

## CONSEJO DE ESTADO

### SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ Bogotá, D. C., siete (07) de abril de dos mil veintidós (2022)

Referencia: NULIDAD

Radicación: 11001-03-25-000-2020-00027-00 (0028-2020) Demandantes: CARLOS ERNESTO CASTAÑEDA RAVELO Y OTROS<sup>1</sup> Demandado: AGENCIA NACIONAL DE MINERÍA

Temas: Lineamientos sobre autorización, reconocimiento y pago de viáticos por comisiones de funcionarios y gastos de desplazamiento para contratistas en la Agencia Nacional de Minería. Resolución 491 de 2019. Reserva de reglamento en materia de gastos de desplazamiento.

SENTENCIA DE ÚNICA INSTANCIA O-004-2022

#### ASUNTO

La Sala de Subsección dicta la sentencia que en derecho corresponda, en el proceso judicial de la referencia, tramitado en virtud del medio de control de nulidad de que trata el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, CPACA.

#### DEMANDA<sup>2</sup>

El señor Carlos Ernesto Castañeda Ravelo y otros, en ejercicio del medio de control de nulidad, presentaron demanda en contra de la Agencia Nacional de Minería en la que formularon las siguientes pretensiones:

«1. DECRETAR LA NULIDAD TOTAL de la misma [Resolución 491 de 30 de julio de 2019 expedida por la Agencia Nacional de Minería], por ser violatoria de las normas como se evidenció en el aparte denominado

1 También actúan como demandantes el Sindicato Nacional de Servidores Públicos y del Sector Minero Energético, SINTRAMINERALES, y la Asociación de Servidores Públicos de la Agencia Nacional de Minería, ASPANM.

2 Folios 2 a 26 del expediente físico. La demanda fue admitida mediante auto del 27 de febrero de 2020 (folios 51 y 52, ib.).

3 «Por la cual se deroga la Resolución 452 del 24 de agosto de 2018 y se establecen los lineamientos generales de las comisiones para funcionarios y reconocimiento de gastos de desplazamiento para contratistas de prestación de servicios en la Agencia Nacional de Minería».

CONCEPTO DE VIOLACIÓN, y porque no se vislumbra por razones de los vicios de procedimiento que deba subsistir aparte alguno de la misma.

Subsidiariamente

DECRETAR LA NULIDAD parcial de todas o algunas de las siguientes expresiones:

De los artículos 4 y 11, toda vez que en ellos se realiza la adopción de escalas de viáticos, sin que la ANM tenga facultades para tal fin.

DECRETAR LA NULIDAD de aquellos apartes de la norma demandada, que el despacho considere fuera del ordenamiento legal, previa valoración de las razones expuestas en la presente demanda, y/o de aquellos necesarios a criterio del despacho para mantener la coherencia de la norma.

Para todos los efectos de la presente demanda, inaplicar por razones de inconstitucionalidad el decreto 1013 de 2019, toda vez que en el mismo se delegan atribuciones indelegables en cabeza de la la (sic) ANM [...]»

Normas violadas y concepto de violación

Los demandantes consideran que el acto acusado vulnera los artículos 1, 2, 3, 4, 25, 29, 40 (numeral 2), 53, 83, 150 (numeral 19 literal e), 152 (literal d) de la Constitución Política; los artículos 1, 2 y 4 de la Ley 4ª de 1992; los artículos 3 (incisos 6 y 7), 6, 7 y 8 (inciso 8) de la Ley 962 de 2005, así como los artículos 3

(numeral 6), 8 (numeral 8) y 65 de la Ley 1437 de 2011.

En su criterio, la Resolución 491 de 30 de julio de 2019, expedida por la Agencia Nacional de Minería, es nula con fundamento en las siguientes causales:

Falta de competencia. Indicaron que, entre las atribuciones que le otorgó la Ley 4ª de 1992 al Gobierno Nacional se encuentra la de regular lo concerniente al régimen de viáticos y gastos de desplazamiento (art. 4, inciso 2), sin que dicha norma hubiera previsto la posibilidad de que el presidente de la República regulara algunos aspectos en la materia para que, posteriormente, otras autoridades los desarrollaran.

Precisaron que, por tal motivo, no resulta ajustado que el Decreto 1013 de 2019, que consagra el régimen de viáticos para ese año, en su artículo 2, hubiera permitido a otros organismos y entidades que procedieran a la determinación del valor de los viáticos. En su criterio, la imposibilidad de delegar dicha atribución implica que los actos a través de los cuales fue ejercida, como en este caso la resolución demandada, se hayan expedido sin competencia.

Expedición irregular por desconocimiento del deber de información al público y del principio de participación ciudadana. Sobre el particular, los demandantes reprocharon que en el presente caso la Agencia Nacional de Minería no publicó en debida forma el proyecto de acto administrativo que concluyó con la

resolución acusada y tampoco su estudio justificativo. De esa manera, se privó a la ciudadanía de hacer parte del proceso de diseño, discusión y elaboración del acto administrativo.

Infracción de las normas superiores en que debía fundarse el acto administrativo. La configuración de esta causal fue sustentada en varias razones. En primer lugar, la demanda sostuvo que lo dispuesto en la Resolución 491 de 30 de julio de 2019 se tradujo en la disminución de los viáticos para los funcionarios de la Agencia Nacional de Minería, lo que a su juicio supone una violación del derecho a la movilidad salarial. De otro lado, precisó que dicho acto infringe el derecho a la igualdad de aquellos funcionarios debido a que, en otros organismos

del Estado, se aplica de manera directa la escala de viáticos contenida en el Decreto 1013 de 2019.

En línea con ello, se alegó el desconocimiento de la escala de viáticos dispuesta en el artículo 1 del referido decreto pues, si en gracia de discusión se admitiera que la demandada era competente para proferir el acto, lo cierto es que la facultad que le fue conferida le permitía fijar el valor de los viáticos, mas no determinar una nueva escala con rangos diferentes a los ya establecidos por el Gobierno Nacional. Finalmente, la demanda cuestionó la legalidad de aquella resolución por la presunta inobservancia del deber de publicación que contempla el artículo 65 de la Ley 1437 de 2011.

#### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA<sup>4</sup>

La Agencia Nacional de Minería se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda ofreciendo el siguiente razonamiento:

Respecto de la competencia para expedir el acto. Explicó que el Gobierno Nacional, con sujeción a los criterios y objetivos contenidos en el artículo 2 de la Ley 4<sup>a</sup> de 1992, está facultado para fijar el régimen de viáticos y el de comisiones de los empleados públicos y personal vinculado. En línea con ello, sostuvo que a aquel le corresponde, año a año, señalar los lineamientos y topes de los viáticos, según el artículo 2.2.5.5.27 del Decreto Único Reglamentario del Sector Función Pública.

Con base en la escala de viáticos que fije este último, por autorización del mismo Gobierno Nacional, es posible que los organismos y entidades públicas establezcan una reglamentación interna en la que, respetando los topes máximos que definió aquel, determinen el monto de los viáticos a percibir por parte de sus empleados, de acuerdo con la remuneración que reciban, la naturaleza de los asuntos que les sean confiados y las condiciones de la comisión, teniendo en

4 Índice 12 del expediente electrónico.

cuenta el costo de vida del lugar donde debe llevarse a cabo la labor. Así lo señala el artículo 2 del Decreto 1013 de 2019, por el cual se fijan las escalas de viáticos para la vigencia fiscal 2020.

Afirmó que, en tales condiciones, resultaba acertado que la Agencia Nacional de Minería definiera el valor de los viáticos atendiendo los parámetros establecidos en dicho decreto, labor que le correspondía a su presidente en desarrollo del artículo 10, numeral 3, del Decreto 4134 de 2011, que le impone la función de adoptar las normas internas necesarias para el funcionamiento de la entidad. En ese sentido, negó que el acto enjuiciado se hubiera ocupado de modificar el régimen salarial aplicable a esta.

De otro lado, la parte demandada destacó la existencia de las normas sobre austeridad en el gasto público relacionadas con el reconocimiento y pago de viáticos (art. 4 del Decreto 26 de 1998, compilado en el Decreto Único Reglamentario 1068 de 2015; Directiva Presidencial 09 del 9 de noviembre de 2018; art. 84 del Decreto 2467 de 2018), así como resaltó la pertinencia de lo dispuesto en el Decreto 128 de 2019, artículo 3, en relación con las condiciones para la autorización de tales emolumentos.

Respecto de la naturaleza jurídica del acto acusado. Sostuvo que la Resolución 491 de 2020 no es un acto administrativo de carácter general y abstracto porque se encuentra dirigido a un grupo de personas concretamente identificadas, esto es, a los funcionarios y contratistas de la Agencia

demandada, razón por la cual, indicó, no estaba en la obligación de publicarlo en el diario oficial.

Además, negó que antes de proferirse pudiera ser catalogado como un proyecto específico de regulación que debía ponerse en conocimiento del público pues se trataba de una norma interna para el funcionamiento de la entidad relacionada con el reconocimiento y pago de las comisiones de los funcionarios públicos y/o gastos de servicios de alojamiento, manutención y transporte de los contratistas de prestación de servicios.

## TRÁMITE PROCESAL Y FIJACIÓN DEL LITIGIO

Entre el 24 y el 26 de febrero de 2021 se corrió traslado de las excepciones, término dentro del cual la parte demandante se pronunció para oponerse a ellas.

Por medio de auto del 16 de junio de 2021 y en aplicación del artículo 182A del CPACA, el despacho sustanciador advirtió la procedencia de dictar sentencia anticipada previo a la audiencia inicial. Por consiguiente, procedió a pronunciarse

5 Índice 15 del expediente electrónico.

6 Índice 17 ib.

sobre las pruebas solicitadas por las partes y a la fijación del litigio, último que se definió en los siguientes términos:

[...] Del análisis de la demanda y su contestación, el despacho, provisionalmente, fija los siguientes problemas jurídicos:

Primero: ¿La Agencia Nacional de Minería incurrió en la causal de falta de competencia por ser la escala de viáticos y gastos de desplazamiento un asunto que pertenece al régimen salarial y, por ende, corresponde definir al Gobierno Nacional, sin que su determinación pudiera delegarse a los diferentes organismos y entidades públicas por disposición del Decreto Nacional 1013 de 2019, artículo 2?

Segundo: ¿La Resolución 491 de 30 de julio de 2019 incurrió en la causal de infracción de las normas superiores en que debía fundarse por las siguientes razones?

Por, presuntamente, haber fijado una nueva escala de viáticos en desconocimiento de la prevista en el artículo 1 del Decreto Nacional 1013 de 2019.

Por, presuntamente, vulnerar el derecho a la movilidad salarial mediante la disminución de los montos a reconocer por concepto de viáticos.

Por, presuntamente, vulnerar el derecho a la igualdad respecto de los servidores de otras entidades públicas que, en lugar de definir una escala de viáticos, aplican de manera directa la contenida en el Decreto Nacional 1013 de 2019.

Por, presuntamente, no haber sido publicada en debida forma como lo prevé el artículo 65 del CPACA.

Tercero: ¿La Agencia Nacional de Minería incurrió en la causal de expedición irregular o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa por, presuntamente, haber proferido la Resolución 491 de 30 de julio de 2019 incumpliendo el deber de informar la iniciación de la actuación administrativa a quienes pudieran estar interesados en ella, en los términos de los

artículos 6 y 7 de la Ley 962 de 2005, así como (sic) 3, numeral 6, y 8, numeral 8, del CPACA? [...]

En auto del 6 de agosto de 2021, se dispuso correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión por escrito<sup>7</sup>.

## ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

### Parte demandante<sup>8</sup>

En esta oportunidad procesal, los demandantes presentaron las razones por las cuales se debe acceder a las pretensiones de la demanda, dividiendo su

<sup>7</sup> Índice 22 del expediente electrónico. El término para alegar de conclusión corrió entre el 30 de agosto y el 10 de septiembre de 2021.

<sup>8</sup> Índice 25 ib.

exposición en los vicios de trámite y en los de fondo predicables de la Resolución 491 de 30 de junio de 2019, que expidió la Agencia Nacional de Minería.

Sobre los primeros, afirmaron que esta entidad, en la contestación de la demanda, confesó no haber comunicado al público el proyecto que condujo a proferir el acto acusado ni haberlo publicado en el diario oficial una vez expedido. Al respecto, explicaron que la controversia recae en un acto administrativo de carácter general y abstracto cuyos destinatarios no se individualizan ya que pueden ser los actuales o los futuros empleados y contratistas de la Agencia. En ese sentido, su aplicación se concreta en actos de carácter particular y concreto respecto de cada sujeto plenamente identificado.

Frente a los vicios de fondo, aclararon que no discuten que el presidente de la República esté facultado para fijar el régimen salarial y dentro de este, el de viáticos y comisiones de los empleados públicos y personal vinculado. Lo que sí controvierten es la delegación de tales atribuciones pues, en su criterio, no hay norma expresa que permita asignar esas facultades a otra entidad.

Además, indicaron que las disposiciones sobre austeridad en el gasto en las que, según la demandada, se justifica el acto acusado no pueden equipararse con un mandato de reducir el monto de los viáticos a pagar sino de disminuir el número de eventos en los que se conceden comisiones y, con ello, se pagan dichos emolumentos.

Finalmente, señalaron que la afirmación de la Agencia Nacional de Minería según la cual el acto acusado no fijó un régimen salarial se desvirtúa con lo dispuesto en su artículo 4, que prevé la escala por concepto de viáticos para los servidores públicos y gastos de desplazamiento para contratistas. En ese sentido, indicaron que el régimen salarial de los empleados públicos se determina estableciendo escalas de remuneración, que fue precisamente lo que hizo la resolución demandada.

### Agencia Nacional de Minería<sup>9</sup>

En esta oportunidad procesal, reiteró su oposición a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, para lo cual se ocupó de responder los problemas jurídicos fijados por el despacho sustanciador en el auto del 16 de junio de 2021. El primero de ellos, relativo a la competencia

para expedir el acto acusado, lo resolvió reiterando los argumentos que expuso sobre la materia en la contestación de la demanda.

Frente al interrogante concerniente a la presunta violación de las normas superiores en que debía fundarse la Resolución 491 de 30 de junio de 2019, precisó que el Gobierno Nacional no delegó ni atribuyó de ninguna forma la facultad

9 Índice 28 ib, reiterado en el índice 29.

para definir la escala de viáticos pues ello le corresponde a aquel, siguiendo los lineamientos del Congreso, lo que efectivamente realizó mediante el Decreto 1013 de 2019.

De acuerdo con ello, afirmó que no existía fundamento jurídico para que el demandante señalara que la Agencia Nacional de Minería fijó un régimen salarial pues lo que hizo la entidad fue limitarse a establecer los lineamientos para su correcto funcionamiento. Indicó que bajo la misma línea argumentativa era posible descartar la alegada violación de los derechos a la movilidad salarial y a la igualdad.

Finalmente, a la pregunta consistente en determinar si el acto demandado se expidió en forma irregular o con violación del derecho al debido proceso, respondió negativamente insistiendo en que su naturaleza es la de un acto particular que, por ende, no debía publicarse en el diario oficial. Además, dijo que tampoco tuvo la calidad de proyecto específico de regulación antes de ser expedido, de allí que no tenía que ser informado al público para comentarios.

## MINISTERIO PÚBLICO

Se abstuvo de emitir concepto en el presente proceso.

## CONSIDERACIONES

### Competencia

De conformidad con los artículos 125, 137 y 149 del CPACA, en armonía con los artículos 13 y 15 del Acuerdo 80 de 12 de marzo de 2019<sup>10</sup>, proferido por la Sala Plena del Consejo de Estado, esta Subsección es competente para dictar la sentencia de única instancia que en derecho corresponde.

Anotación preliminar: La solicitud para que se inaplique el Decreto 1013 de 2019 por vía de excepción es improcedente en este medio de control.

Como una expresión del artículo 4 Superior, el artículo 148 del CPACA consagró el medio de control denominado «Control por vía de excepción» al señalar que

«[...] En los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, inaplicar con efectos interpartes los actos administrativos cuando vulneren la Constitución Política o la

10 Reglamento Interno del Consejo de Estado.

ley. La decisión consistente en inaplicar un acto administrativo sólo producirá efectos en relación con el proceso dentro del cual se adopte [...]»<sup>11</sup>.

El citado artículo permite identificar como características de aquella figura las siguientes: (i) es

un medio de control accesorio, en el entendido que requiere de otro medio de control principal para que pueda tener cabida; (ii) tiene competencia especializada, ya que solamente puede ser estudiada y declarada por la jurisdicción de lo contencioso administrativo; (iii) cuenta con una legitimación por activa mixta, toda vez que puede ser solicitada por la parte demandante en las pretensiones de la demanda, por la parte demandada como excepción y hasta puede ser declarada de oficio por el juez de conocimiento; (iv) se utiliza con el fin de inaplicar actos administrativos tanto de carácter general, como particular; (v) es necesario que la inaplicación se requiera para los efectos concretos del proceso en el que se realiza es decir, que una causa o consecuencia del debate en el asunto sea el aplicar o no un acto administrativo diferente al analizado en el caso concreto;

(vi) procede de manera subsidiaria, es decir cuando no es procedente en el caso concreto declarar la nulidad del acto administrativo a inaplicar; (vii) desarrolla el principio constitucional consagrado en el artículo 4 de la Constitución Política y el de legalidad; y (viii) tiene efectos interpartes.

A la luz de esta teoría, resulta plausible sostener que la solicitud de los demandantes para que se inaplique por inconstitucional el artículo 2 del Decreto 1013 de 2019 es improcedente. Uno de los presupuestos inherentes a la figura que prevé el citado artículo 148 consiste en que la no aplicación de la norma que se reputa inconstitucional genere efectos única y exclusivamente para las partes del caso concreto, lo que resulta incompatible con la naturaleza de la simple nulidad.

Recuérdese que el propósito del medio de control consagrado en el artículo 137 del CPACA es defender la validez abstracta del ordenamiento jurídico de allí que, por esencia, las consecuencias de la nulidad que se llegare a declarar en el curso de estos procesos no esté asociada de manera directa e inmediata a un derecho subjetivo afectado en virtud de la ilegalidad acto. Esto significa que la inaplicación por inconstitucional de una determinada norma legal o reglamentaria en el trámite de una simple nulidad no podría producir los efectos inter partes propios del control por vía de excepción.

Ahora, de conformidad con los artículos 237 y 241 Superiores, esta Corporación judicial es competente para conocer las demandas de nulidad respecto de decretos que reglamentan leyes marco, lo que significa que los demandantes bien pudieron

11 La inaplicación por vía de excepción subyace de nuestro sistema jerárquico normativo, en el entendido que si un juez en el estudio de fondo de un asunto que es sometido a su conocimiento, advierte que un acto administrativo que debe aplicar o analizar para que surta efectos en el litigio, es contrario a la Constitución Política de Colombia o a la ley, debe inaplicarlo porque existe una ruptura en la armonía normativa. La Corte Constitucional se refiere a estos temas en las sentencias C-037 de 2000 y C-1436 de 2000.

solicitar que se anulara el artículo 2 del Decreto 1013 de 2019, sin embargo no lo hicieron.

En ese sentido, es preciso recordar que, el carácter eminentemente rogado de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, impide realizar declaraciones o condenas por fuera de lo pretendido en la demanda, de allí que la competencia del juez de la nulidad de cara a las súplicas formuladas por la parte activa se circunscriba a lo planteado en aquel acto procesal. Sostener lo contrario afectaría no solo el principio de congruencia por el que se debe regir la sentencia, sino también el derecho al debido proceso de las partes.

En conclusión, dada la naturaleza del presente asunto, no es viable acudir a la figura de que trata

el artículo 148 del CPACA para estudiar si cabe inaplicar el artículo 2 del Decreto 1013 de 2019 por inconstitucional. Tampoco puede la Sala arrogarse la competencia para analizar su validez motu proprio en desarrollo del medio de control principal de simple nulidad cuando ello no fue objeto de las pretensiones de la demanda.

Ahora, tan importante como las anteriores conclusiones, resulta considerar que el hecho de que no proceda enjuiciar la validez del artículo 2 del Decreto 1013 de 2019, no significa que le sea vedado a la Sala ahondar en la hermenéutica de dicha norma con el fin de decidir si se satisfizo el requisito de competencia en la expedición de la resolución enjuiciada.

### Problemas jurídicos

La Sala estima necesario realizar un ajuste en dos de los problemas jurídicos que, se plantearon de manera provisional en la etapa de fijación del litigio. Específicamente, se reformularán los problemas jurídicos 2.412 y 313 por las siguientes razones:

Los artículos 6 y 7 de la Ley 962 de 2005 se encargan de regular el deber de darle publicidad electrónica a los actos administrativos de contenido general y abstracto después de que se han proferido, de allí que el presunto desconocimiento de este deber tenga que analizarse a la luz del vicio de infracción de las normas superiores, que es precisamente el objeto de estudio del problema jurídico 2.4. Bajo la misma lógica, las disposiciones anunciadas se alejan del tercer problema jurídico, que tiene como propósito estudiar la publicidad en la etapa de formación del acto

12 2.4. ¿La Resolución 491 de 30 de julio de 2019 incurrió en la causal de infracción de las normas superiores en que debía fundarse por, presuntamente, no haber sido publicada en debida forma como lo prevé el artículo 65 del CPACA?

13 «Tercero: ¿La Agencia Nacional de Minería incurrió en la causal de expedición irregular o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa por, presuntamente, haber proferido la Resolución 491 de 30 de julio de 2019 incumpliendo el deber de informar la iniciación de la actuación administrativa a quienes pudieran estar interesados en ella, en los términos de los artículos 6 y 7 de la Ley 962 de 2005, así como (sic) 3, numeral 6, y 8, numeral 8, del CPACA?»

administrativo, es decir, cuando este es apenas una propuesta de norma jurídica que pretende ser expedida por la autoridad administrativa.

En tales condiciones, el estudio concerniente a los artículos 6 y 7 de la referida Ley 962 se retirará del problema jurídico 3 para, en su lugar, incluirlo en el problema jurídico 2.4. Esta solución, además de estar justificada en términos de procedencia, resulta transparente para las partes y es respetuosa de su derecho al debido proceso pues lejos de aparecer como un cambio injustificado y sorpresivo, atiende a la verdadera naturaleza del vicio de nulidad propuesto por los demandantes. En ese sentido, la decisión de reformular los problemas jurídicos en cuestión redundará en pro de la juridicidad de la presente sentencia.

Visto lo anterior, los problemas jurídicos 2.4 y 3 quedarán como se indica a continuación, respecto de los demás se mantiene lo dispuesto en el auto del 16 de junio de 2021:

Problema jurídico 2.4. ¿La Resolución 491 de 30 de julio de 2019 incurrió en la causal de infracción de las normas superiores en que debía fundarse por, presuntamente, no haber sido publicada en debida forma, como lo prevé el artículo 65 del CPACA, al igual que los artículos 6

y 7 de la Ley 962 de 2005?

Problema jurídico 3. ¿La Agencia Nacional de Minería incurrió en la causal de expedición irregular o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa por, presuntamente, haber proferido la Resolución 491 de 30 de julio de 2019 incumpliendo el deber de informar la iniciación de la actuación administrativa a quienes pudieran estar interesados en ella, en los términos de los artículos 3, numeral 6, y 8, numeral 8, del CPACA?

Con esta precisión, procede la Sala a resolver los interrogantes que corresponden para dirimir la presente controversia.

Primer problema jurídico

¿La Agencia Nacional de Minería incurrió en la causal de falta de competencia por ser la escala de viáticos y gastos de desplazamiento un asunto que pertenece al régimen salarial y, por ende, corresponde definir al Gobierno Nacional, sin que su determinación pudiera delegarse a los diferentes organismos y entidades públicas por disposición del Decreto Nacional 1013 de 2019, artículo 2?

Tesis de la demanda: Señaló que el acto objeto de juicio es resultado de una delegación de la competencia que, sin estar facultado, realizó el presidente de la República respecto de la determinación de la «escala de viáticos». De allí concluye el ejercicio irregular de atribuciones por parte de la Agencia Nacional de Minería al considerar que esta carecía de facultad reglamentaria en la materia. Solicitó que se inaplique por inconstitucional el artículo 2 del Decreto 1013 de 2019 en cuanto

delegó en otras entidades estatales la definición del monto de los gastos de desplazamiento.

Tesis de la Sala: La Agencia Nacional de Minería no tenía competencia para ejercer la potestad reglamentaria respecto de lo normado en el inciso 1 y en los cuadros contenidos en los numerales 1 y 2 del artículo 4 de la Resolución 491 de 2019. Dado que estas disposiciones se ocuparon de asuntos esenciales al régimen de gastos de desplazamiento, al expedirlas, la entidad demandada invadió la competencia exclusiva que le corresponde ejercer al Gobierno Nacional en virtud de la reserva reglamentaria que se le ha confiado en esa materia.

Para desarrollar esta posición, se acude a las siguientes explicaciones: (i) la reserva reglamentaria como criterio de validez normativa; (ii) reserva reglamentaria en materia de régimen de viáticos y (iii) caso concreto.

La reserva reglamentaria como criterio de validez normativa

El sistema de distribución de competencias consagrado en la Constitución Política prevé que ciertos asuntos sean regulados, en forma exclusiva y excluyentemente, por determinadas entidades u organismos. Según la autoridad a la que se le haya asignado esta suerte de monopolio normativo, es posible hablar de reserva de ley o reserva de reglamento.

Este mecanismo se convierte en un criterio de validez puesto que, al conferirse la potestad normativa de cierta materia a una única autoridad, la regulación que de ella haga cualquier otro órgano resultará contraria a derecho por la sola razón de haber invadido un ámbito de competencia ajeno. De esta forma, en los casos en que hay un reparto de competencias bajo la técnica de la reserva, sea de ley o de reglamento, para juzgar la validez de las disposiciones en

cuestión resulta necesario ahondar en su contenido con el propósito de establecer si hubo una transgresión de ese espacio normativo reservado a la ley o al reglamento, según se trate.

Sobre la forma en que la asignación de atribuciones se convierte en un parámetro de rectitud de la norma, resulta ilustrativa la siguiente explicación doctrinal:

«[...] cuando se opera una distribución de competencias, la norma que regule un objeto que le es ajeno resultará también viciada de incompetencia y nula, lo que produce el mismo efecto que la carencia de fuerza activa propia de las normas inferiores en relación con las superiores.

Estos efectos, sin embargo, son del todo distintos en su naturaleza de los que produce la jerarquía formal. Si la norma invasora de un terreno vedado resulta nula no es porque contradiga lo dispuesto en la norma beneficiaria de la reserva, o dotada de competencia, sino simplemente por el hecho de haber invadido el terreno ajeno, aun cuando la contradicción no se produjese (...) Resulta así que, mientras en la jerarquía formal la invalidación de una norma, inferior, sólo se produce si hay contradicción con otra, superior, en la

distribución de materias tal contradicción no es precisa, sino que la norma resulta nula por el simple hecho de haber regulado la materia vedada. Esto es así porque en la jerarquía formal la validez o invalidez resulta directamente del rango de la norma, razón por la que se habla de fuerza activa o pasiva de las normas, mientras que en caso de la distribución de materias resulta de las normas que la llevan a cabo estableciendo qué fuentes pueden regular la materia de que se trate.

Todo esto significa, en definitiva, que en la distribución de materias las relaciones entre las normas no dependen de su forma, sino de su contenido. La distribución de materias se hace valer, ciertamente, confiriendo a la norma beneficiaria una resistencia a la derogación frente a las demás, y haciendo recaer sobre éstas la nulidad cuando se infringe la distribución de materias [...]»<sup>14</sup> (subrayas fuera del texto original)

Visto lo anterior, es importante señalar que, en los casos en que el ordenamiento superior ha contemplado que opere una reserva normativa, el organismo competente tiene el deber de desarrollar un contenido mínimo regulatorio frente al asunto que le ha sido confiado. Este último se refiere al contenido sustancial de lo que es materia de reserva, entendiendo por tal la esencia del tema, aquello sin lo cual se desnaturalizaría o se haría impracticable<sup>15</sup>. Bajo esa misma lógica, se tiene que aspectos que resulten accidentales o secundarios, no están sujetos a la reserva<sup>16</sup>.

Al respecto, la Corte Constitucional, en la sentencia C-1262 de 2005, aludiendo a aquellos casos en que la Constitución ha consagrado esta suerte de monopolio normativo en cabeza del legislador, indicó que:

[...] asuntos sustanciales de la materia objeto de reserva escapan al alcance de la regulación mediante decretos reglamentarios, a contrario sensu cuando la Constitución exige que ciertas materias deben ser reguladas por la ley, el legislador no puede establecer, que el Presidente despliegue su potestad reglamentaria sobre la materia reservada, ni el mismo Presidente puede rebasar en sus reglamentaciones el ámbito sustancial de la materia reservada». (Negrita fuera de texto).

Así pues, tratándose del contenido sustancial del tema reservado, no puede haber un desconocimiento de esa competencia exclusiva. Esto supone que a la autoridad competente le

esté vedado delegar o desprenderse de esa función para que sea ejercida por una diferente, salvo que se trate de aspectos que, estando relacionados con el asunto sujeto a reserva, no sean esenciales a este. En tal caso, será factible que, en otros niveles y acudiendo a otras modalidades de reglamento, la administración defina cuestiones no fundamentales de la materia reservada como podría hacerlo, por ejemplo, a través de reglamentos expedidos en asuntos

14 De Otto, Ignacio. Derecho constitucional. Sistema de fuentes, cit., pp. 91-92.

15 Análisis análogo al que ha hecho la Corte Constitucional al definir lo que se entiende por el núcleo esencial de los derechos fundamentales: Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-756 de 2008.

16 Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 10 de octubre de 2019, rad. 11001-03-25-000-2012-00582-00 (2171-12 y 1501- 15).

relativos a la órbita de sus competencias. Sobre esta última tipología de reglamentos, se ha dicho que:

«[...] Se trata de los productos normativos emanados de cualquier autoridad administrativa en ejercicio de la facultad que le asiste en el sentido de regular la ejecución de las funciones o la prestación de los servicios a su cargo, mediante reglamentaciones que estarán subordinadas a la Constitución, a la ley, a los reglamentos expedidos por el Presidente de la República en virtud de la facultad que a éste le atribuye el artículo 189-11 constitucional y, cuando sea el caso, a las reglamentaciones expedidas por otras autoridades o instancias administrativas de superior jerarquía o a las cuales se deba acatamiento [...]»<sup>17</sup> (subrayas fuera del texto original)

Finalmente, interesa destacar que, en nuestro ordenamiento jurídico, la reserva reglamentaria se configura en dos hipótesis: cuando la norma Superior ha consagrado competencias constitucionales autónomas y, de otro lado, cuando ha previsto competencias concurrentes entre el Legislador y la administración pública. Este último evento ocurre tratándose de (i) reglamentos que desarrollan leyes marco con fundamento en el artículo 150 numeral 19 de la Constitución y (ii) los que ejecutan leyes habilitantes.

Reserva reglamentaria en materia de régimen de viáticos

Según se explicó, cuando se está en presencia de una ley marco, en virtud de la distribución de competencias llevada a cabo directamente por la Constitución, también se está en presencia de una reserva de reglamento. En ese sentido, la Constitución Política de 1991 previó en su artículo 150, numeral 19, literal e), que corresponde al Congreso dictar normas generales y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para regular, entre otras materias, el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública.

De esta manera, se fijó una competencia compartida entre el legislador y el ejecutivo en la determinación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, así: i) el Congreso establece unos marcos generales y unos lineamientos que le circunscriben al ejecutivo la forma como debe regular la materia y; ii) corresponde al Gobierno Nacional desarrollar la actividad reguladora, es decir, le compete definir directamente los salarios y prestaciones sociales de todos los empleados públicos con fundamento en los criterios que para el efecto señale el legislador.

En desarrollo del referido precepto constitucional, el Congreso de la República dictó la Ley 4ª de 1992, cuyo artículo 4 estableció la facultad que tiene el Gobierno Nacional para modificar, año a año, el régimen de viáticos, gastos de representación y comisiones de los empleados, así:

17 Consejo de Estado, Sección Tercer, sentencia del 14 de agosto de 2008, expediente 11001 03 000 1999 00012 01 (16230); Demandante: Javier Obdulio Martínez Bossa.

«[...] ARTÍCULO 4. Con base en los criterios y objetivos contenidos en el artículo 2 el Gobierno Nacional, dentro de los primeros diez días del mes de enero de cada año, modificará el sistema salarial correspondiente a los empleados enumerados en el artículo 1 literal a), b) y d), aumentando sus remuneraciones.

Igualmente, el Gobierno Nacional podrá modificar el régimen de viáticos, gastos de representación y comisiones de los mismos empleados. [...]» (subrayas fuera del texto original)

De acuerdo con la normativa citada, se tiene que, dentro de la facultad reglamentaria que le corresponde ejercer exclusiva y excluyentemente al Gobierno Nacional en materia de régimen salarial, se encuentra también la de definir el régimen de gastos de desplazamiento (viáticos, gastos de representación y de transporte) de los empleados públicos.

En desarrollo de dicha atribución, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1013 de 2019 cuyo artículo 1.º reguló el monto pagadero por concepto de viáticos a los empleados de la Rama Ejecutiva Nacional; a los miembros de la Fuerza Pública y a los empleados del Congreso Nacional, la Rama Judicial, el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación, la Organización Electoral y la Contraloría General de la República. Esta norma definió los topes máximos de viáticos a reconocer por día, dependiendo de la base de liquidación del funcionario en cuyo favor se causen. Bajo esta lógica, el precepto contempló un baremo para las comisiones de servicio en el interior del país y otro para aquellas que se desarrollen en el exterior<sup>19</sup>, así:

18 «por el cual se fijan las escalas de viáticos».

19 El artículo 1 inciso final del Decreto 1013 de 2019 señala que «[...] El Ministro y los Viceministros del Ministerio de Relaciones Exteriores, cuando deban cumplir comisiones de servicio en el exterior, tendrán derecho por concepto de viáticos diarios hasta la suma de setecientos dólares estadounidenses (USD 700) y seiscientos cincuenta dólares estadounidenses (USD 650), respectivamente [...]».

Ahora bien, para lo que es objeto de controversia en el presente proceso, interesa destacar que el artículo 2 del Decreto 1013 de 2019 dispuso lo siguiente en relación con la fijación del valor de los viáticos por parte de los organismos y entidades públicas:

«[...] ARTÍCULO 2. Determinación del valor de viáticos. Los organismos y entidades fijarán el valor de los viáticos según la remuneración mensual del empleado comisionado, la naturaleza de los asuntos que le sean confiados y las condiciones de la comisión, teniendo en cuenta el costo de vida del lugar o sitio donde deba llevarse a cabo la labor, hasta por el valor máximo de las cantidades señaladas en el artículo anterior.

Para determinar el valor de los viáticos se tendrá en cuenta la asignación básica mensual, los gastos de representación y los incrementos de salario por antigüedad.

Cuando para el cumplimiento de las tareas asignadas no se requiera pernoctar en el lugar de la

comisión, sólo se reconocerá hasta el cincuenta por ciento (50%) del valor fijado [...]»(subrayas fuera del texto original)

#### Caso concreto

Para abordar el estudio de la Resolución 491 de 30 de julio de 2019 de cara a la competencia en su expedición, lo primero que debe señalarse es que dicho acto

tuvo por objeto «[...] Actualizar y adoptar el reglamento de reconocimiento y pago de las comisiones de los funcionarios públicos y/o gastos de servicios de alojamiento, manutención y transporte de los contratistas de prestación de servicios de la Agencia Nacional de Minería cuando a ello haya lugar [...]» (artículo 1).

Como la regulación del régimen de viáticos es un asunto sometido a reserva reglamentaria, bajo la lógica que se expuso, es preciso adentrarse en el contenido del acto enjuiciado para definir si, en él, la Agencia Nacional de Minería respetó el monopolio normativo existente en cabeza del Gobierno Nacional o si, por el contrario, lo transgredió. Para efectos metodológicos, la Sala dividirá el estudio de la resolución en dos partes, como se propone a continuación.

De un lado, se observa que el grueso de los artículos que integran la resolución consagran reglas que, sin desconocer su importancia, no podrían catalogarse como fundamentales en términos de la reserva de reglamento que existe frente a los gastos de desplazamiento. Por lo tanto, aquellas podían emanar de la entidad demandada dentro de la órbita de sus competencias para el logro de la adecuada prestación de los servicios a su cargo. En ese sentido, respecto de estos preceptos es factible entender que fueron dictados en ejercicio de la función que le ha sido asignada a su presidente, consistente en «Adoptar las normas internas necesarias para el funcionamiento de la Agencia Nacional de Minería, ANM.»<sup>20</sup>.

Dentro de este grupo se encuentran los artículos que se encargan de regular el objeto de la resolución (art. 1); las definiciones en materia de viáticos para la lectura del referido acto (art. 2); el procedimiento de planeación y programación de las comisiones de servicios y desplazamientos a destinos nacionales, que incluye la plataforma en la que deben tramitarse, la antelación, las áreas encargadas al interior de la entidad, entre otros aspectos (art. 3); los requisitos y condiciones de reconocimiento de tiquetes aéreos (arts. 6 y 14) y transporte terrestre (arts. 7 y 15); la prórroga de la comisión de servicios o desplazamiento (art. 8); la planeación y programación de las comisiones al exterior (art. 9), su trámite y condiciones de reconocimiento de viáticos (art. 10); los requisitos para la legalización de comisiones, gastos de viaje, transporte y desplazamiento (art. 11 repetido que correspondería al 1221); los casos de pérdida de ejecutoriedad de las resoluciones de comisiones y gastos de desplazamiento cuando se cancela el evento y objeto de la comisión de servicios (art. 12); la modificación de la resolución de comisión de servicios o desplazamiento de servicios (art. 13); el monto a reconocer por gasto de transporte terrestre (taxi) desde y hacia terminales aéreas según las diferentes ciudades (art. 16); otras medidas generales concernientes a la austeridad del gasto en materia de viáticos (art. 16 repetido que correspondería al 1722); por último, la vigencia y derogatoria (art. 17).

<sup>20</sup> Decreto Ley 4134 de 2011, «por el cual se crea la Agencia Nacional de Minería, ANM, se determina su objetivo y estructura orgánica», artículo 10, numeral 3.

<sup>21</sup> Por error, la resolución enjuiciada numera dos veces el artículo 11.

<sup>22</sup> Por error, la resolución enjuiciada numera dos veces el artículo 16.

En conclusión, los anteriores son preceptos que no riñen con el ámbito de competencia exclusiva del Gobierno Nacional en materia de viáticos sino que se encuentran orientados a la efectiva y adecuada aplicación de dicho régimen al interior de la entidad. En tales condiciones, se estima que la Agencia Nacional de Minería tenía competencia para proferirlos.

No sucede lo propio con el artículo 4 ejusdem pues, parte de su contenido, supone una invasión de la atribución del Gobierno Nacional para definir la escala de viáticos y los criterios aplicables a efectos de reconocer y pagar los gastos de desplazamiento respectivos. A efectos de estudiar si la entidad demandada tenía competencia para ejercer su potestad normativa sobre los asuntos reglados en esa disposición, a continuación se transcribe la norma en la parte que concierne al reproche formulado por los demandantes por el alegado vicio de falta de competencia:

«[...] Artículo 4.º Escala de viáticos y gastos de desplazamiento: La escala por concepto de viáticos para los servidores públicos y gastos de desplazamiento para los contratistas de la Agencia Nacional de Minería, de conformidad con las disposiciones del Gobierno Nacional y las que adopte el ordenador del gasto en materia de austeridad o por las limitaciones presupuestales que tenga la ANM, es la siguiente:

Viáticos para comisiones de servicio en el interior del país.

CARGO	CÓD	GR.	BASE DE LIQUIDACIÓN DE COMISIONES (Sin transporte contratado)	BASE DE LIQUIDACIÓN DE COMISIONES (Con transporte contratado)
Presidente de Agencia	E1	7	620.403	434.282
Vicepresidente de Agencia	E2	5	620.403	434.282
Jefe de Oficina	G1	5	405.047	283.533
Gerente de Proyectos	G2	9	620.403	434.282
Experto	G3	8	526.556	368.589
Experto	G3	7	526.556	368.589
Experto	G3	6	435.528	304.870
Gestor	T1	15	300.257	210.180
Gestor	T1	13	247.196	173.037
Gestor	T1	12	247.196	173.037
Gestor	T1	11	247.196	173.037
Gestor	T1	10	247.196	173.037
Gestor	T1	9	204.462	143.123

Gestor	T1	8	204.462	143.123
Gestor	T1	7	204.462	143.123
Analista	T2	6	204.462	143.123
Analista	T2	5	181.148	126.804
Analista	T2	4	181.148	126.804
Analista	T2	3	157.751	110.426
Técnico Asistencial	O1	11	181.148	126.804
Técnico Asistencial	O1	10	157.751	110.426
Técnico Asistencial	O1	8	157.751	110.426
Técnico Asistencial	O1	7	135.087	102.231
Técnico Asistencial	O1	5	135.087	102.231
Técnico Asistencial	O1	4	135.087	102.231
Técnico Asistencial	O1	3	135.087	102.231
Técnico Asistencial	O1	1	111.733	102.231

Nota: Para los trayectos terrestres inferiores a 50km desde el perímetro urbano de la sede habitual de trabajo, la ANM reconocerá el valor fijo de

\$50.000. La distancia se medirá con el visor con que cuente la Entidad, en caso de incompatibilidad se tendrá en cuenta el visor de Google Maps.

Gastos de desplazamiento para contratistas para gastos de desplazamiento en el interior del país.

CARGO	RANGOS	BASE DE LIQUIDACIÓN DE GASTOS DE DESPLAZAMIENTO	
		(Sin transporte contratado)	(Con transporte contratado)
Contratista	-	901.415	81.754 57.228
Contratista	901.416	1.416.487	111.733 78.213
Contratista	1.416.488	1.891.515	135.087 94.561
Contratista	1.891.516	2.399.131	157.751 110.426
Contratista	2.399.132	2.897.449	181.148 126.804
Contratista	2.897.449	4.369.793	204.462 143.123
Contratista	4.369.794	6.107.466	247.196 173.037
Contratista	6.107.467	7.251.768	300.257 210.180
Contratista	7.251.769	8.767.407	405.047 283.533
Contratista	8.767.408	9.827.135	435.528 304.870
Contratista	9.827.136	10.350.000	526.556 368.589
Contratista	10.269.358	999.999.999	526.556 368.589

Nota: Para los trayectos terrestres inferiores a 50km desde el perímetro urbano de la sede habitual de trabajo, la ANM reconocerá el valor fijo de

\$50.000. La distancia se medirá con el visor con que cuente la Entidad, en caso de incompatibilidad se tendrá en cuenta el visor de Google Maps [...]

Como puede observarse, tratándose del artículo 4 de la Resolución 491 de 2019, inciso 1 y cuadros contenidos en los numerales 1 y 2, la demandada reguló asuntos esenciales al régimen de viáticos en los que invadió la competencia exclusiva del

Gobierno Nacional, última que, en efecto, para el año 2019, había sido ejercida por aquel mediante la expedición del Decreto 1013 de 2019.

En este punto, resulta de gran trascendencia ahondar en la correcta hermenéutica del artículo 2 del mencionado decreto pues se advierte que ambas partes tienen un entendimiento errado de la norma, según el cual aquella prevé una atribución en cabeza de las entidades y organismos del Estado para que establezcan de forma general e indeterminada un monto fijo y diario a reconocer por concepto de viáticos, según la remuneración del cargo, siempre que se respeten los topes definidos por el Gobierno Nacional en el artículo 1 de la misma norma reglamentaria.

Esto no es lo que señala el artículo 2 del Decreto 1013 de 2019. Cuando este precepto indica que «Los organismos y entidades fijarán el valor de los viáticos», se refiere<sup>23</sup> al acto de contenido particular y concreto en el que, atendiendo a las circunstancias específicas de la comisión, la entidad u organismo determina el monto a reconocerle al funcionario que se encuentra en dicha situación administrativa.

En un asunto con características similares a las discutidas en el presente proceso, la Sección

Segunda, en Sala Plena, mediante sentencia del 2 de abril de 2009, declaró la nulidad del artículo 12 de la Resolución 574 de 1995, que reglamentaba las comisiones de servicio, el pago de viáticos y gastos de transporte en el SENA. La providencia efectuó el siguiente razonamiento que, por la semejanza entre ambos casos, resulta aplicable al sub examine:

[...] Del contenido del artículo 2º de la Ley 72 de 1995, que sirvió de fundamento a la Resolución N° 574 de 1995, cuyo artículo décimo segundo se demanda en nulidad, se evidencian tres criterios para la fijación de viáticos, a saber: a) remuneración mensual del empleado comisionado; b) naturaleza de los asuntos que le sean confiados y c) condiciones de la comisión, teniendo en cuenta el costo de vida del lugar en el cual debe realizarse la labor.

Así entonces, al comparar la norma transcrita con el artículo décimo segundo de la Resolución N° 574 de 31 de marzo de 1995, acusado en el sub-lite, surge evidente la infracción en que incurrió el Director General del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, en cuanto, lejos de reglamentar el régimen de viáticos atendiendo las pautas que para el efecto le señalaba la norma transcrita y que invocó como fundamento de su decisión, lo que en realidad hizo fue crear un rubro para los servidores que tuviesen a su cargo comisiones, consistente en el pago de una suma única equivalente a ocho mil ochocientos cincuenta pesos (\$8.850.00) que denominó gastos de manutención, sin tomar en cuenta que la norma que invocaba para soportar la que expedía consagraba tres criterios para fijar los viáticos y que el concepto de los mismos comprendía no solo el componente manutención, sino alojamiento.

A lo dicho cabe agregar que los lineamientos señalados en el artículo 2º de la Ley 72 de 1995 deben tenerse en cuenta por la autoridad u organismo que tiene a su cargo la reglamentación del régimen de viáticos, porque no todos los

232323

asuntos objeto de comisión son de idéntica naturaleza y por esa razón deben ser atendidos por funcionarios con el nivel que el caso exija y en consecuencia los viáticos fijados no pueden ser iguales sino diferentes en cada caso; pero además tales lineamientos constituyen una limitante a la discrecionalidad del funcionario a cuyo cargo está la determinación del monto de los viáticos, quien no puede adoptar, como hizo en este caso, una determinación sin el respaldo normativo legal que la medida exige, porque la competencia para el efecto es reglada y el margen de discrecionalidad debía enmarcarse en los términos que establece el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo, según el cual: "En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa<sup>24</sup>" (subrayas fuera del texto original)

Así las cosas, resulta razonable afirmar que el artículo 2 del Decreto 1013 de 2019 no contiene una facultad para que las entidades del orden nacional a las que se les aplica la norma establezcan su propia escala de viáticos. Se trata de una atribución para que, con base en los parámetros de ley, fijen caso a caso lo que se le debe reconocer a un determinado funcionario por una comisión de servicios en particular, «[...] hasta por el valor máximo de las cantidades señaladas en el artículo [...]25» primero del mismo decreto. Los parámetros o criterios son los siguientes:

La remuneración mensual del empleado comisionado.

La naturaleza de los asuntos que le sean confiados al funcionario.

Las condiciones de la comisión, teniendo en cuenta el costo de vida del lugar o sitio donde deba llevarse a cabo la labor.

En línea con ello, el artículo 2.2.5.5.27 del Decreto 1083 de 2015 prevé que el empleado en comisión de servicios tiene derecho al pago de viáticos y gastos de transporte y que su valor «[...] se establecerá de conformidad con los lineamientos y topes señalados en el decreto anual expedido por el Gobierno nacional [...]»

En conclusión, el inciso 1 y los cuadros contenidos en los numerales 1 y 2 del artículo 4 de la Resolución 491 de 2019 fueron expedidos sin que la Agencia Nacional de Minería tuviera competencia alguna para ejercer una potestad de creación normativa en la materia.

Finalmente, en cuanto a su artículo 1126 se observa que, aunque también se ocupó de fijar una escala de viáticos, en este caso para las comisiones al exterior, lo cierto

24 Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 2 de abril de 2009, radicado 11001-03-24- 000-2005-00328-00(1048-06).

25 Artículo 2, Decreto 1013 de 2019.

26 En lo pertinente, el artículo 11 de la Resolución 491 de 2019 señala: «Artículo 11.º Escala de viáticos para comisiones al exterior: La escala por concepto de viáticos de comisiones al exterior para los servidores públicos de la Agencia Nacional de Minería que, de conformidad con las disposiciones del Gobierno Nacional y las que adopte el ordenador del gasto en materia de austeridad o por las limitaciones presupuestales que tenga la ANM, es la siguiente:

es que, a diferencia del artículo 4 ibidem, en él no se evidencia el verdadero ejercicio de creación normativa pues reprodujo el cuadro, las escalas y valores que para ese tipo de comisiones fijó el Gobierno Nacional en el artículo 1 del Decreto 1013 de 2019. Por ese motivo, no puede predicarse el vicio de falta de competencia frente a aquel precepto.

Aunque en este punto correspondería resolver los interrogantes propios del segundo problema jurídico planteado, la Sala advierte que la falta de competencia evidenciada respecto del artículo 4 de la Resolución 431 de 2019 es un factor determinante para que, en el estudio del tercer problema jurídico, tenga cabida declarar la nulidad de todo el acto enjuiciado. Por tal motivo, procederá directamente al desarrollo de este asunto.

Tercer problema jurídico

¿La Agencia Nacional de Minería incurrió en la causal de expedición irregular o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa por, presuntamente, haber proferido la Resolución 491 de 30 de julio de 2019 incumpliendo el deber de informar la iniciación de la actuación administrativa a quienes pudieran estar interesados en ella, en los términos de los artículos 3, numeral 6, y 8, numeral 8, del CPACA?

Tesis de la demanda: En la expedición de la resolución demandada se desatendió el procedimiento legalmente previsto como quiera que, por tratarse de un proyecto específico de regulación, en su etapa de formación, debió publicarse el borrador del acto para posibles comentarios de la ciudadanía.

Tesis de la Sala: El acto administrativo enjuiciado fue expedido en forma irregular por la pretermisión del trámite de publicidad previa al que se debió sujetar y por la trascendencia que

tuvo el incumplimiento de este requisito formal de

Base de liquidación		dólares estadounidenses (USD)				
Hasta	0	A	Centro América, El	Estados	Europa,	
				Caribe y	Unidos,	Asia,
				Suramérica, excepto	Canadá,	Oceanía,
				Brasil, Chile,	Chile, Brasil,	México y
				Argentina y Puerto Rico.	África y Puerto Rico.	Argentina.
Hasta	0	A	1.138.856	Hasta 80	Hasta 100	Hasta 140
De	1.138.857	1.789.604		Hasta 110	Hasta 150	Hasta 220
De	1.789.605	A	2.389.256	Hasta 140	Hasta 200	Hasta 300
De	2.389.257	A	3.301.083	Hasta 150	Hasta 210	Hasta 320
De	3.031.084	A	3.660.661	Hasta 160	Hasta 240	Hasta 350
De	3.660.662	A	5.520.837	Hasta 170	Hasta 250	Hasta 360
De	5.520.838	A	7.716.221	Hasta 180	Hasta 260	Hasta 370
De	7.716.222	A	9.161.941	Hasta 200	Hasta 265	Hasta 380
De	9.161.942	A	11.279.691	Hasta 270	Hasta 315	Hasta 445
De	11.279.692	A	13.638.099	Hasta 350	Hasta 390	Hasta 510
De	13.638.100	En adelante	Hasta 440	Hasta 500	Hasta 640	

procedimiento, de acuerdo con lo señalado en el numeral 8.º del artículo 8.º del CPACA y en el artículo 2.1.2.1.14 del Decreto 1081 de 2015, sustituido por el artículo 1.º del Decreto 270 de 2017.

Con el fin de sustentar esta postura, la Sala acude al estudio de los siguientes ítems: (i) el vicio de expedición irregular; (ii) la ponderación como juicio para solucionar la colisión de principios; (iii) la publicidad previa de los proyectos específicos de regulación; para entonces resolver (iv) el

caso concreto.

### El vicio de expedición irregular

Este vicio o causal de nulidad de los actos administrativos se predica de los defectos en el elemento formal del acto, el cual comprende dos aspectos a saber: el procedimiento y la forma de la declaración<sup>27</sup>. Sobre lo primero, la expedición irregular se configura cuando se incumplen las condiciones y fases previstas en el ordenamiento jurídico para la formación del acto. Y frente a lo segundo, el vicio se presenta en los casos en los que la manifestación unilateral de voluntad de la administración adolece de formalidades esenciales para su validez, tales como la motivación.

En ese sentido, el elemento formal del acto que protege esta causal de nulidad, obedece tanto a razones de orden interno de la administración, como al respeto de las garantías y derechos de las personas<sup>28</sup>, lo cual puede referirse a requisitos tendientes a garantizar cuestiones como la igualdad y la participación de los interesados en la formación del acto, otorgar las oportunidades que correspondan para el ejercicio de los derechos a la defensa o contradicción y también para asegurar la autenticidad o veracidad del acto administrativo.

No obstante, es necesario precisar que, tanto esta Corporación como la doctrina, han señalado de manera reiterada que, en virtud de los principios constitucionales de prevalencia de lo sustancial sobre lo formal<sup>29</sup> y de eficacia de la función administrativa<sup>30</sup>, las irregularidades formales que no tengan trascendencia en los derechos y garantías fundamentales como el debido proceso, pueden ser subsanadas y no implican necesariamente la anulación del acto. Así, la irregularidad que tiene vocación de llevar al juez a declarar la nulidad es la que

Cfr. MIGUEL LARGACHA MARTÍNEZ y DANIEL POSSE VELÁSQUEZ, op. cit, p. 27.

28 Ibidem.

29 CP, art. 228: «La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo». (Negrita fuera de texto).

30 CP, art. 209: «La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad [...]».

compromete un presupuesto básico de la decisión o la que tuvo incidencia en su sentido final<sup>31</sup>.

En efecto, en el Consejo de Estado se ha dicho al respecto que<sup>32</sup>:

«La expedición irregular como vicio anulante de los actos administrativos se configura cuando la decisión de la administración viola las normas de orden adjetivo que establecen el procedimiento para su formación o la forma como éste debe presentarse. Cuando el acto es expedido con vicios en el trámite debe verificarse si éstos son de una suficiencia tal que afecten el sentido de la decisión. Si la irregularidad en el proceso logra afectar la decisión por cuanto es sustancial o trascendente, el acto será anulable por expedición irregular, caso contrario, es decir, cuando el defecto es formal e intrascendente, no hay lugar a decretar su anulación». (Negrita fuera de texto).

Y desde la doctrina, Largacha Martínez y Posse Velásquez indicaron lo siguiente<sup>33</sup>:

«[D]ebe precisarse que no toda irregularidad en la forma que afecte los anteriores principios da lugar a la invalidez o ineficacia del acto [...] los vicios de carácter puramente accidental, instituido solamente en beneficio de la administración, son irregularidades que no alcanzan a desvirtuar la naturaleza de los procedimientos, luego no son causal de nulidad, sino cuando sea razonable suponer que de haberse cumplido con esta formalidad accidental se habría producido un cambio en el contenido de la voluntad administrativa». (Negrita fuera de texto).

Ahora bien, para definir la trascendencia de la irregularidad que puede llevar a la anulación del acto administrativo es posible acudir, inicialmente, a un criterio eminentemente normativo, según el cual, si un precepto jurídico positivo le da el carácter de esencial a una formalidad, su incumplimiento puede generar la nulidad del acto<sup>34</sup>, lo cual ocurre, por ejemplo, con la consulta previa<sup>35</sup>. Luego, de no existir disposiciones en el anterior sentido, la determinación de la importancia de los requisitos formales en un caso concreto puede ser objeto de ponderación, esto es, de un ejercicio comparativo en el que se busca un equilibrio práctico<sup>36</sup> entre, por un lado, los principios o derechos que subyacen a las reglas sobre las formalidades a las que debía sujetarse la manifestación unilateral de voluntad de la administración y, por el otro, de los que, en sentido contrario, propugnan por la eficacia de la actuación administrativa en un caso concreto. Así pues, a

31 Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto del 18 de enero de 1994, rad. 2779 y en la doctrina: Cfr. MIGUEL LARGACHA MARTÍNEZ y DANIEL POSSE VELÁSQUEZ, op. cit., p. 87 y LUIS ENRIQUE BERROCAL GUERRERO, Manual del acto administrativo, 7.<sup>a</sup> ed., Bogotá: Librería Ediciones del Profesional, 2016, pp. 551-552.

32 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 27 de enero de 2011, rad. 11001-03-28-000-2010-00007-00.

33 MIGUEL LARGACHA MARTÍNEZ y DANIEL POSSE VELÁSQUEZ, op. cit., p. 98

34 Ibidem, p. 99.

35 CPACA, art. 46: «Consulta obligatoria. Cuando la Constitución o la ley ordenen la realización de una consulta previa a la adopción de una decisión administrativa, dicha consulta deberá realizarse dentro de los términos señalados en las normas respectivas, so pena de nulidad de la decisión que se llegare a adoptar». (Negrita fuera de texto).

36 Corte Constitucional, sentencia T-425 de 1995.

continuación, se abordará lo relacionado con el mecanismo de la ponderación y la solución de la colisión de principios.

La ponderación como juicio para solucionar la colisión de principios

En la teoría del derecho contemporánea<sup>37</sup> y en la jurisprudencia nacional<sup>38</sup>, se ha introducido el concepto de ponderación, como un mecanismo a través del cual se busca resolver los conflictos que surgen en la aplicación de los principios o derechos fundamentales que se encuentren en un plano de igualdad jerárquica en la pirámide de fuentes del ordenamiento jurídico. Estos principios son entendidos como normas con estructura abierta o mandatos de optimización, que

ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas que juegan en sentido contrario. Así, la operación en comento implica que, cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro.

Lo precedente se diferencia de la forma tradicional de aplicar las reglas, las cuales, por su estructura condicional hipotética (si A, entonces debe ser B), pueden ser adjudicadas silogísticamente o mediante la subsunción<sup>39</sup>, y cuyas colisiones se resuelven a través de los criterios de solución de antinomias previstos en la ley<sup>40</sup>.

Ahora bien, en la ponderación, para definir en cada caso esa «mayor medida posible» en la que debe materializarse un principio, es necesario confrontarlo con su opuesto, el cual puede estar contenido explícitamente en una norma de estructura abierta o, del mismo modo, implícitamente en la redacción de una regla (como ocurre, por lo general, con los requisitos formales de los actos administrativos). Cuando esta operación se realiza, como ya se advirtió, se dice que hay una colisión de principios, pues, en un caso concreto, resultan relevantes dos o más disposiciones jurídicas que fundamentan, prima facie, dos normas incompatibles entre sí y que pueden ser propuestas como soluciones para el

37 Cfr. ROBERT ALEXANDER, Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 95, citado en: CARLOS BERNAL PULIDO, El derecho de los derechos, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 96.

38 Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-027 de 2018 y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 15 de abril de 2013, rad. 44001-23- 33-000-2012-00079-01(AC).

39 CARLOS BERNAL PULIDO, El derecho de los derechos, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 95.

40 L. 57/1887, art. 5: «Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquélla.

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

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

2ª. Cuando las disposiciones tengan una misma especialidad o generalidad, y se hallen en un mismo Código, preferirá la disposición consignada en artículo posterior; y el estuvieren en diversos Códigos preferirán, por razón de éstos, en el orden siguiente: Civil, de Comercio, Penal, Judicial, Administrativo, Fiscal, de Elecciones, Militar, de Policía, de Fomento, de Minas, de Beneficencia y de Instrucción Pública».

asunto estudiado<sup>41</sup>. De acuerdo con la Corte Constitucional, este tipo de situaciones se presentan porque<sup>42</sup>:

«[...] la Constitución prevé un amplio catálogo de derechos, los cuales tienen una clara dimensión normativa; sin embargo, esta es abierta, en la medida que no define cómo o en qué términos estos deben ser garantizados. Es más, la Constitución, como regla general, no determina

cuál debe ser el nivel –ya sea mínimo, máximo o uno intermedio– de satisfacción de los derechos [...]».

De esta manera, en lo relativo a la solución de la colisión de principios, desde la doctrina<sup>43</sup> se ha elaborado un procedimiento para tales efectos que consiste en: (i) definir la importancia de la satisfacción o afectación de uno de los que estén confrontados; (ii) determinar la importancia de la satisfacción del mandato de optimización que juega en sentido contrario y, (iii) concretar si la importancia de la satisfacción del principio opuesto justifica la afectación o no satisfacción del otro. En esa ilación, el grado de afectación de estos principios puede determinarse mediante el uso de una escala tríadica de tres grados o intensidades a saber: leve, medio o intenso<sup>44</sup>.

Adicionalmente, es necesario tener en cuenta el «peso abstracto»<sup>45</sup> de las normas de textura abierta en colisión, lo que puede ser determinado, entre otras variables, por la jerarquía dentro del sistema de fuentes del derecho de los preceptos que las contienen (v. gr. Constitución vs. Ley) y, por último, es necesario referirse a la certeza de las apreciaciones sobre los hechos del caso, las cuales, en la medida en que tengan un mayor grado de demostración, más peso le darán al principio que respaldan<sup>46</sup>.

La publicidad previa de los proyectos específicos de regulación

En la actualidad, es una realidad que las nuevas dinámicas a las que responde el Estado social de derecho propenden en mayor medida por la democratización del procedimiento administrativo<sup>47</sup>. Este propósito se ve reflejado en disposiciones constitucionales como el artículo 1.º Superior, conforme al cual el Estado colombiano se encuentra organizado bajo la forma de República democrática, participativa y pluralista; el artículo 2.º, que indica que uno de los fines esenciales del Estado es facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan; así como el 209 ibidem, que al contemplar los principios que rigen la función administrativa, prevé los de interés general y publicidad.

Por su parte, la Ley 489 de 1998 indicó que la función administrativa debe desarrollarse, entre otros, conforme a los principios de participación, publicidad y

41 Cfr. CARLOS BERNAL PULIDO, op. cit., p. 98.

42 Corte Constitucional, sentencia T-027 de 2018.

43 Cfr. CARLOS BERNAL PULIDO, op. cit., p. 98.

44 Ibidem, p. 100.

45 Ibidem.

46 Ibidem, p. 101.

47 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 2 de julio de 2020, rad. 11001-03-25-000-2017-00032-00 (0098-2017).

transparencia, y su ejercicio debe consultar siempre el interés general<sup>48</sup>. En armonía con ello, el artículo 3249 ibidem prevé que, en cumplimiento de la obligación que tienen todas las entidades estatales de atender los principios de democracia participativa y democratización de la gestión pública, deben involucrar a los ciudadanos y organizaciones de la sociedad civil en su formulación, ejecución, control y evaluación de sus actuaciones. Con tal fin, la norma en comento prevé como posibles acciones: (i) la convocatoria a audiencias públicas; (ii) la

incorporación de políticas y programas encaminados a fortalecer la participación ciudadana en sus planes de desarrollo y de gestión; (iii) la difusión y promoción de los derechos ciudadanos relativos al correcto funcionamiento de la administración pública; (iv) el incentivo de la formación de asociaciones que representen los intereses de los usuarios y ciudadanos; (v) el apoyo a los mecanismos de control social que se constituyan; y (vi) la aplicación de herramientas que le otorguen transparencia a la función administrativa.

El CPACA también contiene los principios que guían las decisiones de las autoridades, entre otros, los del debido proceso, transparencia, publicidad y participación. Sobre este último, el numeral 6.º del artículo 3.º de dicha codificación, señala que constituye el fundamento para que las autoridades promuevan y atiendan las iniciativas que adelanten los ciudadanos, organizaciones y comunidades, con el fin de intervenir en los procesos de deliberación, formulación, ejecución, control y evaluación de la gestión pública.

Por su parte, el artículo 8.º, numeral 8.º del CPACA, consagra el deber que tienen las entidades estatales y los particulares que cumplan funciones administrativas, de mantener informados a los administrados de los proyectos de actos administrativos de carácter general y abstracto que pretendan expedir en ejercicio de su potestad regulatoria. Al respecto señala la disposición:

«ARTÍCULO 8.º. DEBER DE INFORMACIÓN AL PÚBLICO. Las autoridades

deberán mantener a disposición de toda persona información completa y actualizada, en el sitio de atención y en la página electrónica, y suministrarla a través de los medios impresos y electrónicos de que disponga, y por medio telefónico o por correo, sobre los siguientes aspectos:

[...]

8. Los proyectos específicos de regulación y la información en que se fundamenten, con el objeto de recibir opiniones, sugerencias o propuestas alternativas. Para el efecto, deberán señalar el plazo dentro del cual se podrán presentar observaciones, de las cuales se dejará registro público. En todo caso la autoridad adoptará autónomamente la decisión que a su juicio sirva mejor el interés general [...].».

Como puede observarse, la norma contempla una etapa previa a la definición y expedición de las regulaciones, consistente en compartirla a la comunidad el contenido de estas en borrador. El mecanismo tiene como propósito garantizar la participación de las personas que eventualmente podrían verse afectadas por

48 L. 489/1998, arts. 3 y 4.

49 Artículo modificado por el artículo 78 de la Ley 1474 de 2011.

aquellas, lo que permite que el proceso de diseño de dichos actos administrativos tenga en consideración los intereses de los grupos sobre los cuales podrían llegar a tener un impacto. Sin duda alguna, esto beneficia la forma en que se desarrolla la actividad regulatoria de la administración, pues la democratización de las decisiones estatales redundará en pro de su legitimidad y en una mayor transparencia en su adopción.

No obstante, es importante señalar que esta garantía no influye en la unilateralidad que caracteriza al acto administrativo, pues las observaciones que en tal virtud realicen los interesados carecen de cualquier efecto vinculante para las autoridades, quienes, por ende, en la

expedición de dichas decisiones no se encuentran sometidas más que a la Constitución y a la ley, particularmente a los principios de la función administrativa señalados en el artículo 209 superior, al igual que aquellos que prevé su artículo 1.º y a los fines estatales de que trata el artículo 2.º ibidem.

Frente a esta cuestión, el 14 de septiembre de 2016, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado<sup>50</sup> se pronunció respecto del alcance del artículo 8.º, numeral 8.º del CPACA, para precisar que la expresión «proyectos específicos de regulación» debe entenderse como toda propuesta de acto administrativo general y abstracto que busca expedir la autoridad administrativa en el ámbito de sus competencias, sin que se limite o restrinja únicamente a la regulación económica- social. De igual manera, destacó la posibilidad de exceptuar la exigencia de este deber cuando<sup>51</sup> (i) exista ley especial en la materia y (ii) se trate de procedimientos militares o de policía que requieran decisiones de ejecución inmediata a efectos de evitar o remediar perturbaciones del orden público en los aspectos de defensa nacional, seguridad, tranquilidad, salubridad, y circulación de personas y cosas<sup>52</sup>.

En lo que se refiere al plazo para la recepción de las observaciones, la misma Sala sostuvo que debe fijarse buscando alcanzar un equilibrio que permita la más amplia participación ciudadana posible sin que ello repercuta negativamente o demore en exceso el normal desarrollo de las competencias de las autoridades administrativas. Por tal motivo, estimó que, en tales casos, se debe garantizar que

50 Si bien es cierto que conforme al artículo 112 del CPACA los conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado no son vinculantes, salvo que la ley disponga lo contrario, nada obsta para que, al constituir opiniones técnico jurídicas emitidas por esta Corporación en ejercicio de la función asesora o consultiva que le asigna el artículo 237-3 superior, sirvan de apoyo en la fundamentación de una determinada decisión judicial, no porque propiamente se le reconozca algún tipo de obligatoriedad sino porque el funcionario encargado de administrar justicia encuentra ajustados los razonamientos aducidos en tales conceptos.

51 El artículo 4 del Decreto Nacional 1273 de 2020 modificó el artículo 2.1.2.1.24 del Decreto 1081 de 2015, para incluir nuevas hipótesis en las que no se debe atender el deber de publicar los proyectos de regulación. No obstante, se recuerda que dicha reforma es posterior a la fecha de expedición del acto enjuiciado.

52 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 14 de septiembre de 2016; rad. 11001030600020160006600 (2291).

la sociedad pueda intervenir durante un periodo que resulte razonable, proporcional y adecuado<sup>53</sup>.

Visto lo anterior, es importante señalar que el Decreto 1081 de 2015, «Por medio del cual se expide el Decreto Reglamentario Único del Sector Presidencia de la República», previó unas directrices generales de técnica normativa a las cuales se deben sujetar, entre otras autoridades, los organismos de la Rama Ejecutiva del orden nacional.

Algunas disposiciones de este decreto reglamentario único fueron modificadas o adicionadas por el Decreto 270 de 2017<sup>54</sup>, concretamente, en relación con la participación de los ciudadanos o grupos de interesados en la elaboración de proyectos específicos de regulación. Este, en su artículo 1.º, sustituyó el artículo 2.1.2.1.1455 del Decreto 1081 de 2015<sup>56</sup>, y preceptuó, respecto de la publicidad de los proyectos específicos de regulación, lo siguiente:

«[...] Artículo 2.1.2.1.14. Publicidad de los proyectos específicos de regulación expedidos con firma del presidente de la República. Con el fin de que los ciudadanos o grupos de interés participen en el proceso de producción normativa, a través de opiniones, sugerencias o propuestas alternativas, los proyectos específicos de regulación elaborados para la firma del Presidente de la República deberán publicarse en la sección de Transparencia y Acceso a la Información Pública del sitio web del Ministerio o departamento administrativo que los lidere, por lo menos durante quince (15) días calendario, antes de ser remitidos a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

Excepcionalmente, la publicación podrá hacerse por un plazo inferior, siempre que el Ministerio o el Departamento Administrativo lo justifique de manera adecuada. En cualquier caso, el plazo deberá ser razonable y ajustado a la necesidad de la regulación.

Parágrafo 1.º. Para los efectos de este título, entiéndase como "proyecto específico de regulación" todo proyecto de acto administrativo de contenido general y abstracto que pretenda ser expedido por la autoridad competente.

Parágrafo 2.º. La publicación de cada proyecto específico de regulación se hará junto con la de un Soporte Técnico.

53 Al respecto, adujo que «[...] la autoridad, para no violentar el principio de transparencia y ser consecuente con los principios que guían la actividad administrativa, especialmente los de celeridad, economía, eficiencia y eficacia, y para no paralizar o afectar de forma inconveniente la actividad de la administración y lograr la satisfacción oportuna de los fines del Estado, debe establecer un plazo razonable, proporcional y adecuado, especialmente en situaciones que requieran una pronta actuación o decisión, para recibir las observaciones de los interesados. En este caso, se considera necesaria una motivación reforzada que acredite y justifique la legalidad del término [...]». Ibid.

54 «Por el cual se modifica y se adiciona el Decreto número 1081 de 2015, Decreto Único Reglamentario de la Presidencia de la República, en relación con la participación de los ciudadanos o grupos de interesados en la elaboración de proyectos específicos de regulación».

55 Dicho artículo también es aplicable a «La expedición de resoluciones que no requieran firma del Presidente de la República [...]», por mandato del artículo 2.1.2.1.21 del Decreto 1081 de 2015.

56 Lo cual corresponde a la versión vigente para la época de expedición del Decreto 26 del 9 de enero de 2018, teniendo en cuenta que esta disposición fue modificada por el artículo 2.º del Decreto 1273 de 2020.

Dicho Soporte deberá contener, como mínimo, la siguiente información: los antecedentes y las razones de oportunidad y conveniencia que justifican la expedición de la norma; su ámbito de aplicación y los sujetos a quienes va dirigida; un estudio preliminar sobre la viabilidad jurídica de la disposición; un estudio preliminar sobre su posible impacto económico y un estudio preliminar sobre el posible impacto medioambiental o sobre el patrimonio cultural de la Nación, si fuere el caso.

Parágrafo 3º. Los proyectos específicos de regulación que establezcan o regulen un trámite deberán publicarse junto con la Manifestación de Impacto Regulatorio a que se refiere el artículo

39 del Decreto ley número 019 de 2012». (Negrita fuera de texto).

Como se puede observar, el decreto en comento acogió la definición de los proyectos específicos de regulación que fue propuesta por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado y, en ese sentido, dispuso que antes de remitir el borrador del acto administrativo general y abstracto a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, este debía publicarse durante quince días en la sección de Transparencia y Acceso a la Información Pública del sitio web del ministerio o departamento administrativo que los lidere o, excepcionalmente, en un plazo inferior, siempre que esta medida se justifique de manera adecuada.

Por otro lado, en lo relacionado con las excepciones al cumplimiento del anterior deber, el artículo 2.1.2.1.24 del Decreto 1081 de 2015, adicionado por el artículo 6.º del Decreto 270 de 201757, estableció lo que se transcribe a continuación:

«[...] Artículo 2.1.2.1.24. Excepciones al deber de publicar proyectos de regulación. De conformidad con lo previsto en el artículo 2.º de la Ley 1437 de 2011, la publicación a que se refieren los artículos 2.1.2.1.14 y 2.1.2.1.23 de este Decreto no aplica en los siguientes casos:

1. Cuando se trate de procedimientos militares o de policía que por su naturaleza requieran decisiones de aplicación inmediata, para evitar o remediar perturbaciones de orden público en los aspectos de defensa nacional, seguridad, tranquilidad, salubridad, y circulación de personas y cosas.
2. En los casos de reserva o clasificación de la información señalados por la Constitución y la Ley, incluidos los previstos en las Leyes 1712 de 2014 y 1755 de 2015.
3. En los demás casos expresamente señalados en la ley [...].»

Ahora bien, acerca de lo anterior es necesario precisar que no hay que confundir el deber de darle publicidad de los proyectos específicos de regulación con el de consulta previa, al que antes se hizo alusión como uno de los ejemplos en los que la ley establece un requisito formal que es esencial para la validez de los actos administrativos, pues, si bien ambos tienen fundamento constitucional en el

57 Esta disposición fue modificada por el artículo 4.º del Decreto 1273 de 2020.

principio de democracia participativa, se trata de instituciones autónomas que se estructuran bajo circunstancias diferentes y con sujeción a sus propias reglas<sup>58</sup>.

En ese sentido, para que el incumplimiento de la obligación de publicar los mencionados proyectos conduzca a la nulidad del respectivo acto administrativo de carácter general, es necesario acudir al mecanismo de la ponderación, y así determinar la trascendencia de la afectación de la dimensión formal del acto, que se vea representada en la posibilidad real de haberse tomado una decisión diferente si la formalidad omitida o incumplida hubiese sido observada<sup>59</sup>.

Caso concreto

La parte demandada niega que la Resolución 491 de 30 de julio de 2019 sea de carácter general y abstracto aduciendo que, como se encuentra dirigida a empleados y contratistas de la entidad, sus destinatarios son sujetos que, aunque no están determinados, son determinables. Además, la Agencia Nacional de Minería sostiene que el acto es tan solo una norma interna, sin efectos ad extra, que tiene como propósito el adecuado funcionamiento de la entidad, argumento bajo el

cual pretende descartar que, durante el procedimiento administrativo que condujo a su expedición, este haya tenido la calidad de proyecto específico de regulación sujeto al deber que consagra el artículo 8, numeral 8 del CPACA.

58 Para los efectos del caso sub examine, basta con señalar que la consulta previa es un derecho fundamental cuya titularidad reside en los grupos étnicos del país, del cual hacen parte las comunidades indígenas, negras, afrocolombianas, raizales, palenqueras y gitanas. Aquel supone el deber de consultar a los pueblos interesados cuando se prevean acciones legislativas o administrativas capaces de afectarlos directamente en su integridad, costumbres, tradiciones, territorio, supervivencia física y otros aspectos. Al respecto puede consultarse la sentencia del 8 de marzo de 2018, proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, radicación 13001-23-33-000-2017-00677-01(AC). La finalidad del derecho a la consulta previa consiste en propiciar un acuerdo o lograr el consentimiento de las comunidades interesadas respecto de las propuestas. En relación con su alcance, la Corte Constitucional ha señalado que no se agota en la divulgación de información sino que trasciende a una participación mucho más activa con ocasión de la cual las comunidades puedan, materialmente, manifestar su posición respecto de la medida a adoptar de manera tal que pueda incidir en la determinación que asuma el Estado. Por ello, ha precisado tal Corporación que «[...] Cuando no sea posible el acuerdo o la concertación, la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; en consecuencia debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena. En todo caso deben arbitrarse los mecanismos necesarios para mitigar, corregir o restaurar los efectos que las medidas de la autoridad produzcan o puedan generar en detrimento de la comunidad o de sus miembros [...]» (Corte Constitucional, sentencia SU- 039 de 1997).

59 Así lo ha señalado también la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, que ha indicado que de la redacción del numeral 8.º del artículo 8.º del CPACA, que en su inciso final preceptúa que «en todo caso la autoridad adoptará autónomamente la decisión que a su juicio sirva mejor el interés general», no puede concluirse que la pretermisión de este requisito dé lugar necesariamente a la nulidad de los actos administrativos que finalmente se profieran, pues la norma da a entender que la voluntad administrativa «no está vinculada por las opiniones dadas por los particulares en el trámite de la expedición de las regulaciones mencionadas»: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 7 de mayo de 2020, rad. 11001-23-27-000-2013-00029-00 (20498).

Para dirimir esta controversia, cabe recordar que los actos administrativos generales son aquellos que crean, modifican o extinguen una situación jurídica abstracta o impersonal, que no puede vincularse en forma directa e inmediata con una persona determinada o determinable. Uno de los factores que suele asociarse erradamente a la determinación de actos de esta naturaleza es la cantidad de personas que se ven afectadas por la manifestación de voluntad de la administración, sin embargo ello no es característico de los mismos ya que lo que los define es la «[...] la abstracción o indeterminación individual de sus destinatarios o de las personas que pueden resultar cobijadas por el acto [...]»<sup>60</sup>.

Por su parte, el acto administrativo particular o individual es aquel que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas personales y subjetivas, generando consecuencias directas e inmediatas sobre personas que la misma decisión identifica o que podrían ser identificables.

La Sala se distancia de la hermenéutica que propuso la demandada porque el acto objeto de estudio establece medidas de carácter impersonal, referidas a situaciones abstractas no relacionadas directa e inmediatamente con persona determinada o determinable, como se explicará a continuación, a través de las cuales se define «[...] el reglamento de reconocimiento y pago de las comisiones de los funcionarios públicos y/o gastos de servicios de alojamiento, manutención y transporte de los contratistas de prestación de servicios»<sup>61</sup> de la Agencia Nacional de Minería.

Aunque es cierto que la resolución es aplicable a los funcionarios en comisión y contratistas de la entidad, el hecho de que una disposición defina como eventuales destinatarios un universo de sujetos que están vinculados a un organismo del Estado no desdice de su carácter general, como pretende razonar el apoderado de la demandada. En efecto, para que las normas jurídicas de esta índole puedan producir los efectos que prevén, en algún punto, siempre ha de ser posible identificar a esos destinatarios que en principio no fueron individualizados, sin que ello, claro está, desdibuje la manera abstracta y objetiva en que se formularon sus enunciados normativos pues lo cierto es que las situaciones que crea no se logran vincular en forma directa e inmediata a uno o varios sujetos en particular.

En armonía con ello, un criterio útil para diferenciar entre el acto de carácter general y el de contenido particular relacionado con personas determinables es que, en este último caso, los sujetos pasivos de la norma deben poder identificarse plenamente al momento en que se dicta. Por el contrario, tratándose de un acto de contenido abstracto siempre es clara la posibilidad de aplicarlo a personas que, solo con posterioridad a su expedición, reúnen las condiciones para ser sus destinatarios.

<sup>60</sup> Berrocal Guerrero, Luis Enrique. Manual del Acto Administrativo. Librería Ediciones del Profesional Ltda. Séptima edición, Bogotá, 2016, p. 144.

<sup>61</sup> Artículo 1 de la Resolución 491 de 30 de julio de 2019.

Bajo esa premisa, piénsese en servidores y contratistas que han establecido un vínculo con la entidad luego de proferirse el acto enjuiciado o, incluso, en aquellos que lo tenían para ese entonces pero no habían causado los respectivos gastos. Claramente, no hubieran podido individualizarse de manera directa e inmediata como sujetos pasivos del acto al momento de su expedición pero ello no obsta para que, a su ingreso a la Agencia y una vez causadas dichas expensas, quedaran cobijados por la Resolución 491 de 30 de julio de 2019. Por tales razones no serán acogidos los planteamientos que formuló dicha agencia sobre este aspecto. De allí que tampoco se comparta que es tan solo un acto con efectos internos para el correcto funcionamiento de la entidad, apreciación bajo la cual la demandada pretende negar que, en su fase de formación, fue un verdadero proyecto de regulación.

En mérito de lo expuesto, se considera que la Resolución 491 de 30 de julio de 2019 reúne las características para ser un acto de contenido general y abstracto, y que, en el trámite de su formación, cuando era solo un borrador de norma, tuvo el carácter de proyecto específico de regulación. Por lo tanto, la Sala concluye que, en el procedimiento administrativo que condujo a su expedición, la Agencia Nacional de Minería debió realizar el trámite señalado en el numeral 8.º del artículo 8.º del CPACA y en el artículo 2.1.2.1.14 del Decreto 1081 de 2015, sustituido por el artículo 1.º del Decreto 270 de 2017.

La entidad demandada acepta que no dio observancia a dichos preceptos. En efecto, incluso en la

actualidad no es posible encontrar en internet una copia del acto acusado. No obstante, como se advirtió en los acápites previos, la sola constatación del incumplimiento de este deber de publicación de los proyectos específicos de regulación, al tratarse de un aspecto formal de procedimiento, no genera automáticamente la nulidad del acto administrativo, pues es necesario verificar que dicha situación tuvo trascendencia en la afectación de principios o derechos, para lo cual debe realizarse un ejercicio de ponderación.

En este asunto se presentó una colisión entre los principios de participación ciudadana y de eficacia en la función administrativa, que a juicio de la Sala debe resolverse en favor del primero de ellos.

En efecto, en este caso, la relevancia de satisfacer el mandato constitucional de participación ciudadana radica en que, de haber permitido que los interesados y eventuales destinatarios de la disposición expresaran sus opiniones, sugerencias o inconformidades con el proyecto normativo, la administración hubiese podido estudiar argumentos como los que se expusieron en este proceso y otros, de manera que independientemente del contenido de la decisión esta contara con la legitimidad que le imprime el proceso participativo. Esto sumado a que, eventualmente, la Agencia Nacional de Minería hubiera podido acoger esas observaciones, evitando incurrir en el vicio de falta de competencia previamente evidenciado por la Sala. Con base en ello, se estima que el grado de afectación del principio de participación ciudadana fue intenso.

Ahora, en lo que se refiere al principio de eficacia de la decisión administrativa, se estima que en el caso concreto, su afectación sería apenas leve. En efecto, la declaratoria de nulidad de la resolución enjuiciada no dejaría sin sustento el derecho al reconocimiento y pago de gastos de desplazamiento sino que implicaría la aplicación directa, como correspondía desde un principio, de las escalas y valores que fijó el Gobierno Nacional en el Decreto 1013 de 2019.

Visto lo anterior, en el caso concreto la Sala le otorga mayor importancia a la satisfacción del principio de participación ciudadana pues, con la eventual intervención de los interesados en el asunto, la Agencia Nacional de Minería hubiera tenido la oportunidad de advertir que la escala de viáticos que fijó en el artículo 4 de la resolución acusada desconoció la reserva reglamentaria a cargo del Gobierno Nacional en materia de viáticos. De esta forma, al menos emergía la posibilidad de que el precepto anunciado no se hubiera incluido en el acto objeto de estudio.

En tales condiciones, cabe concluir que en este caso pesa más el principio de participación ciudadana y, por ello, la omisión del requisito de publicidad previa en el caso concreto tiene la trascendencia necesaria para invalidar la Resolución 491 de 2019.

## 8. DECISIÓN

Por las anteriores consideraciones, se accederá a la pretensión de la demanda presentada por los señores Carlos Ernesto Castañeda y otros, consistente en declarar la nulidad de la Resolución 491 de 2019, proferida por la entidad demandada.

En todo caso, la Sala advierte que, de conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación<sup>63</sup>, la nulidad no afecta los derechos adquiridos ni a las situaciones jurídicas consolidadas con base en el acto administrativo acusado.

<sup>62</sup> En otros eventos, al estudiar las consecuencias en la omisión del requisito de publicidad previa de los proyectos específicos de regulación, esta Sala de Subsección ha considerado que no se estructura el vicio de expedición irregular porque, en la ponderación de principios

enfrentados, de acuerdo con las circunstancias del caso concreto, ha tenido más peso relativo el de la eficacia en la función administrativa, que ampara al mantenimiento de la presunción de legalidad de los actos demandados. Sobre el particular, puede consultarse la sentencia del 3 de junio de 2021 proferida en el proceso con radicado 110010325000201801551 00 (5060-2018).

63 Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 31 de mayo de 1994, rad. 7245; Sección Cuarta, sentencia del 23 de marzo de 2001, rad. 76001- 23-24-000-1997-4782-01(11598); Sala Plena, Sala Cuarta Especial de Decisión, sentencia del 4 de diciembre de 2018, rad. 66001-33-31-002-2007-00107-01(AG)REV; Sala Diecinueve Especial de Decisión, sentencia del 1 de octubre de 2019, rad. 66001-23-33-003-2012-00007-01(AG)REV; y Sección Cuarta, sentencia del 6 de agosto de 2020, rad. 08001-23-31-002-2012-00292-01(22384), entre otras.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

Primero: Declarar la nulidad de Resolución 491 de 30 de julio de 201964, expedida por la Agencia Nacional de Minería, por las razones expuestas en la parte motiva.

La presente decisión no podrá servir de fundamento para modificar las situaciones jurídicas consolidadas.

Segundo: Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático respectivo.

Notifíquese y cúmplase

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

64 «Por la cual se deroga la Resolución 452 del 24 de agosto de 2018 y se establecen los lineamientos generales de las comisiones para funcionarios y reconocimiento de gastos de desplazamiento para contratistas de prestación de servicios en la Agencia Nacional de Minería».

Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma del Sena

ISSN Pendiente

Última actualización: 20 de abril de 2024 - (Diario Oficial No. 52.716 - 3 de abril de 2024)



logo