

NIT.900.500.018-2



Para contestar cite:
Radicado ANM No.: 20171200121891

Página 1 de 9

Bogotá, 23-05-2017

Señor (a) (es):
JUAN CAMILO GALLEGO
Calle 9 No. 5 - 59
Cali, Departamento del Valle

Asunto: Concepto jurídico sobre las acciones a tomar por parte del Ministerio de Minas y Energía, después de los resultados de la consulta popular realizada el 26 de marzo de 2017, en Cajamarca, Tolima. Radicado Número 20175510088032 de abril 20 de 2017.

Cordial saludo,

De conformidad con la solicitud de consulta remitida al Ministerio de Minas y Energía el día 28 de marzo del presente año y recibida en esta Entidad por remisión que hiciera dicho ministerio, el día 20 de abril de 2017, nos permitimos atenderlo en los siguientes términos:

1. Las consultas populares en el ordenamiento jurídico colombiano

La Constitución Política establece en sus artículos 2 y 40 entre otros, el derecho de los ciudadanos a participar en las decisiones que los afectan, aspecto que para la Corte Constitucional constituye un pilar esencial de nuestra democracia. Al respecto, la Corte ha dicho:

"La naturaleza participativa del ordenamiento constitucional supone entonces la obligación de promover, en cuanto resulte posible, la manifestación de formas democráticas de decisión y de control y, en cuanto sea necesario, la expresión de sus dimensiones representativas. Este criterio de interpretación se apoya, de una parte, en el reconocimiento que la Carta hace de las instituciones propias de la democracia representativa y, de otra, en la pretensión reconocida en el artículo 2o de la Constitución de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación. De acuerdo con lo anterior, el legislador debe identificar, en el marco definido por la Carta, el alcance de cada



una de estas expresiones de la democracia encontrándose obligado a diseñar e instrumentar medidas que permitan que los mecanismos de participación sean realmente efectivos.”¹

En el artículo 103 de nuestra Carta Política, sobre las formas de participación democrática, el constituyente estableció que serían mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía: el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto y la revocatoria del mandato, los cuales serían reglamentados por el Legislador y señaló que: *“Previo el cumplimiento de los requisitos y formalidades que señale el estatuto general de la organización territorial y en los casos que este determine, los gobernadores y alcaldes según el caso, podrán realizar consultas populares para decidir sobre asuntos de competencia del respectivo departamento o municipio.”²*

Para efectos de su regulación legal, el artículo 152 constitucional prescribió que correspondería al Congreso de la República regular las instituciones y mecanismos de participación ciudadana mediante leyes estatutarias y fue así como se expidió la Ley 1757 de 2015, por la cual se dictan disposiciones en materia de promoción y protección del derecho a la participación democrática, cuyo objeto es promover, proteger y garantizar modalidades del derecho a participar en la vida política, administrativa, económica, social y cultural, así como controlar el poder político y regular entre otros mecanismos de participación ciudadana, entre ellos el de la consulta popular.

Dicha ley establece que los mecanismos de participación ciudadana pueden tener un origen popular o de autoridad pública, según quien los promueva, sea directamente o mediante solicitud avalada por firmas de ciudadanos o por autoridad pública en los términos de la precitada ley, e indica cuales son propios de cada iniciativa, resaltando que de origen en autoridad pública únicamente es el plebiscito, en tanto de autoridad pública o popular estarían el referendo y la consulta popular.

El artículo 21 de la Ley 1757 de 2015, prescribe que no se podrán promover mecanismos de participación democrática sobre iniciativas inconstitucionales y para efectos de su control, prescribió que correspondería a la Corte Constitucional la revisión previa del texto que se somete a referendo constitucional y el texto que se somete a consulta popular para la convocatoria a una Asamblea Constituyente; y a los tribunales de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo competentes, para pronunciarse sobre la constitucionalidad del mecanismo de participación democrática a realizarse.

Sobre los requisitos previos al trámite, el artículo 31 señala que:

“Antes de iniciar el trámite ante corporaciones públicas de cada mecanismo de participación ciudadana se requiere:

¹ Sentencia C- 150 de 2015.

² Artículo 105 CP.

NIT.900.500.018-2



Para contestar cite:
Radicado ANM No.: 20171200121891

Página 3 de 9

(...)

c) Para la Consulta popular a nivel departamental, distrital, municipal y local de iniciativa gubernamental. Los gobernadores y alcaldes, con la firma de los secretarios de despacho, podrán convocar consultas para que el pueblo decida sobre asuntos departamentales, municipales, distritales o locales. El diez por ciento (10%) de los ciudadanos que conforman el censo electoral del respectivo departamento, municipio o distrito, podrá solicitar que se consulte al pueblo un asunto de interés de la comunidad;(...)"

Y una vez cumplidos los trámites previos, se realizará la consulta dentro de los tres (3) meses siguientes a la fecha del concepto previo de la corporación pública respectiva o del vencimiento del plazo indicado para ello.

Cumplida la consulta, de conformidad con el artículo 41 de la precitada ley, la decisión adoptada será vinculante, siempre que se cumplan las condiciones establecidas para cada mecanismo de participación ciudadana y que en el caso de la consulta popular, exige: que en la consulta participe no menos de la tercera parte de los electores que componen el censo electoral, que la pregunta sometida a consulta haya obtenido el voto afirmativo de la mitad más uno de los sufragios válidos, y que las autoridades competentes procedan a implementarla, mediante la adopción de las medidas necesarias para hacerla efectiva. En este sentido, si para ello se requiere la expedición de una "ley, una ordenanza, un acuerdo o una resolución local, la corporación respectiva deberá expedirla dentro del mismo período de sesiones o a más tardar en el período siguiente. Si vencido, este plazo el Congreso, la asamblea, el concejo o la junta administradora local, no la expidieren, el Presidente de la República, el gobernador, el alcalde dentro de los quince (15) días siguientes la adoptará mediante decreto con fuerza de ley, ordenanza, acuerdo o resolución local, según el caso. En esta circunstancia el plazo para hacer efectiva la decisión popular será de dos meses."³

Cabe resaltar, que existen limitantes a las medidas que pueden adoptarse en una consulta popular, y que se concretan en: (i) restricciones competenciales del pueblo en la consulta popular y (ii) en la prohibición de modificar la Constitución o de desconocer derechos constitucionales mediante el empleo de la consulta popular. En este sentido, la Corte en la Sentencia C-150 de 2015 se pronunció:

"No resulta posible que se sometan al trámite de la consulta popular disposiciones normativas o una decisión respecto de la convocatoria a la asamblea constituyente, salvo que, en este último caso, se proceda de conformidad con lo establecido en el artículo 376 de la Constitución. La Consulta popular, cuya realización se autoriza en los artículos 104 y 105 de la Constitución, no puede referirse a materias que no se encuentren comprendidas por las competencias del respectivo nivel territorial. En esa medida, no será posible que mediante una consulta popular municipal se pregunte a los ciudadanos asuntos de carácter departamental. Igualmente no podrá una consulta popular promovida por el Presidente de la República solicitar del pueblo un

³ Artículo 42 de la Ley 1757 de 2015.



pronunciamiento sobre un asunto exclusivamente territorial. Ha dicho la Corte:

"La primera restricción relacionada con la consulta popular, como mecanismo de participación democrática, tiene que ver con la esfera dentro de la cual se desarrolla. Al respecto, el artículo 104 de la Constitución permite al Presidente de la República, con la firma de todos los ministros y previo concepto favorable del Senado, consultar al pueblo decisiones de trascendencia nacional.

Por su parte, el artículo 105 de la Carta autoriza a gobernadores y alcaldes a realizar consultas, previo cumplimiento de las exigencias legales, "para decidir sobre asuntos de competencia del respectivo departamento o municipio". En la misma dirección, el artículo 51 de la Ley Estatutaria de Mecanismos de Participación Ciudadana dispone:

Artículo 51. Consulta popular a nivel departamental, distrital, municipal y local. Sin perjuicio de los requisitos y formalidades adicionales que señale el Estatuto General de la Organización Territorial y de los casos que éste determine, los gobernadores y alcaldes podrán convocar consultas para que el pueblo decida sobre asuntos departamentales, municipales, distritales o locales". (Resaltado fuera de texto).

(...)

La convocatoria al pueblo para pronunciarse en consulta popular no puede tener como propósito ni como efecto la modificación de la Constitución o la infracción de normas de derechos constitucionales reconocidos por la Carta. Respecto de la primera restricción ha indicado la Corte:

No obstante que no siempre es clara la distinción entre una consulta sobre una materia de trascendencia nacional y el sometimiento a decisión del pueblo, mediante referendo, de una reforma constitucional, en aquellos eventos en los que el resultado pueda constituir una reforma constitucional, no resulta posible emplear la consulta popular. Sobre ello ha indicado este Tribunal:

Es obvio que la confusión que genera mayor gravedad es la tentativa de usar la consulta nacional para reformar la Constitución, pues la consulta es un mecanismo que implica menores exigencias que la modificación de la Carta. En efecto, mientras que la presentación de la consulta sólo requiere la firma de todos los ministros y el concepto previo favorable del Senado (CP art. 104 y arts 51 y ss de la LEMP), el referendo debe estar contenido en una ley aprobada por la mayoría absoluta de los miembros de ambas cámaras (CP art. 378). Por ello, permitir que la Constitución sea reformada por medio de una consulta popular es inadmisibles, ya que erosiona la supremacía de la Carta, que no ha previsto ese procedimiento de reforma. Es pues perfectamente coherente que el artículo 50 de la LEMP haya estipulado que "no se podrán realizar consultas sobre temas que impliquen modificación a la Constitución".

A su vez, respecto de la segunda de las referidas restricciones señaló este Tribunal:

"En consonancia con lo anterior, tampoco es válido apelar a la consulta para la toma de decisiones que conlleven a la violación de derechos o principios de rango constitucional, pues en la práctica esto implicaría el desconocimiento normativo de la propia Carta Política. Piénsese, sólo a manera de ejemplo, en el caso de una consulta popular para decidir sobre la expropiación

NIT.900.500.018-2



Para contestar cite:
Radicado ANM No.: 20171200121891

Página 5 de 9

de inmuebles sin la indemnización previa correspondiente: una decisión de esta naturaleza sería inadmisibles, pues atentaría contra el artículo 58 Superior, que exige en forma expresa el reconocimiento de la indemnización previa."

En conclusión, podemos afirmar que las decisiones adoptadas por el pueblo en una consulta popular son vinculantes, siempre que se cumplan las condiciones fijadas en el artículo 41 de la Ley 1757 de 2015, referidas al cumplimiento del umbral requerido de votantes (tercera parte del censo electoral) y a la cantidad de votos afirmativos que debe obtener la pregunta de que se trate (mitad más uno de los votos válidos) a realizar, que no se trate de asuntos que escapen a las competencias propias del orden de que se trata – nacional, territorial, local, o municipal – y que no se vulnere la Constitución o los principios y derechos fundamentales en ella consagrados.

2. La función de ordenamiento territorial y la reglamentación del uso del suelo por parte de autoridades municipales y distritales

La Constitución Política, artículo 313.7, establece que corresponde a los Concejos municipales o distritales, "Reglamentar los usos del suelo y, dentro de los límites que fije la ley, vigilar y controlar las actividades relacionadas con la construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda.", para lo cual cuentan con los instrumentos creados por la Ley 9 de 1989 y 3 de 1991, modificadas por la Ley 388 de 1997, que a su vez, estableció en su artículo 1º que sus objetivos serían:

"(...)

2. El establecimiento de los mecanismos que permitan al municipio, en ejercicio de su autonomía, promover el ordenamiento de su territorio, el uso equitativo y racional del suelo, la preservación y defensa del patrimonio ecológico y cultural localizado en su ámbito territorial y la prevención de desastres en asentamientos de alto riesgo, así como la ejecución de acciones urbanísticas eficientes.

(...)

4. Promover la armoniosa concurrencia de la Nación, las entidades territoriales, las autoridades ambientales y las instancias y autoridades administrativas y de planificación, en el cumplimiento de las obligaciones constitucionales y legales que prescriben al Estado el ordenamiento del territorio, para lograr el mejoramiento de la calidad de vida de sus habitantes. (...)"

Prescribió igualmente que el ordenamiento del "territorio municipal y distrital comprende un conjunto de acciones político-administrativas y de planificación física concertadas, emprendidas por los municipios o distritos y áreas metropolitanas, en ejercicio de la función pública que les compete, dentro de los límites fijados por la Constitución y las leyes, en orden a disponer de instrumentos eficientes para orientar el desarrollo del territorio bajo su jurisdicción y regular la utilización, transformación y ocupación del espacio, de acuerdo con las estrategias de desarrollo socioeconómico y en armonía con el medio ambiente y las tradiciones históricas y culturales." (Art. 5) y señaló que el objeto del ordenamiento del territorio sería, entre

X



otros: "... complementar la planificación económica y social con la dimensión territorial, racionalizar las intervenciones sobre el territorio y orientar su desarrollo y aprovechamiento sostenible, mediante: 1. La definición de las estrategias territoriales de uso, ocupación y manejo del suelo, en función de los objetivos económicos, sociales, urbanísticos y ambientales." (Art. 6º).

Como instrumentos para la planificación del territorio, la ley 388 de 1997 estableció que los municipios y distritos adoptarían los Planes de Ordenamiento Territorial, los que serían el instrumento básico para desarrollar el proceso de ordenamiento del territorio municipal, definiéndolos como el conjunto de objetivos, directrices, políticas, estrategias, metas, programas, actuaciones y normas adoptadas para orientar y administrar el desarrollo físico del territorio y la utilización del suelo, y prescribió tres tipos de planes, de acuerdo al tamaño de los municipios o distritos, así como determinó sus componentes y el procedimiento para su adopción y su revisión¹.

El artículo 8º por su parte, prescribe que el ordenamiento del territorio municipal o distrital se ejerce a través de las acciones urbanísticas, y señala como tales, las siguientes:

"1. Clasificar el territorio en suelo urbano, rural y de expansión urbana.

(...)

3. Establecer la zonificación y localización de los centros de producción, actividades terciarias y residenciales, y definir los usos específicos, intensidades de uso, las cesiones obligatorias, los porcentajes de ocupación, las clases y usos de las edificaciones y demás normas urbanísticas.

(...)

14. Todas las demás que fueren congruentes con los objetivos del ordenamiento del territorio.

(...)."

Como se puede observar, las funciones de ordenamiento del territorio por parte de los municipios y los distritos, son parte de las funciones que la Constitución les asigna en desarrollo de la autonomía territorial, de la garantía de gestionar en forma autonomía sus intereses, y que conforme al artículo 288 de la Constitución, se evidencian en la facultad de gobernarse por autoridades propias; de ejercer las competencias que les correspondan; de administrar sus recursos y establecer los tributos que les permitan el cumplimiento de sus funciones; y de su participación en las rentas nacionales.

3. La propiedad del subsuelo y el manejo de los recursos no renovables

La Constitución Política estableció en sus artículos 332 y 360, que el subsuelo y los recursos naturales no renovables son propiedad del Estado, y que la explotación de los mismos causará a favor del Estado, una contraprestación de naturaleza económica a título de regalía, disposiciones que fueron modificadas por el



Acto Legislativo 05 de 2011, que estableció el sistema General de Regalías, y fijó su funcionamiento, ingresos, distribución de sus recursos, entre otros, cuya regulación quedaba bajo la responsabilidad del Legislador.

En desarrollo de dichos postulados constitucionales, el legislador expidió la ley 685 de 2001, por la cual se expidió el Código de Minas, y se estableció la regulación integral de la industria minera, con el objetivo de fomentar la exploración técnica y la explotación de los recursos mineros de propiedad estatal y privada; estimular estas actividades tendientes a satisfacer los requerimientos de la demanda interna y externa de los mismos y a que su aprovechamiento se realice en forma armónica con los principios y normas de explotación racional de los recursos naturales no renovables y del ambiente, dentro de un concepto integral de desarrollo sostenible y del fortalecimiento económico y social del país, mediante la regulación de las relaciones jurídicas del Estado con los particulares y las de estos entre sí, por causa de los trabajos y obras de la industria minera en sus fases de prospección, exploración, construcción y montaje, explotación, beneficio, transformación, transporte y promoción de los minerales que se encuentren en el suelo o el subsuelo, ya sean de propiedad nacional o de propiedad privada. (arts. 1 y 2 del CM).

La precitada codificación estableció que *“los minerales de cualquier clase y ubicación, yacentes en el suelo o el subsuelo, en cualquier estado físico natural, son de exclusiva propiedad del Estado, sin consideración a que la propiedad, posesión o tenencia de los correspondientes terrenos sean de otras entidades públicas, de particulares de comunidades o grupos.”* y en el artículo 6º señaló que el derecho a explotar dichos recursos solo se adquiere mediante los títulos enumerados en su artículo 14, el cual señaló que a partir de la vigencia del Código *“únicamente se podrá constituir, declarar y probar el derecho a explorar y explotar minas de propiedad estatal, mediante contrato de concesión minera, debidamente otorgado e inscrito en el Registro Minero Nacional”*, dejando a salvo los derechos provenientes de licencias de exploración, permisos o licencias de explotación, contratos de explotación y contratos celebrados sobre áreas de aporte, que estuvieren vigentes al momento de entrada en vigor de la ley, así como los títulos de propiedad privada de minas perfeccionados antes de su entrada en vigencia, y el artículo 45 definió el contrato de concesión minera como el que se celebra entre el Estado y un particular para efectuar, por cuenta y riesgo de este, los estudios, trabajos y obras de exploración de minerales de propiedad estatal que puedan encontrarse dentro de una zona determinada y para explotarlos en los términos y condiciones establecidos en el ordenamiento jurídico.

Igualmente la citada codificación en los artículos 17, 34, 35, 36, 271 y 280 definió el proceso de otorgamiento de un título minero y señaló que este se inicia con la presentación de la propuesta de contrato de concesión por parte de la persona interesada, la cual deberá cumplir con los requisitos señalados en el artículo 271², correspondiéndole a la autoridad minera concedente realizar la evaluación de las mismas desde el punto de vista técnico, económico y jurídico, proceso que en caso de ser exitoso, culmina con la suscripción del contrato de concesión y su posterior inscripción en el Registro Minero Nacional.



En lo que se refiere a las competencias territoriales, el Código de Minas, en su artículo 36 dispuso que en los contratos de concesión se entienden excluidas o restringidas de pleno derecho, las zonas, terrenos y trayectos en los cuales, está prohibida la actividad minera o se entienda condicionada a la obtención de permisos o autorizaciones especiales, y dicha expresión fue declarada constitucional, por la Corte Constitucional en la Sentencia C-339 de 2002, *"siempre que se entienda que incluye las normas ambientales nacionales, regionales y municipales, en concordancia con el Plan de Ordenamiento Territorial"* y en el artículo 38 se señaló que en la elaboración, modificación y ejecución de dichos planes, la autoridad territorial competente deberá sujetarse a la información geológico-minera disponible sobre las zonas respectivas, así como lo dispuesto en el presente Código sobre zonas de reservas especiales y zonas excluibles de la minería.

Adicionalmente, en el artículo 37 del Código de Minas, se prescribía que con excepción de las facultades de las autoridades nacionales y regionales establecidas en los artículos 34 y 35 del Código de Minas, ninguna autoridad regional, seccional o local podría establecer zonas del territorio que quedaren permanente o transitoriamente excluidas de la minería, prohibición que comprendía los planes de ordenamiento territorial, la cual fue demandada y estudiada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-123 de 2014, en el que condicionó su exequibilidad *"en el entendido de que en desarrollo del proceso por medio del cual se autorice la realización de actividades de exploración y explotación minera, las autoridades competentes del nivel nacional deberán acordar con las autoridades territoriales concernidas, las medidas necesarias para la protección del ambiente sano, y en especial, de sus cuencas hídricas, el desarrollo económico, social, cultural de sus comunidades y la salubridad de la población, mediante la aplicación de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad previstos en el artículo 288 de la Constitución Política"*.

No obstante, en sentencia C- 273 de 2016, dicho artículo fue declarado inexecutable, por la Corte Constitucional, al considerar que dado que su contenido afectaba de manera directa y definitiva la competencia de las entidades territoriales para llevar a cabo el ordenamiento de sus respectivos territorios, estaba sujeta a reserva de ley orgánica, y la norma que la contenía no tenía tal calidad.

De conformidad con las anotaciones anteriores, podemos concluir que las competencias asignadas a las autoridades nacionales en materia de manejo y administración de los recursos naturales no renovables, y los requisitos que las disposiciones mineras establecen para la concesión de títulos mineros, constituyen escenarios y competencias diversas a las competencias que sobre ordenamiento del territorio, le han sido asignadas constitucionalmente a las autoridades territoriales las cuales hacen parte de su núcleo esencial de autonomía, competencias que de conformidad con los pronunciamientos de la Corte Constitucional deben ser ejercidas con base en los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad, de manera que la regulación y ejecución de las mismas sean llevadas a cabo de manera armónica, dado que dichos principios deben previstos en el artículo 288 C.P., operan como fórmulas de articulación para el ejercicio

NIT.900.500.018-2



Para contestar cite:
Radicado ANM No.: 20171200121891

Página 9 de 9

de las competencias adscritas al poder centralizado y a las autoridades territoriales. (sentencias C-123 de 2014, C-035 de 2016, C- 273 de 2016 y C-298 de 2016).

Ahora bien, frente a los mecanismos de participación ciudadana, consagrados en los artículos 2 y 40 de la Constitución Política, podemos afirmar que constituyen un pilar esencial de nuestra democracia, que en el caso de la consulta popular, sus resultados serán vinculantes en la medida que reúnan las condiciones establecidas en la ley Constitución y la ley, como los con: superar el umbral, obtener la mayoría de votos requerida, que la materia consultada se encuentre dentro de las competencias del órgano territorial, que no se modifique la Carta Política y que las autoridades competentes efectúen las modificaciones normativas necesarias.

Por lo expuesto, realizada una consulta popular como la del municipio de Cajamarca, corresponde a las autoridades territoriales concernidas, adoptar las decisiones que conforme a sus competencias consideren adecuadas para hacerlas efectivas.

En los anteriores términos, damos respuesta a su comunicación, aclarando que el presente concepto se emite en los términos de la Ley 1755 de 2015, en la cual se establece que los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas, no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución.

Agradeciendo la atención prestada

Atentamente,

LAURA CRISTINA QUINTERO CHINCHILLA
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Anexos: (0)

Copias: (0).

Elaboró: Ángela María Sorzano E. – Abogada Oficina Asesora Jurídica ✓

Fecha de elaboración: 22/05/2017

Número de radicado que responde: 201755100880032

Tipo de respuesta: Total

Archivado en: Oficina Asesora Jurídica

