresión del poder público administrativo, que comprende todas aquellas manifestaciones normativas, sean reglamentarias o reguladoras, provenientes de cualquier autoridad administrativa, caracterizadas por su generalidad y que tienen como fundamento directo la Constitución Política o la ley³⁹. Bajo estos presupuestos recogemos para el derecho colombiano la teoría del reglamento administrativo al que tradicionalmente se le considera una fuente del sistema

normativo⁴⁰. En Colombia, a diferencia de otros ordenamientos, el reglamento es acto administrativo de carácter general. Se instituye como el principal mecanismo de proyección normativa en cabeza de los órganos y personas con funciones administrativas, creador de situaciones jurídicas generales, impersonales y objetivas, diferentes a la ley o a los actos con fuerza de ley, pero coincidente con esta, en cuanto contiene reglas de derecho y no decisiones individuales o concretas.

Como lo advertíamos, el tema del llamado acto administrativo de carácter general surge para la teoría del acto de manera tangencial, a partir del desarrollo del concepto

material de ley⁴¹, de donde se desprende la hipótesis de que las autoridades administrativas pueden expedir actos de contenido general similares a la ley pero ausentes de los procedimientos y de la base democrática de esta. Este asunto en algunos ordenamientos jurídicos se resuelve por la vía de la concepción según la cual estas manifestaciones constituirían verdaderas expresiones legislativas. En otros, como el nuestro, se rechazan estas posturas calificando a las mismas como fenómenos propios y exclusivos de la administración en ejercicio de sus poderes y atribuciones de carácter público, es decir, orgánica y funcionalmente diferentes a la ley, y por lo tanto manifestaciones generales y abstractas propias de la administración, y de ninguna manera del legislador.

Es de aceptación que los órganos ejecutivos, para el debido cumplimiento de la ley e incluso de la misma Constitución, profieran actos similares a la ley en cuanto a su generalidad e impersonalidad. Por lo tanto actos administrativos de carácter general, a los que la doctrina ius-publicista denomina reglamentos en cuanto, a diferencia del acto administrativo tradicional, no producen situaciones jurídicas particulares o concretas sino que contienen normas de aplicación abstracta⁴²

Las principales manifestaciones de los actos administrativos de carácter general las encontramos en los actos expedidos a partir del ejercicio de la potestad reglamentaria

de todas las leyes sin limitación alguna⁴³, atribuida por la Constitución al Presidente de

³⁹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 11 de marzo de 1968, C. P.: ALBERTO

HERNÁNDEZ MORA.

⁴⁰ Véase lo expresado en el capítulo cuarto de este tomo, a propósito del reglamento como fundamento del sistema normativo.

⁴¹ HANS KELSEN. teoría pura do díreíto, versao condensada pelo autor, Sao Paulo, Revista

dos Tribunaais, 2002, p. 105.

42 ALFREDO GALLEGO ANABITARTE et al. Acto y procedímiento admínistrativo, Madrid, Marcial Pons, 2001, p. 29.

43 Este tema no ha sido pacífico en la jurisprudencia nacional. En algunos pronunciamientos el Consejo de Estado ha expresado que no es posible reglamentar determinado tipo de leyes, argumentación que en nuestra opinión carece en absoluto de una base cierta y definida. Sobre este aspecto en decisión de la Sala de Negocios Generales del 25

24



Expediente: 11001-03-26-000-2015-00174-00 (55953)
Cerro Matoso S.A c. Agencia Nacional de Minería – ANM
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

la República⁴⁴, al igual que en las potestades reglamentarias de otras normas diferentes a las leyes, como los acuerdos u ordenanzas por parte de los alcaldes y gobernadores en ejercicio de sus atribuciones legales. Así mismo, por mandato constitucional las corporaciones administrativas de elección popular en ejercicio de sus competencias expiden normalmente actos de carácter general de contenido

normativo⁴⁵. En esta misma dirección, la gran mayoría de las autoridades administrativas, cuando expresamente se encuentren habilitadas por la ley para dictar normas generales, lo hacen por la vía de actos de esta naturaleza, como los ministros, jefes de departamentos administrativos, superintendentes, en fin todos aquellos que deban crear derecho o reglas vinculantes con fuerza genérica, eventos en los cuales técnicamente no estamos ante el ejercicio de la potestad reglamentaria, sino del

de septiembre de 1944 expresó lo siguiente: “Al precisar esta tesis sobre el ejercicio normal y regular de la potestad reglamentaria, conviene afirmar que el Jefe del Estado carece de competencia constitucional para reglamentar las leyes que versan sobre materia civil o penal, organización judicial y normas procesales en general. Se justifican estas excepciones en el ejercicio de la potestad reglamentaria porque las relaciones jurídicas que origina el derecho privado contractual, la institución de la propiedad, las acciones civiles para ejercitar los derechos en juicio, el derecho de castigar y las formas de proceder no pueden ser del resorte del poder administrativo, sino de competencia privativa de la ley”. “Esta jurisprudencia está acorde con las enseñanzas de los tratadistas. Para MAURICE HAURIOU, los reglamentos 'tienen por fin asegurar la organización y funcionamiento de los servicios públicos'. Y, como es sabido, el funcionamiento normal de los servicios públicos es lo que constituye la actividad regular de la administración. La tesis de que la potestad reglamentaria sólo puede versar sobre las leyes administrativas se funda en la consideración de que, si la potestad reglamentaria tiene por objeto habilitar al Gobierno para que pueda dictar las medidas necesarias 'para la cumplida ejecución de las leyes', mal puede extenderse a los códigos Civil, Penal, Judicial, etc., respecto de los cuales no cabe el concepto de ejecución por parte del Gobierno, sino el de aplicación por parte de las autoridades jurisdiccionales, y para la cumplida aplicación de dichos códigos lo que tiene cabida es la interpretación, la cual con autoridad sólo corresponde al legislador, según el precepto de la

Constitución: ejus est interpretari cujus est legem condere”. En providencias posteriores la corporación ha rechazado esta tesis limitativa aceptando la posibilidad de que el Presidente se ocupe por vía reglamentaria de todo tipo de leyes. Puede en efecto consultarse el auto del 17 de febrero de 1962 en donde se expreso lo siguiente: “El ordinal 3.º del artículo 120 de la Carta no establece distinciones de naturaleza alguna en relación con los códigos. De consiguiente, a la jurisprudencia le está vedado hacer clasificaciones y consagrar diferencias que el mandato constitucional repele. La distinción sólo se consagra en función de la necesidad de la reglamentación, y de la competencia del órgano encargado de hacerla. El enunciado dogmático de que todos los códigos y leyes que los modifican caen fuera de la órbita de la potestad reglamentaria carece de soporte constitucional si se plantea de manera absoluta...”. En sentencia del 10 de octubre de 1962 se reitera lo anterior al indicar que “el grado de la reglamentación lo señala tácitamente y en cada caso el propio cuerpo legislativo. Tanta será la materia reglamentable por el ejecutivo cuanta determine la necesidad de realizar el estatuto expedido por las cámaras”. En la sentencia del 24 de mayo de 1973, el Consejo de Estado advirtió, enfáticamente, que era reglamentable “en primer término y por definición constitucional, la ley, cualquiera ella sea, incluidos los códigos”.

⁴⁴ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de febrero de 2000, C. P.: JAVIER DÍAZ BUENO, exp. S-7018: “La potestad de reglamentar las leyes es atribución sólo del Presidente de la República, y no de otras autoridades administrativas, que ha de ejercer, desde luego, con la colaboración del ministro del ramo o director de departamento administrativo correspondiente, según lo establecido en el artículo 115 de la Constitución; los límites de la potestad reglamentaria están señalados en cada caso por la necesidad de que sea cumplida debidamente la ley de que se trate, de manera que si la ley suministra todos los elementos indispensables para su cumplimiento, nada habrá de agregársele y, por consiguiente, no habrá oportunidad para el ejercicio de la potestad reglamentaria; pero si faltan en ella detalles necesarios para su correcta aplicación habrá lugar a proveer a la regulación de esos detalles, en ejercicio de la potestad reglamentaria. En otros términos, tanta será la materia reglamentable cuanta determine la necesidad de dar cumplimiento a la ley, y la potestad reglamentaria de las leyes está referida a cualesquiera leyes, sin distinciones, que no las establece la norma constitucional [...] El poder reglamentario lo otorga directamente la Constitución al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa, con la finalidad de que expida normas de carácter general para la correcta ejecución de la ley. Por ser una atribución propia que le confiere la Carta Política, no requiere de una norma legal que expresamente la conceda y se caracteriza además por ser atribución inalienable, intransferible e inagotable, no tiene un plazo para su ejercicio y es irrenunciable, aunque no es un poder absoluto pues se halla limitado por la Constitución y la ley, ya que al ejercerla el Presidente de la República no puede alterar o modificar la ley que reglamenta”.

⁴⁵ Consejo de Estado. Sentencia de febrero de 2000, cit.: “Distinta de esa potestad para reglamentar la ley es la facultad de las asambleas departamentales para administrar recursos y para establecer tributos que les atribuyen el numeral 3 del artículo 287 y el artículo 338 constitucionales. Se trata no de la potestad de reglamentar la ley para hacer posible su adecuado cumplimiento, que eso es reglamentar la ley, sino de cumplir una función propia, la de administrar recursos y establecer tributos, y ello mediante actos de carácter general”.

Similar situación se presenta cuando el legislador atribuye a determinadas autoridades administrativas la facultad de regular por su especialidad determinadas materias, esto es, expedir normas generales vinculatorias para las mismas o los sectores de su influencia; en estos casos estamos, no ante facultad reglamentaria, ni mucho menos legislativa, sino, por el contrario, de estricta naturaleza administrativa por vía de actos de esta clase, es decir, administrativos; ejemplo claro es el de las comisiones de

regulación en materia de servicios públicos⁴⁷. Por último, algunas autoridades, mediante atribución directa de la Carta, expiden actos de carácter general en los asuntos de sus competencia; el ejemplo lo encontramos en el contralor general de la nación, las autoridades del Banco de la República, el Consejo Nacional Electoral, entre

otros⁴⁸. ”⁴⁹

9.2.- Conforme a lo anterior, la Resolución No. 293 de 15 de mayo de 2015, dictada por la Agencia Nacional de Minería – ANM, corresponde a un acto administrativo de carácter general, de naturaleza normativa, por cuanto a partir de su contenido jurídico se desprende la creación de situaciones jurídicas de orden general, impersonal y objetiva.

9.3.- Ello es así por cuanto tal Resolución pretende establecer, con carácter general, “los parámetros, criterios y la fórmula para la fijación del precio base de liquidación de las regalías y compensaciones de níquel”, reglamentando, conforme a la ley, situaciones jurídicas de derecho público y teniendo como destinatarios a todos aquellos que conforme al ordenamiento tienen el deber de jurídico de pagar al Estado regalías y compensaciones por la explotación de este recurso natural no renovable.

9.4.- Dicho lo anterior, el articulado de la Resolución discurre en torno a la definición (artículo 2º) de términos tales como a) Precio base de liquidación de regalías y compensaciones de níquel PBLRN, b) Precio Internacional del níquel PTIN, c) Costo

46 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 29 de octubre de 1976: “Esta competencia tiene, como se ve, origen legal y no es desarrollo de la potestad reglamentaria que, en principio, sólo le corresponde al Gobierno, ni tampoco constituye el desarrollo de una delegación. Una cosa es la reglamentación de la ley, cometido que no requiere texto legal que lo autorice o reitere; y otra, muy diferente, la adscripción de competencia a un ministerio para que cumpla o ejecute una misión determinada, aspecto que debe estar expresamente señalado en la ley. El hecho de que esta facultad deba traducirse, de ordinario, en decretos de carácter general o abstracto no la asimila a la citada potestad, causa de los reglamentos que para la cumplida ejecución de las leyes debe dictar el Gobierno, dentro de los marcos o límites que implícita o explícitamente se deriven de la ley reglamentada, pero no más...”.

⁴⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-1162 del 6 de septiembre de 2000, M. P.: JOSÉ GREGORIO HERNANDEZ GALINDO. ⁴⁸Véase lo expresado en el cap. cuarto de este tomo, a propósito del reglamento como fundamento del sistema normativo.

⁴⁹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Acto Administrativo, procedimiento, eficacia y validez. Tomo II. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 4º ed., 2006, pág. 161-162.

Transporte Externo, Te, d) Precio FOB de níquel, FOB, d) Precio Promedio ponderado FOB, PFOB, e) Boca o borde de mina, f) Costo de procesamiento en horno, CPH, g) Costo de manejo, CM, h) Costos de transporte y portuarios, CTP.

9.5.- La fórmula para la fijación del precio base para la liquidación de regalías de níquel se hace en el artículo 3° en los siguientes términos: $PBLRN_t = PFOB_t - 1 - 0,75 * (CPH_t - 1 + CM_t - 1 - CTP_t - 1)$, términos éstos definidos en el artículo 2° de la Resolución.

9.6.- Los artículos 4° al 6° se encargan de enlistar los conceptos que comprenden los términos Costos de procesamiento en horno, Costos de manejo y Costos de transporte y portuario.

9.7.- El artículo 7° regula lo pertinente a la información de costos que los titulares mineros productores de níquel deben reportar a la autoridad minera, siendo estos: costos mensuales de procesamiento en horno, costos mensuales de manejo, costos mensuales de transporte y portuarios, la producción mensual en libras de níquel y el costo promedio ponderado mensual del transporte o flete pagado por libra de níquel en cada uno de los despachos realizados hacia el exterior.

9.8.- El artículo 8°, titulado serie de precios histórica, menciona el deber de los titulares mineros productores de níquel de reportar a la autoridad minera y a la UPME la información de costos respecto de periodos comprendidos por el tercer trimestre del año 1994 o desde la fecha de prórroga del respectivo contrato y el trimestre anterior a la publicación de la Resolución. Tal información será utilizada “para efectuar la reliquidación de las regalías que se han causado y pagado de forma provisional en los contratos mineros actualmente vigentes a los que les resulte aplicable las prescripciones de la Ley 141 de 1994 y las normas que la hayan adicionado o modificado”.

9.9.- El artículo 9° establece que para el cálculo del precio base para la liquidación de regalías de níquel para el trimestre siguiente a la publicación de la Resolución del presente acto administrativo, los titulares mineros deberán enviar la información de que trata el artículo 7° dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la terminación del segundo trimestre.

27

9.10.- El artículo 10 refiere a la competencia de la Agencia Nacional de Minería – ANM para modificar o actualizar en cualquier tiempo la metodología “cuando aparezcan circunstancias que modifiquen las estructuras de costos que se han empleado para la formulación, tales como la subcontratación o incorporación de nuevas tecnologías, entre otras”. El artículo 11 menciona la coordinación entre la Agencia Nacional de Minería y la Unidad de Planeación Minero Energética para auditar la información de costos reportados por los destinatarios de la Resolución. Finalmente, el artículo 12 prescribe que la Resolución rige a partir de la fecha de publicación, la cual ocurrió el 15 de mayo de 2015.

10.- El derecho de propiedad y los derechos adquiridos.

10.1.- Sobre las cuestiones relativas al derecho de propiedad y los derechos adquiridos esta Subsección, en fallo de 28 de marzo de 2012, se pronunció en los siguientes términos:

“1. La Constitución Política dispone que “se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores.”⁵⁰

Este precepto superior, entre otros, consagra la garantía de la irretroactividad de la ley y da lugar al principio según el cual las leyes rigen para el futuro.

De acuerdo con ésta garantía constitucional, por regla general,⁵¹ una ley posterior no puede pretender cobijar situaciones jurídicas acontecidas antes de su vigencia para de ésta manera desconocer, cercenar o vulnerar los derechos que válidamente se adquirieron bajo el imperio de la ley anterior.

Cuando una ley posterior desconoce o vulnera los derechos adquiridos válidamente bajo la legislación que le precede, se predicará de ella que es retroactiva y en consecuencia quedará en entredicho su exequibilidad por ser contraria a la previsión constitucional.

Pero esto no significa que en algunos casos la ley no pueda regular situaciones acontecidas antes de su vigencia pero sin desconocer, cercenar o vulnerar los derechos que válidamente se adquirieron bajo el imperio de una ley anterior, caso en el cual se dirá de ella que es retrospectiva y no estará cuestionada su exequibilidad precisamente por no comprometer los derechos adquiridos con anterioridad.

50 Artículo 58.

⁵¹ Por regla general porque ese mismo precepto constitucional agrega que cuando una ley expedida por motivo de utilidad pública o interés social ponga en conflicto el interés general con el interés particular, este debe ceder ante aquel.

28

Sin embargo toda esta cuestión que se viene mencionando y a pesar de que parece, así dicho, un asunto sencillo y elemental, ha dado lugar a múltiples y diversas posiciones y teorías que pretenden explicarlo empezando por la teoría clásica expuesta por Merlin, pasando por la de las facultades legales ejercidas y las facultades legales no ejercidas, la del interés general, la de las situaciones jurídicas abstractas y las situaciones jurídicas concretas, y la de los hechos pasados y los efectos futuros, entre otras, aspectos todos estos que por supuesto sólo mencionamos para no tornar esta sentencia en una lección de derecho sobre la vigencia de la ley en el tiempo lo que resultaría a todas luces impertinente por ser más bien materia de un artículo o de un libro y no de un fallo judicial.

No obstante resaltamos que el cuestionamiento de la teoría clásica, esto es la de los derechos adquiridos y las meras expectativas, y la exposición de esas otras teorías permitió que asomara el concepto de efecto inmediato de la ley, según el cual la aplicación de la nueva ley a los efectos aún no producidos de un hecho o acto acontecido o celebrado bajo el imperio de la ley anterior, no implicará darle un efecto retroactivo a aquella sino que estará produciendo el efecto inmediato que le es propio consistente en su aplicación sin tardanza.

Lo cierto es que la garantía de la irretroactividad de la ley, las excepciones, y la temática del efecto inmediato encuentran desarrollo en varias normas legales contenidas en su mayor parte de en los artículos 18 a 42 de la Ley 153 de 1887 en donde, en lo tocante al efecto inmediato, se señala que “las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deban empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación.”⁵² ⁵³

10.2.- A cuanto se ha dicho vale la pena agregar que la garantía del derecho a la propiedad privada y los derechos adquiridos encuentra suficiente sustento normativo desde la perspectiva convencional cuando se toma en consideración lo prescrito en el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos:

Artículo 21. Derecho a la propiedad privada.

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.
2. Ninguna persona puede ser privado de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.
3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.”

10.3.- De donde la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha entendido que se encuentran protegidos los derechos adquiridos “entendidos como derechos que se han

52 Artículo 40.

53 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 28 de marzo de 2012, Exp. 21669.

29

incorporado al patrimonio de las personas”⁵⁴, los cuales fundamentan el principio de irretroactividad de la Ley⁵⁵.

10.4.- Ahora bien, tal cuestión, respecto de las relaciones contractuales, no implica otra cosa diferente a prohibir, en línea de principio, que el marco jurídico regulatorio es aquél vigente al momento de la suscripción de tales negocios jurídicos, lo que excluye aplicaciones retroactivas de la Ley pues, en virtud del artículo 38 de la Ley 153 de 1887 “En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebraciyn”, salvo las cuestiones exceptuadas en el mismo precepto legal. De este parecer participa la jurisprudencia constitucional, por cuanto pregona:

“Ante la necesidad de mantener la seguridad jurídica y asegurar la protección del orden social, la Constitución prohíbe el desconocimiento o modificación de las situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de una ley, con ocasión de la expedición de nuevas regulaciones legales. De este modo se construye el principio de la irretroactividad de la ley, es decir, que la nueva ley no tiene la virtud de regular o afectar las situaciones jurídicas del pasado que han quedado debidamente consolidadas, y que resultan intangibles e incólumes frente a aquélla (...)”⁵⁶ (Resaltado propio)

10.- Las regalías, fundamento constitucional y su concepto.

10.1.- Es a partir del marco constitucional colombiano que se perfilan los elementos esenciales del concepto de regalías el cual encuentra sustento en el artículo 360⁵⁷ que prescribe: “La explotaciyn de un recurso natural no renovable causará, a favor del Estado, una contraprestación económica a título de regalía, sin perjuicio de cualquier otro derecho o compensación que se pacte. La ley determinará las condiciones para la explotaciyn de los recursos naturaleza no

renovables.”, en armonía con el artículo 332 superior “El Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no

54 “55. El primer párrafo del artículo 21 de la Convención Americana consagra el derecho a la propiedad privada, y señala como atributos de la propiedad el uso y goce del bien. Incluye a su vez una limitación a dichos atributos de la propiedad en razón del interés social. Este Tribunal ha desarrollado en su jurisprudencia un concepto amplio de propiedad⁵⁴ que abarca, entre otros, el uso y goce de los bienes, definidos como cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona. Dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor⁵⁴. Asimismo, la Corte ha protegido a través del artículo 21 convencional los derechos adquiridos, entendidos como derechos que se han incorporado al patrimonio de las personas⁵⁴.” Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Salvador Chiriboga c. Ecuador, fallo de 6 de mayo de 2008. Postura reiterada en el Caso Acevedo Buendía (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) c. Perú, fallo de 1º de julio de 2009, párr. 84; Caso Abrill Alosilla y otros c. Perú, fallo de 4 de marzo de 2011, párr. 82 y Caso Furlan y Familiares c. Argentina, fallo de 31 de agosto de 2012, párr. 220.

55 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Abrill Alosilla y otros c. Perú, fallo de 4 de marzo de 2011, párr. 82 (citando la sentencia C-147 de 1997 de la Corte Constitucional de Colombia)

56 Corte Constitucional, Sentencia C-147 de 1997.

⁵⁷ En la redacción que le imprimió el artículo 1º del Acto Legislativo 05 de 2011.

30

renovables...” y el 361 “(...) los departamentos, distritos y municipios en cuyo territorio se adelanten explotaciones de recursos naturales no renovables, así como los municipios y distritos con puertos marítimos y fluviales por donde se transporten dichos recursos o productos derivados de los mismos, tendrán derecho a participar en las regalías y compensaciones, así como a ejecutar directamente estos recursos (...)”.

10.2.- De lo anterior se sigue, entonces, que es la propia Constitución la que deja planteados los elementos esenciales de este concepto por cuanto, a) corresponde a una contraprestación económica, b) que surge o se causa con ocasión de la explotación de un recurso natural no renovable, c) cuya titularidad es del Estado⁵⁸, d) pero que reconoce el derecho de las entidades territoriales de participar de esos recursos y, todo ello, por cuanto e) es el Estado el titular del subsuelo. Igualmente, se sabe que f) las regalías cuentan con una fisonomía jurídica propia y particular que las hace diferentes de conceptos, prima facie, próximos tales como los impuestos o compensaciones de carácter tributario, como lo ha dejado sentado de tiempo atrás la jurisprudencia de la Sala Plena de lo Contencioso de esta Corporación⁵⁹ y de la Corte Constitucional⁶⁰ y, g)

⁵⁸ “En lo que respecta específicamente a la propiedad de las regalías, la Corte ha interpretado la pertenencia al Estado de que habla el artículo 360 superior, en el sentido de que si bien ello no equivale a afirmar que su propiedad corresponde a la Nación, la generalidad del término indudablemente sí incluiría el nivel central o nacional. Esta conclusión se confirma también al observar que esa misma norma constitucional asigna a las entidades territoriales el derecho a “participar en las regalías y compensaciones”, precisión que no sería necesaria si tales recursos

verdaderamente fueran propiedad de aquellas. De allí que la jurisprudencia haya repetidamente calificado las regalías como recursos exógenos de las entidades territoriales.” Corte Constitucional, Sentencia C-541 de 2011.

⁵⁹ “Lo precedente muestra que en forma alguna las regalías pueden confundirse o asimilarse a los impuestos o contribuciones de carácter tributario. Baste pensar en el alcance que tienen estos últimos conceptos, en especial los primeros que llevan implícita la idea de obligatoriedad para satisfacer necesidades del servicio público sin tener en cuenta compensación o beneficios especiales. En estos eventos la obligación es puramente legal, impuesta coercitivamente por el Estado en ejercicio del poder de imperio (exacción); mientras que en las regalías pago de las mismas, en especie o en dinero, en la proporción señalada en la ley para los distintos minerales, es una contraprestación económica por el derecho que la Nación le concede al explotador de una mina de su propiedad. Y tampoco, como se expresó atrás, la regalía puede asimilarse a la contribución porque ésta, tal como lo da a entender el jurista italiano Tello Gangemi “es una compensación obligatoria satisfecha al ente público por un obra que él ha realizado con fines de utilidad general pero que producen al propio tiempo ventajas particulares a los poseedores de bienes inmuebles”. En otros términos, como lo anota el profesor Miranda Talero, “es un ingreso que obtiene el Estado en forma obligatoria para satisfacer necesidades públicas pero que le permite al obligado la obtención de una contraprestación parcialmente equivalente, traducida en una valorización o plusvalía en razón del dinero invertido ...”. Así pues, las regalías, por su naturaleza, escapan del concepto de lo tributario” (Resaltado propio). Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 15 de abril de 1997, Exp. S-632.

⁶⁰ “[a] pesar de tener en ocasiones similitudes ya que implican pagos del particular al Estado, las regalías y los impuestos son figuras diversas, con un fundamento constitucional y una finalidad diferentes. Así, como bien lo señala uno de los intervinientes, la Carta acoge la concepción de la “regalía-precio”, pues la define como una “contraprestación” que se causa por la explotación de los recursos naturales no renovables de propiedad de la Nación (CP art. 360). Por ende, las regalías están representadas por aquello que el Estado recibe por conceder un derecho a explotar los recursos naturales no renovables de los cuáles es titular (CP art. 332), debido a que estos recursos existen en cantidad limitada. En cambio, los impuestos, tal y como lo ha señalado en varias ocasiones esta Corporación, son cargas económicas que se imponen a los particulares con el fin de financiar los gastos generales del Estado, por lo cual estas obligaciones surgen del poder impositivo del Estado. En ese orden de ideas, las regalías son ingresos públicos pero no tienen naturaleza tributaria, pues no son imposiciones del Estado sino contraprestaciones que el particular debe pagar por la obtención de un derecho, a saber, la posibilidad de explotar un

31

el Constituyente encomendó al legislador regular el Sistema General de Regalías, esto es “la distribuciyn, objetivos, fines, adm inistraciyn, ejecuciyn, control, el uso eficiente y la destinación de los ingresos provenientes de la explotación de los recursos naturales no renovables precisamente las condiciones de participación de sus beneficiarios. Este conjunto de ingresos, asignaciones, órganos, procedimientos y regulaciones constituye el Sistema General de Regalías” (artículo 360, inc. 2º Constitución Política).

10.3.- Finalmente, en el ámbito legislativo se encuentra que la Ley 685 de 2001, siguiendo los lineamientos constitucionales, había prescrito que la regalía “consiste en un porcentaje, fijo o progresivo, del producto bruto explotado objeto del título minero y sus subproductos, calculado o medido al borde o en boca de mina, pagadero en dinero o en especie. También causará regalía

la captación de minerales provenientes de medios o fuentes naturales que técnicamente se consideren minas” (artículo 227).

11.- Caso concreto

11.1.- En el presente caso la parte demandante pretende se declare la nulidad de la Resolución No. 293 de 15 de mayo de 2015 dictada por la Agencia Nacional de Minería – ANM “por la cual se establecen los parámetros, criterios y la fórmula para la fijación del precio base de liquidación de las regalías y compensaciones de Níquel”.

En el expediente se encuentra copia de los siguientes negocios jurídicos⁶¹:

Número y/o fecha	Escritura pública	Aspectos relevantes
Contrato de Concesión	Protocolizado por	Cláusula Primera: El Gobierno otorga
No. 899 de 30 de marzo	escritura pública No.	derecho al concesionario para explorar y
de 1963 (fls 124-147, c1)	7790 de 26 de noviembre de 1970	explotar los yacimientos de níquel que se hallan en el globo de terreno de
corrida en la Notaría		aproximadamente quinientos (500)
7º de Bogotá		hectáreas, ubicado en la jurisdicción del

recurso natural no renovable. En ese orden de ideas, la relación entre el Estado y el particular es diversa, pues en un caso la persona voluntariamente decide pagar la regalía para obtener un derecho de explotación, mientras que las personas no pueden sustraerse al pago del tributo, si se cumple el hecho impositivo previsto por la ley. La obligación de pagar un impuesto no surge entonces de la celebración de un contrato con el Estado, ni de la concesión de una licencia o permiso de explotación, sino del cumplimiento del hecho previsto por la ley tributaria.” Corte Constitucional, sentencia C-221 de 1997. Tesis reiterada ampliamente por la Corte en los siguientes fallos: C-447 de 1998, C-541 de 1999, C-127 de 2000, C-207 de 2000, C-251 de 2003, C-628 de 2003, C-748 de 2012 y C-010 de 2013.

⁶¹ Hará mención el Despacho a aquellos aspectos que guardan relevancia para la resolución de la medida cautelar solicitada.

		Municipio de Montelíbano (...). Cláusula Novena: El periodo de explotación será de treinta años, contados a partir del vencimiento definitivo del periodo de montaje, terminado el cual el concesionario deberá explotar anualmente una cantidad mínima de 1000 toneladas de mineral (...).
Acuerdo suscrito el 5 de agosto de 1985 mediante el cual se reglamenta la cláusula 16 del contrato	Protocolizado por escritura pública No. 2079 de 23 de agosto de 1985 corrida en la Notaría 31 de Bogotá	Mediante el cual se adoptan las bases el cálculo trimestral de las regalías de la cláusula décimo sexta del Contrato Adicional.

adicional.		
Otrosí de 26 de noviembre de 1986.	Protocolizado por escritura pública No. 23 de 13 de enero de 1987 corrida en la Notaría 31 de Bogotá	Aclara el Acuerdo de 5 de agosto de 1985.
Otrosí al Contrato Adicional al Contrato de Concesión No. 866, suscrito el 10 de octubre de 1996.	Se acordó prorrogar por cinco (5) años el periodo de explotación del contrato de concesión No. 866 contado a partir del 1º de octubre del año 2007.	
Contrato de Concesión No. 1727 de 10 de febrero de 1971.	Protocolizado por escritura pública No. 1039 de 8 de marzo de 1971 corrida en la Notaría 7º de Bogotá	Cláusula Primera: El objeto de este contrato, de acuerdo con los artículos 1º y 27 del Decreto 1275 de 1970, es obtener el aprovechamiento total de los yacimientos de níquel que se encuentren en un globo de terreno de ciento ochenta y seis hectáreas (186 Hts.), ubicado en jurisdicción del Municipio de Montelíbano, en el Departamento de Córdoba (...). Cláusula Novena: El periodo de explotación será hasta de treinta (30) años, contados a partir del vencimiento definitivo del periodo de montaje, durante el cual el concesionario deberá explotar anualmente una cantidad mínima de 80.000 toneladas de mineral conjuntamente con los contratos 1726 y 1728.
Contrato de exploración y explotación de 13 de noviembre de 1996	No	Cláusula Primera: Objeto del Contrato: (1) El objeto del presente Contrato es otorgar a Cerro Matoso el derecho temporal y exclusivo de: (a) Realizar por su cuenta y riesgo la exploración, explotación y procesamiento del mineral de níquel, y de los minerales que estén asociados , o en liga íntima, o se obtengan como subproductos de dicho mineral, según la lista señalada en el Anexo

	1 del presente Contrato, que se encuentren dentro del Área Total Contratada; y (b) Continuar, a partir de la expiración de las concesiones, la exploración, explotación y procesamiento del mineral de níquel, y de los minerales que estén asociados, o en liga íntima, o se obtengan como subproductos de dicho mineral, según la lista señalada en el Anexo 1 del presente contrato, que se encuentren dentro del Área de las Concesiones. (...) Clausula Tercera. Duración y prórroga del Contrato (1) Duración: El presente Contrato estará vigente: En relación con el Área Total Contratada: Por un término inicial de treinta (30) años, contados a partir de la fecha de la firma del presente Contrato, el cual término (sic) se prorrogará en el evento y en la forma prevista en el numeral (2) de la presente cláusula. En relación con el Área de las Concesiones: Como a la expiración de las Concesiones la respectiva zona se incorporará automáticamente al Área Total Contratada, a partir de dicho momento se sujeta a lo previsto en el literal (a) anterior. (...)
Otrosí modificadorio del contrato de exploración y explotación No. 051-96M, suscrito el 11 de abril de 2002.	
Modificación al Contrato No. 1727, suscrito el 22 de julio de 2005.	
Modificación al Contrato No. 866, suscrito el 22 de julio de 2005.	
Otrosí No. 2 al contrato de exploración y explotación No. 051-96M, suscrito el 17 de mayo de 2007.	No
Otrosí No. 3 al contrato de exploración y explotación No. 051-96M, suscrito el 26 de	No

septiembre de 2012	
Otrosí No. 4 al contrato de exploración y explotación No. 051-96M, suscrito el 27 de diciembre de 2012.	No

11.2.- En claro lo anterior, procede el Despacho a considerar lo pertinente respecto de los cargos formulados por la parte demandante.

11.3.- Primer cargo. El actor alega que en la Resolución 293 de 15 de mayo de 2015 dictada por la Agencia Nacional de Minería – ANM se estableció una fórmula para la determinación del Precio Base de Liquidación de Regalías y Compensaciones de níquel (PBLRN) con desconocimiento del artículo 23 de la Ley 141 de 1994.

11.3.1.- En suma, consideró que la violación a la Ley 141 de 1994 consistía en haber dispuesto un Precio Base para la Liquidación de Regalías y Compensaciones Monetarias generadas por el níquel tomando como referencia el promedio aritmético mensual del precio internacional que fije para este metal la bolsa de metales de Londres, LME, en la versión del cierre de la tarde más un promedio mensual simple de las primas de mercado libre de Europa y Estados Unidos publicados en el “Metal Bulletin”, mientras que la Ley indica para el efecto se tomará como base el promedio ponderado del precio FOB en puertos colombianos.

11.3.2.- Para hacer claridad al respecto se trae a cuento, en una tabla comparada, uno y otro precepto:

Ley 141 de 1994. Artículo 23.	Resolución 293 de 15 de mayo de 2015 – Agencia Nacional de Minería – ANM
Artículo 23. Precio base para la	Artículo 2º. Definiciones.
liquidación de las regalías y	a) Precio Base de Liquidación de Regalías y
compensaciones monetarias generadas	Compensaciones de Níquel (PBLRN): Es el precio
por la explotación d el níquel. En las	base para la liquidación de las regalías y
nuevas concesiones o en las prórrogas	compensaciones de Níquel, en pesos colombianos
del contrato vigente, si las hubiere, para	por Libra de Níquel, de conformidad con lo
la fijación del precio básico en boca o	establecido en los artículo 16, 23 y 26 de la Ley 141
borde de mina para la liquidación de las regalías y compensaciones monetarias, se tomará como base el promedio	de 1994, modificada por la Ley 756 de 2002. El PBLRN deberá establecerse tomando como

35

ponderado del precio FOB en puertos colombianos en el trimestre inmediatamente anterior, descontando el setenta y cinco por ciento (75%) de los costos de procesamiento en horno, de los costos de manejo, de los costos de transporte y portuarios.

referencia el promedio aritmético mensual del precio internacional que fije para este metal la

Bolsa de Metales de Londres (LME) en su versión al cierre de la tarde más un promedio mensual simple de las primas de mercado libres de Europa y Estados Unidos publicadas en el “Metal Bulletin”, en el trimestre inmediatamente anterior al periodo de liquidación, descontando el transporte externo y el valor de los costos deducibles establecidos en la Ley, siguiendo el procedimiento y las fórmulas definidas en la presente resolución.

11.3.3.- Ahora bien, para el análisis de legalidad del sub judice debe tomarse en consideración que el Acto Legislativo 05 de 2011 estableció modificaciones constitucionales para el régimen de las regalías, dando origen al Sistema General de Regalías⁶² y, en cumplimiento de las nuevas disposiciones constitucionales

62 “3.1.1. El acto legislativo 5 de 2011 introdujo varias modificaciones al régimen jurídico que, en materia de regalías, se encontraba inicialmente establecido en los artículos 360 y 361 de la Constitución Política. Además de establecer ajustes en relación con la destinación de las regalías fijando un esquema para su distribución, definió un nuevo marco regulatorio e institucional de administración y ejecución.

3.1.2. El artículo 1 del referido Acto Legislativo, que modificó el artículo 360 original de la Constitución, se ocupó de establecer, no solo (a) los aspectos nucleares del concepto de regalía prescribiendo la causación por la explotación de los recursos naturales no renovables y por el deterioro que para el medio ambiente ello supone⁶², indicando los nuevos propósitos que orientan su inversión y conservando la participación especial de los municipios ribereños del Río Grande de la Magdalena (art. 331)⁶² sino también (b) las competencias que en la regulación de esta materia le corresponde ejercer al Legislador.

Así, estableció que: (b.i) mediante una ley deberán ser establecidas las condiciones de explotación de los recursos naturales no renovables; (b.ii) con la expedición de otra ley deben adoptarse las normas relativas a su distribución, objetivos y fines así como a su administración, ejecución y control.

3.1.3. El artículo 2 -que modificó el artículo 361 de la Constitución-, estableció las reglas generales para distribución de los recursos provenientes de las regalías. Para ello dispuso, en primer lugar, la creación (i) del Fondo de Ciencia, Tecnología e Innovación, (ii) del Fondo de Desarrollo Regional, (iii) del Fondo de Compensación Regional y (iv) del Fondo de Ahorro y Estabilización. Adicionalmente, en segundo lugar, precisó los porcentajes de los recursos de regalías que corresponde a cada uno de tales fondos. Finalmente definió un sistema institucional para la adopción de las decisiones relativas a la destinación específica de los recursos asignados. Tal sistema institucional, en su diseño constitucional, se encuentra configurado de la siguiente manera:

3.1.3.1. La competencia para definir los proyectos que deben financiarse con cargo a las denominadas asignaciones directas que prevé el inciso segundo del artículo 2 del acto legislativo 5 de 2011, corresponde a los Órganos Colegiados de Administración y Decisión. La conformación de tales órganos se define según se trate de asignaciones directas destinadas a los departamentos o de asignaciones directas destinadas a los distritos y municipios.

En el caso de los departamentos los Órganos estarán integrados por dos ministros o sus delegados, por el gobernador respectivo o su delegado y por un número representativo de alcaldes. En el caso de los municipios y los distritos esos Órganos estarán compuestos por un delegado del gobierno nacional, por el gobernador o su delegado y por el alcalde.

3.1.3.2. La atribución para determinar los programas y proyectos cuya financiación se llevará a cabo con los recursos asignados al Fondo de Ciencia y Tecnología, corresponde también a un Órgano Colegiado de Administración y Decisión en el que participarán tres ministros o sus delegados, un representante del organismo nacional de planeación, un representante del organismo nacional encargado del manejo de la política pública de ciencia y tecnología e innovación, un gobernador por cada una de las instancias de planeación regional a las que alude el inciso cuarto del párrafo segundo del artículo 2 del acto legislativo, cuatro representantes de las universidades públicas y dos representantes de universidades privadas.

36

incorporadas por dicha enmienda, habilitó al legislador a dictar las normas legales concernientes a la organización y funcionamiento del Sistema, cuestión que fue satisfecha por vía de la expedición de la Ley 1530 de 2012⁶³.

11.3.4.- Importa destacar, para el caso, que el artículo 15 de la Ley 1530 de 2012 abordó lo relativo a los precios base de liquidación de regalías y compensaciones bajo las siguientes pautas: i) otorgó competencia a las Agencia Nacional de Hidrocarburos y a la de Minería para que, mediante actos administrativos de carácter general, “señalara (...) los términos y condiciones para la determinación de los precios base de liquidación de las regalías y compensaciones producto de la explotación de los recursos naturales no renovables”, ii) precisó que la competencia para proceder en tal sentido se hacía sin perjuicio de lo pactado en los contratos vigentes a la fecha de promulgación de esa Ley, esto es, a 17 de mayo de 2013 y iii) fijó una serie de criterios a ser tenidos en cuenta por las Agencias mencionadas para proceder a tal cuestión, siendo estos parámetros tener en cuenta a) la relación entre producto exportado y de consumo nacional, deduciendo los costos de transporte, manejo, trasiego, refinación y comercialización, según corresponda con el objeto de establecer la definición técnica apropiada para llegar a los precios en borde o boca de pozo o mina, b) para el caso del gas se dijo que el precio base estará asociado al precio de comercialización de dicho producto en boca de pozo, teniendo en cuenta las condiciones generales señaladas sobre el particular en la normativa y regulación vigente.

11.3.5.- En este sentido, el Despacho encuentra que, partiendo de un análisis jurídico preliminar, le asiste competencia a la Agencia Nacional de Minería – ANM respecto de los precios base de liquidación de regalías y compensaciones, por vía de actos administrativos generales, a partir de los cuales la Unidad de Planeación Minero

3.1.3.3. La facultad para determinar los proyectos que deberán ser financiados con los recursos que le sean asignados al Fondo de Desarrollo Regional y al Fondo de Compensación Regional corresponde a Órganos Colegiados de Administración y Decisión en los que participarán cuatro ministros o sus delegados, un representante del organismo nacional de planeación, los gobernadores respectivos o sus delegados y un número representativo de alcaldes.

3.1.4. Es importante destacar que el Acto Legislativo contempla también la posibilidad de que el legislador disponga la creación de comités de carácter consultivo para los Órganos Colegiados de Administración y Decisión con participación de la sociedad civil. Adicionalmente el Acto Legislativo advierte que las entidades territoriales tendrán en ellos una participación mayor a la del Gobierno Nacional.” Corte Constitucional, sentencia C-247 de 2013.

63 Ley 1530 de 17 de mayo de 2012 “Por la cual se regula la organización y el funcionamiento

del Sistema General de Regalías. Publicado en el Diario Oficial No. 48433 de ese día.

37

Energética – UPME fija, en concreto, los precios de las regalías, según lo prescrito en el numeral 2° del artículo 5° del Decreto – Ley 4130 de 3 de noviembre de 2011.

11.3.6.- Con otras palabras, no puede leerse de manera insular el precepto legal del artículo 23 de la Ley 141 de 1994, pues considera el Despacho que tal prescripción legal debe ser armonizada con lo fijado por el artículo 15 de la Ley 1530 de 2012, de donde se extrae la competencia de la Agencia Nacional de Minería – ANM para regular lo pertinente a la fijación del precio base de liquidación de regalías, conforme a las pautas prescrita en dicho artículo.

11.3.7.- Así, una lectura plausible y razonada de esta norma lleva a concluir que las modificaciones de las que se duele la parte demandante al Precio Base para la liquidación de las regalías y compensaciones monetarias generadas por la explotación de níquel cuentan, en su base, con una fundamentación de raigambre legal.

11.3.8.- Por consiguiente, prima facie, el cambio de criterio para la fijación del precio base para la liquidación pasando del promedio ponderado del precio FOB en puertos colombianos al promedio aritmético mensual del precio internacional que fije para este metal la bolsa de metales de Londres, LME, en su versión de cierre de la tarde más un promedio mensual simple de las primas de mercado libre de Europa y Estados Unidos publicados en el ³⁰ ~WOW, encuentra sustento competencial en el ordenamiento jurídico del orden legal.

11.4.- Segundo cargo. Por otra parte, el demandante cuestiona la definición que estipula la Resolución No. 293 de 15 de mayo de 2015 respecto del FOB en contraste con el artículo 68 de la Ley 685 de 2001 y el Glosario Técnico Minero adoptado mediante el Decreto 2191 de 2003. Para el desarrollo de este cargo es preciso referir la siguiente tabla comparativa de los enunciados en cita:

Resolución 293 de 15 de mayo de 2015 (ubicado entre los literales c y d del artículo 2°)	Ley 685 de 2001	Resolución 2191 de 2003
Precio FOB de Níquel (FOB): Corresponde al precio	Artículo 68. Definiciones técnicas. El Gobierno	Libre a bordo (costo) FOB (Free On Board)

38

promedio mensual del níquel, en pesos colombianos por Libra de Níquel exportado, en	Nacional adoptará un glosario o lista de definiciones y términos técnicos en materia	Abreviatura usada en algunos contratos de ventas internacionales. En estos
el puerto de salida	minera que serán de	contratos, el vendedor está en
colombiano cargado en el	obligatorio uso por los	la obligación de colocar los
barco o en el medio de	particulares y por las	bienes en su punto de
transporte usado, es decir, el	autoridades y funcionarios en	embarque, listos para el
Precio Internacional del	la elaboración, presentación y	envío. Mientras que el
Níquel (PTIN), habiéndose descontado los costos de	expedición de documentos, solicitudes y providencias que	comprador acepta cubrir todos los gastos de transporte
transporte externo y seguros	se produzcan en las	terrestres y asume los riesgos
correspondientes, calculado	actuaciones reguladas por	en el país exportador, así
para cada uno de los meses	este código.	como los costos de transporte
correspondientes al trimestre	posteriores al embarque. En	
inmediatamente anterior al del	Colombia las exportaciones	
periodo de liquidación, así:	se miden a precios FOB	
FOB=PTIN-Te		
Se calcula para cada uno de los meses que comprende el trimestre inmediatamente anterior al del periodo de liquidación.		

11.4.1.- Aduce Cerro Matoso que una definición como la recogida en el precepto acusado de ilegal desconoce el Glosario Técnico Minero y por lo mismo la realidad de los contratos de venta internacional de níquel y los valores declarados en las exportaciones colombianas que se reportan ante las autoridades aduaneras.

11.4.2.- Sobre este punto, es preciso señalar que una revisión preliminar del asunto, en sede cautelar, lleva a decir que el concepto FOB recogido en la Resolución demandada encuentra correspondencia respecto del Glosario Técnico Minero, pues mientras en aquél se indica que el FOB corresponde al precio promedio mensual del níquel “en el puerto de salida colombiano cargado en el barco o en el medio de transporte usado”, éste refiere que los contratos de ventas internacionales donde se pacta FOB (Libre a Bordo) “el vendedor está en la obligación de colocar los bienes en su punto de embarque, listos para el envío. Mientras que el comprador acepta cubrir todos los gastos de transporte terrestre y asume los riesgos en el país exportador, así como los costos de transporte posteriores al embarque”, esto es, describe la estructura de los riesgos y los costos que cada una de las partes involucradas en el negocio jurídico de venta internacional asumen.

39

11.4.3.- Así, el FOB definido en la Resolución 293 de 2015 hace hincapié en el precio en el puerto de salida colombiano cargado en el barco o medio de transporte usado, mientras que el del Glosario describe riesgos y costos que asumen las partes.

11.4.4.- Pero, más aún, debe el Despacho recordar que uno de los elementos basilares para la prosperidad de la medida cautelar es la dependencia de superioridad jerárquica que debe existir entre el acto acusado y aquél que se dice violentado. Como en el sub judice la Resolución 2191 de 2003 y la Resolución 293 de 2015 corresponden a actos administrativos de carácter general dictados por autoridades del orden nacional conforme a las competencias legales pertinentes (Artículo 68 de la Ley 685 de 2001, en un caso, y artículo 15 de la Ley 1530 de 2012, en el otro), se sigue que tal cuestión no permite, en esta prematura instancia procesal, acometer un análisis de subsunción lógico deductivo.

11.4.5.- Por consiguiente, en esta oportunidad procesal no se encuentra razón demostrativa de la contradicción de la Resolución No. 293 de 2015, en punto a la definición que allí se estipuló para FOB. Será, por tanto, para una ulterior oportunidad que esta judicatura se pronunciará de fondo sobre tal cuestión, previo acopio de mayores elementos de juicio al respecto.

11.5.- Tercer cargo.

11.5.1.- Finalmente, el tercer cargo que propone Cerro Matoso contra la Resolución se dirige, puntualmente, a cuestionar la legalidad de su artículo 8º, al considerar que pugna con normas constitucionales (artículo 29 y 58) y de orden legal (artículos 15 de la Ley 1530 de 2012, 52 de la Ley 4º de 1913, 2 y 38 de la Ley 153 de 1887, 228 de la Ley 685 de 2001 y 43 del CPACA), por cuanto viola el principio de irretroactividad de la ley, desconoce los derechos adquiridos, atenta contra la seguridad jurídica y la confianza legítima que protege la Constitución Política.

11.5.2.- El texto del artículo 8º de la Resolución 293 de 2015 es como sigue:

"Artículo 8º. Serie de Precios Histórica: Los titulares mineros productores de níquel y que lo obtengan en cualquiera de sus presentaciones y que en virtud de las disposiciones de artículo 23 de la Ley 141 de 1994 hayan suscrito de concesión en

40

vigencia de la norma referida, o que sus contratos se hayan prorrogado con posterioridad a la entrada en vigencia de la norma, deberán reportar a la Autoridad Minero y a la Unidad de Planeación Nacional Minero Energética (UPME), en medio físico y medio magnético, la información descrita en el artículo anterior, respecto los periodos comprendidos por el tercer trimestre del año 1994 o desde la fecha de prórroga del respectivo contrato y el trimestre anterior a la publicación del presente acto administrativo, dentro de los tres (3) meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente resolución. Esta información servirá para efectuar la reliquidación de las regalías que se han causado y pagado de forma provisional en los contratos mineros actualmente vigentes a los que les resulte aplicable las prescripciones de la Ley 141 de 1994 y las normas que la hayan adicionado o modificado."

11.5.3.- En este orden de ideas, el Despacho toma en consideración lo que arriba se dejó dicho en cuanto a la garantía convencional, constitucional y legal de la protección del derecho a la propiedad privada y a los derechos adquiridos. Refulge, además, en esta constelación normativa el artículo 15 de la Ley 1530 de 2012 cuando sanciona con claridad meridiana que la competencia que se les otorga a las Agencia Nacional de Hidrocarburos y de Minería para señalar los términos y condiciones para la determinación de los precios base de liquidación de las regalías lo es "sin perjuicio de lo pactado en los contratos vigentes a la fecha de promulgación de la presente ley", lo que no hace más que insistir en el axioma según el cual se trata de una de las posiciones jurídicas que cabe adscribir al derecho de propiedad privada y, por tanto, bajo su

arropo encuentra protección jurídica reforzada que no puede ser soslayada por el legislador ni la autoridad administrativa, so pena de violentar en un sentido grave y relevante una de las garantías jurídicas fundamentales reconocidas en el sistema jurídico colombiano. 11.5.4.- Ahora, de los elementos semánticos y sintácticos que integran el artículo 8° de la Resolución 293 de 2015 se desprenden los siguientes referentes normativos: a) radica en cabeza de todo aquel titular minero productor de níquel, que haya suscrito concesión en vigencia de la Ley 141 de 1994 o prorrogado su vínculo contractual anterior bajo la vigencia de esta Ley, el deber de reportar a una información a la Autoridad Minera y a la UPME, b) materialmente delimita el contenido de la información requerida a aquella concerniente a la de los costos de procesamiento en horno, manejo, transporte y portuarios, la producción mensual en libras de níquel y el costo promedio ponderado mensual del transporte o flete pagado por libra de níquel en cada uno de los despachos realizados hacia el exterior, c) temporalmente circunscribe esta obligación a los extremos comprendidos entre el tercer trimestre de 1994 o desde la fecha de

41

prórroga del respectivo contrato y el trimestre anterior al 15 de mayo de 2015, cuando se dictó la Resolución, d) en cuanto a la oportunidad, fija como plazo para el envío de esa información el término de tres (3) meses siguientes a la vigencia de la Resolución en cita, esto es, hasta el 15 de agosto de 2015 y e) funcionalmente anuncia que el recaudo de esa información es para “efectuar la reliquidación de las regalías que se han causado y pagado de forma provisional en los contratos mineros actualmente vigentes a los que les resulte aplicable las prescripciones las prescripciones de la Ley 141 de 1994 y las normas que la hayan adicionado o modificado”.

11.5.5.- Del anterior ejercicio se sigue que el contenido normativo decisivo, que da sentido al artículo en cita, consiste en la finalidad que se persigue con la información demandada que no es otra cosa que reliquidar las regalías que se han causado y pagado de forma provisional, signos lingüísticos de los que se desprende una atribución de sentido unívoca: volver a examinar, hacia el pasado, los montos de regalías que ya fueron causados y pagados de forma provisional, por cuanto el prefijo re- no remite duda en cuanto a la idea de “repetición” de una situación, acción o acto, esto es, “volver a liquidar”.

11.5.6.- Siendo así cuanto precede, se advierte una contradicción evidente entre el orden jurídico superior y el artículo 8° de la Resolución 293 de 2015 por cuanto pretende aplicar retroactivamente una fórmula de liquidación de regalías respecto de situaciones ya consolidadas.

11.5.7.- Y tal conclusión no se ve alterada ni perturbada en su fuerza por el hecho de que el precepto indique que se trate de “regalías provisionales”, pues lo “provisional” no implica una suerte de precariedad o desprotección de las situaciones consolidadas que se surtieron durante la vigencia de esa cláusula temporal. Y aunque la Agencia Nacional de Minería – ANM apoya su argumento en lo pactado en el Otrosí mediante el cual Ingeominas y Cerro Matoso modificaron el Acuerdo de 5 de agosto de 1985⁶⁴, de la

64 Concretamente el artículo Segundo que dice: “La modificación contenida en el punto primero del presente otrosí, aplicará provisionalmente desde el mes de marzo (segundo trimestre) del año 2005 hasta el momento en que se fije el precio base de liquidación de regalías por parte de la Unidad de Planeación Minero Energética – UPME – de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 141 de 1994, momento en el cual la Autoridad Minera, hará efectivo lo que se disponga en los actos administrativos que sean expedidos para el efecto.” Lo que se encuentra en armonía con el considerando 15 de dicho Otrosí. (fl 104, cdno cautelares)

lectura de esta no se desprende una autorización para la aplicación retroactiva de la futura ley respecto a la fijación del precio base de liquidación de las regalías, sino la delimitación temporal de la vigencia u observancia de la fórmula que fue pactada en el Otrosí, pues desde ese momento las partes tenían conciencia de que a futuro se iba a surtir una modificación sobre la misma.

11.5.8.- Finalmente, en punto a la acreditación sumaria del perjuicio, el Despacho encuentra que este aspecto se encuentra satisfecho por cuanto considera que el simple hecho de encontrarse en vigencia el artículo 8° de la Resolución 293 de 2015 implica la posibilidad cierta, real e inmediata de que los operadores jurídicos (Agencia Nacional de Minería – ANM y la Unidad de Planeación Minero Energética – UPME) adopten medidas administrativas concretas dirigidas a hacer efectiva la reliquidación retroactiva de las regalías que ya fueron causadas y pagadas por el actor. Por consiguiente, no son de recibo en este punto los argumentos de la Agencia demandada según la cual no procede la cautela por cuanto aún Cerro Matoso no ha pagado ningún valor con ocasión de lo dispuesto en la Resolución demandada, pues asumir ello sería tanto como esperar a la causación de un perjuicio ya irremediable para poder adoptar los mecanismos cautelares, interpretación esta que carece de base jurídica y, además, de ser tomada en serio desfiguraría por completo la esencia misma del instituto cautelar.

11.5.9.- Corolario de lo expuesto, se sigue que existe una contradicción normativa entre el precepto del artículo 8° y el orden jurídico superior. Dicho lo anterior, pasa el Despacho a reflexionar sobre la medida cautelar que procede al respecto.

11.5.10.- Una vez se ha verificado que el artículo 8° de la Resolución incluye una disposición que pretende una aplicación retroactiva de una fórmula para hallar el precio base para la liquidación de las regalías, es claro para el Despacho que el remedio cautelar que debe ser adoptado en esta oportunidad no corresponde, en esencia, al instituto de la suspensión provisional de efectos de los actos administrativos, por el contrario, entiende que recurriendo a una interpretación conforme de dicho precepto hay lugar a salvar una parte del contenido normativo que si deviene en razonable y ajustado a derecho, cual es que lo dispuesto en el mentado artículo 8° sólo puede estar llamado a gobernar situaciones futuras.

11.5.11.- Para apoyar tal razonamiento, el Despacho considera, al hilo de lo que se dijo arriba sobre las medidas cautelares, que a la luz del nuevo procedimiento contencioso administrativo el Juez Administrativo deviene empoderado de un catálogo amplio e innominado de instrumentos cautelares dirigidos todos ellos a un objetivo sumamente claro: proteger de manera provisional e inmediata una posición jurídica en concreto que es objeto de litigio ante la jurisdicción contenciosa administrativa y que encuentra en entredicho su ejercicio a plenitud en razón a la amenaza que supone una decisión de la administración pública.

11.5.12.- Así, se tiene que una vez demostrado que una situación es digna de protección por vía cautelar en el proceso contencioso administrativo el Juez cuenta con un claro marco de libertad ponderada y razonada para seleccionar el instrumento – nominado o innominado – que en la mayor medida de las posibilidades fácticas y jurídicas proteja el derecho o interés legítimo de la parte interesada, pues en este caso el principio dispositivo se satisface - y agota - con que la parte a) solicite la aplicación de una medida cautelar y b) exponga los supuestos fácticos principales y las razones en las que apoya este pedimento, mientras que la oficiosidad del Juez Administrativo

implica la valoración de la situación puesta en su conocimiento y la aplicación del remedio cautelar idóneo, necesidad y proporcional respecto de la situación problemática a la que se enfrenta. No hay lugar, pues a extremar lecturas formalistas o procedimentales que rompan la ratio de los procesos judiciales: la garantía del derecho sustancial sobre las formas procesales.

11.5.13.- No otra cosa se puede entender cuando se toman en consideración los principios convencionales y constitucionales sobre acceso material a la administración de justicia y el derecho a un recurso judicial efectivo y, sobre todo, la jurisprudencia constitucional unificada que hace especial énfasis en el deber primario y fundamental de los funcionarios judiciales de guardar estricta fidelidad al texto y espíritu de la Constitución por encima de las disposiciones legales y/o reglamentarias; que es preciso comprometerse con la vigencia de los derechos fundamentales y el principio democrático para satisfacer los requerimientos que una sociedad como la nuestra exige, lo cual demanda de la judicatura un rol proactivo y volcado hacia la búsqueda de

44

la verdad y de la aplicación y primacía del derecho sustancial sobre el formal. Efectivamente, en el fallo SU-768 de 2014 este pensamiento garantista quedó plasmado como sigue:

“El Juez del Estado social de derecho es uno que ha dejado de ser el “frío funcionario que aplica irreflexivamente la ley”⁶⁵, convirtiéndose en el funcionario -sin vendas- que se proyecta más allá de las formas jurídicas, para así atender la agitada realidad subyacente y asumir su responsabilidad como un servidor vigilante, activo y garante de los derechos materiales⁶⁶. El Juez que reclama el pueblo colombiano a través de su Carta Política ha sido encomendado con dos tareas imperiosas: (i) la obtención del derecho sustancial y (ii) la búsqueda de la verdad. Estos dos mandatos, a su vez, constituyen el ideal de la justicia material.”⁶⁷. (Resaltado propio)

11.5.14.- Se aviene, entonces, este Despacho con el derrotero convencional y constitucional de dar prevalencia al derecho sustancial y, en consecuencia, considera que en el sub judice se justifica suficientemente recurrir a la aplicación de una medida cautelar oficiosa (en tanto diferente a la peticionada) e innominada pero que sí guarda estrecha e inescindible relación con el pedimento elevado por Cerro Matoso, razón por la cual se dispondrá como medida provisional interpretar el precepto del artículo 8º de la Resolución 293 de 15 de mayo de 2015 bajo el entendido que su ámbito de aplicación temporal sólo comprende las situaciones jurídicas que se presenten a futuro excluyendo cualquier suerte de retroactividad de lo allí prescrito.

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE

PRIMERO: DICTAR MEDIDA CAUTELAR INNOMINADA CONSISTENTE EN INTERPRETAR, PROVISIONALMENTE, el precepto del artículo 8º de la Resolución

65 Corte Constitucional, Sentencia T-264 de 2009.

66 Ver Sentencia C-159 de 2007.

67 Corte Constitucional, Sentencia SU-768 de 2014. Y continúa el fallo afirmando: El derecho sustancial es aquel que se refiere a los derechos subjetivos de las personas, en oposición al

derecho formal que establece los medios para buscar la efectividad del primero⁶⁷. Bajo los principios de la nueva Constitución se considera que la justicia se logra precisamente mediante la aplicación de la ley sustancial. Ahora bien, “no se puede perder de vista que una sentencia justa solo se alcanza si el juez parte de una base de conocimiento que pueda considerarse, en cierta medida, verdadera, lo que le impone la obligación de hallar el equilibrio perfecto entre la búsqueda del valor de la verdad y la efectividad del derecho material”⁶⁷. De esta manera, aunque no sea posible ontológicamente establecer un acuerdo sobre qué es la verdad y si esta es siquiera alcanzable, jurídicamente “la aproximación a la verdad es un fin, un principio y un derecho constitucional que se impone a las autoridades y a los particulares”⁶⁷

45

293 de 15 de mayo de 2015 dictada por la Agencia Nacional de Minería – ANM bajo el entendido que su ámbito de aplicación temporal sólo comprende las situaciones jurídicas que se presenten a futuro, excluyendo cualquier suerte de retroactividad de lo allí prescrito.

SEGUNDO: NEGAR la solicitud de medidas cautelares respecto de los demás apartes de la Resolución 293 de 15 de mayo de 2015.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.
Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones
ISSN 2256-1633
Última actualización: 31 de diciembre de 2020

