



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

Magistrado Ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

Bogotá, D.C., tres (3) de junio de dos mil veintidós (2022)

Radicación número: 11001-03-26-000-2020-00042-00 (65992) y 11001-03-26-000-2020-00052-00 (66049) acumulados
Demandante: César Augusto Pachón Achury y otros.
Demandado: Departamento administrativo de la Presidencia de la República y otros.
Acción: Nulidad

Tema: Recurso de súplica formulado contra auto que niega medida cautelar

Procede la Sala a resolver el recurso de súplica interpuesto contra el auto de 26 de noviembre de 2021, por medio del cual el consejero ponente Nicolás Yepes Corrales, negó las solicitudes de suspensión provisional formulada en relación con el artículo 2.2.1.1.1A.2.3 del Decreto 328 de 28 de febrero de 2020, formulada por el actor en el proceso con numero interno 66049.

I. Antecedentes.

1. Actuación procesal¹.

En el presente medio del control, por auto de 26 de abril de 2021², el ponente decidió acumular el proceso con radicación 11001-03-26-000-2020-0042-00 (65992) y el proceso con radicado 11001-03-26-000-2020-00052-00 (66049), dirigidos a pretender la anulación del Decreto N°328 de 2020.

1.1. Solicitud de medida cautelar y auto que la resuelve.

1.1.1 solicitud

En la solicitud de medida cautelar planteada por el actor en el proceso acumulado con numero interno 66049³, en la que pretendía la suspensión provisional de los efectos del artículo 2.2.1.1.1A.2.3 del Decreto 328 de 2020, adujo en síntesis, como fundamento, que: i) a pesar de la existencia de disposiciones tales como los artículos 2.2.2.3.2.2 y 2.2.2.3.2.3 del Decreto 1076 de 2015 “Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo Ambiente y Desarrollo Sostenible” y el Decreto 3573 de 2011, la norma acusada impone el requisito de licencia ambiental para una actividad distinta, no contemplada en las normas señaladas, como lo son los proyectos piloto de investigación integral, con lo que incurre en una ilegalidad pues, en su sentir, ello solo podía hacerse por medio de un Decreto modificatorio del artículo 2.2.2.3.2.2 del Decreto 1076 de 2015, o, en su defecto, de una ley expedida por el Congreso de la República reformativa del artículo 52 de la Ley 99 de 1993; y, ii) el Ministro de Minas y Energía carece de competencia para definir

¹ Se sintetizará y enfocará a lo concerniente al recurso de súplica planteado, dejando de lado aspectos adicionales.

² Índice N° 199 de SAMAI, en relación con el radicado 11001-03-26-000-2020-0042-00 (65992)

³ Índice N°3 de SAMAI, en el radicado 11001-03-26-000-2020-00052-00 (66049)



que los PPII requieren de licencia ambiental, como tampoco para determinar la participación de la ANLA en ese proceso o, para ordenar al Ministerio de Ambiente que expida unos términos de referencia para la elaboración de estudios ambientales en dicha materia.

1.1.2. Auto que decide sobre la medida cautelar

En auto de 26 de noviembre de 2021 el magistrado sustanciador resolvió negar la medida cautelar en comento, puesto que el representante de la cartera de Ambiente y Desarrollo Sostenible, junto con el Presidente de la República, con fundamento en la Ley 99 de 1993, ostenta competencia para reglamentar la licencia ambiental. Entonces, las actividades sometidas al trámite de licenciamiento ambiental fueron reguladas por la “(...) *cabeza del Sector al que corresponde reglamentar estos tópicos, quien participó del trámite y suscripción de la norma acusada, en una clara e innegable manifestación de la concurrencia de su voluntad en la adopción de esas decisiones y en cumplimiento de lo previsto en el artículo 115 de la Carta Política (...)*”

Partió el ponente, de la delimitación del ámbito de las normas que la demandante estima violadas, ámbito que lo encontró confinado a los artículos 115 de la Constitución Política, 52 de la Ley 99 de 1993 y 2.2.2.3.2.2 y 2.2.2.3.2.3 del Decreto 1076 de 2015. Destacó que, en su análisis, sólo abordaría el estudio de las reglas constitucionales y legales, y con base en ellas indicó, que los Proyectos Piloto de Investigación Integral sobre Yacimientos No Convencionales podían considerarse incluidos en el ámbito competencial definido por el artículo 52.1 de la Ley 99 de 1993, norma en la que el Legislador adoptó una regla general que cobija múltiples actividades en el sector hidrocarburos, en atención a los efectos ambientales generados con estas. Por consiguiente, concluyó, que la norma acusada no comporta una nueva exigencia ambiental para una actividad ajena al ámbito definido por el aludido artículo 52.1., y que, por ende, carecía de fundamento la solicitud, ya que no obró el Ministro con usurpación de competencias.

1.2. Recurso de súplica y réplica.

1.2.1. Suplica

Carlos Andrés Echeverry Restrepo interpuso recurso de súplica contra el auto referido, el 1 de diciembre de 2021⁴.

El memorialista pretende la revocación del auto del 26 de noviembre de 2021, en la medida en que sostiene que, contrario a lo allí afirmado, sí se presenta el vicio de incompetencia en la expedición del Decreto N°328 de 2020, por las siguientes razones:

(i) Si bien es cierto, el Ministro de Ambiente firmó el anterior acto, en realidad no se cumple con el mandato del artículo 115 de la Constitución, por cuanto el Decreto No. 328 de 2020 regula dos asuntos distintos, un primer asunto con relación a la regulación de aspectos técnicos de la actividad de Fracking; y un

⁴ Índice N°283 de SAMAI.



segundo, relacionado con un instrumento de control y de manejo ambiental -como lo es la licencia ambiental-. En relación con ello, no es competente el Ministro de Ambiente para pronunciarse sobre la primera parte de este decreto – requisitos técnicos para realizar actividad extractiva como el Fraking- como tampoco tiene competencia del Ministerio de Minas y Energías para pronunciarse sobre licencias ambientales.

(ii) Aduce también que, frente a la particularidad del negocio o temática a reglamentar, sólo debían participar el Presidente de la República y el Ministro de Ambiente y Desarrollo Sostenible.

(iii) Argumentó que este Decreto modificó el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Ambiente y Desarrollo Sostenible y, con ello desbordó la formalidad de indivisibilidad e interdependencia de los Decretos que regulan la expedición y vigencia de las licencias ambientales.

1.2.2. Replica

Durante la fijación en lista para correr traslado a la parte contraria del escrito presentado⁵, por el término de dos días, ésta recorrió el traslado así:

(i) El Ministerio de Minas y Energía, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y la Agencia Nacional de Hidrocarburos, al unísono, en síntesis, replicaron que no era procedente la suspensión provisional de la norma acusada, puesto que el artículo 115 no exige que cada «negocio particular» deba regularse en actos separados, como parece insinuarlo el recurrente. La única solución a la problemática planteada, desde ese punto de vista, hubiera sido que por un decreto se reglamentaran los aspectos técnicos y mediante otro decreto los ambientales. Por el contrario, como lo que sí ordena la Constitución en su artículo 209 es que «las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado», en ese entendido se profirió el decreto con la participación de los órganos a los que le atañía cada negocio en particular.

(ii) Oposición de la Asociación Colombiana de Petróleos y la Asociación Colombiana de Geólogos y Geofísicos del Petróleo.

El apoderado conjunto de estas entidades sostuvo⁶ que, en la contestación de la demanda y con ocasión de la oposición a la petición de medidas cautelares se propuso ilustrar al Despacho sustanciador sobre el conocimiento disponible acerca de los proyectos de exploración y producción de hidrocarburos, a través de yacimientos convencionales y no convencionales, así como la investigación y desarrollo de los métodos y herramientas disponibles para el efecto. Allí, explicó el alcance de las normas técnicas internacionales en los Acuerdos de la OMC., normativa que complementa y estandariza las cadenas de valor de hidrocarburos, especialmente, en lo que atañe a la Resolución N°3742 de 2001. Por estos reglamentos, manifiesta el memorialista, son posibles los productos intelectuales, patentes de invención, tecnologías, entendimiento y conocimientos innovadores que vinculan el tráfico jurídico al comercio. Añade que las campañas de miedo y

⁵ Índice N° 284 a 285 de SAMAI.

⁶ Índice N°307 de SAMAI.



catástrofe no superan el rigor y la objetividad de la investigación científica que se evidencia en el dictamen pericial elaborado por expertos en la materia.

(iii) Oposición de Ecopetrol.

La apoderada de la entidad manifestó⁷: (i) que la norma cuya suspensión provisional se solicita, no atenta contra el ordenamiento jurídico; (ii) entre la norma que se dice vulnerada, y el acto proferido y demandado, no existe subordinación jurídica que permita predicar la infracción acusada por la parte demandante; (iii) la norma acusada no vulnera el artículo 215 de la C.P.; (iv) tampoco existe condición de peligro que deba conjurarse con la medida; (v) menos existe apariencia de buen derecho, ya que la impugnación obedece a un yerro interpretativo.

(iv) Oposición del Departamento Administrativo de la Función Pública y el Ministerio de Salud⁸.

Estos órganos, por fuera de término, presentaron memorial en el que decidieron acogerse y coadyuvar el memorial presentado por la ANDJE, Ministerio de Minas y Energías y la ANH, en el que solicitaron que se mantenga la decisión del auto suplicado porque la norma acusada no atenta contra el ordenamiento jurídico y por ende, no están satisfechos los requisitos para que proceda la cautela solicitada.⁹ El Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, de igual manera, presentó la réplica por fuera de término¹⁰.

Finalmente, el Ministerio Público presentó concepto el 9 de diciembre de esa anualidad, en el que solicitó que se confirmara el auto suplicado, porque no se satisfacen los requisitos para ordenar la medida cautelar¹¹.

II. Consideraciones.

2.1. Régimen aplicable y competencia.

Teniendo en cuenta que el auto confutado es del 26 de noviembre de 2021, y fue notificado en estados del día 29 de ese mes y año, se torna aplicable, en lo pertinente, la Ley 2080 de 2021. Adicionalmente, la Sala, con exclusión del despacho que dictó el auto recurrido, es competente para resolver el recurso de conformidad al artículo 125, numeral 2, literal c, en conjunción con el 246, numeral d, de la normatividad citada.

2.2. Procedencia y oportunidad del recurso

El artículo 66 de la Ley 2080 de 2021, el cual reformó a su vez el artículo 246 de la Ley 1437 de 2011, dispuso que el recurso de súplica procedería frente a los autos dictados por el magistrado ponente, entre los que señaló:

“...
”

⁷ Índice N°311 de SAMAI.

⁸ Índice 309.

⁹ índice N° 296 a 298 del aplicativo Samai.

¹⁰ Índice 300 SAMAI.

¹¹ Índice N°295 de SAMAI.



2. Los enlistados en los numerales 1 a 8 del artículo 243 de este código cuando sean dictados en el curso de la única instancia, o durante el trámite de la apelación o de los recursos extraordinarios.
...” (Subrayado fuera del original)

Como el medio de control interpuesto es de única instancia, y el artículo 62 de la Ley 2080 de 2021, reformatorio del 243 de la Ley 1437 de 2011, que en el numeral 5 enlistó como apelable el auto que decreta, niegue o modifique una medida cautelar¹², el recurso interpuesto resulta procedente.

Ahora, el artículo 246 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, estableció el término de 3 días siguientes a la notificación de la providencia que se cuestiona, en caso de interponerse directamente, para presentar la súplica. Luego se tiene que: (i) el auto suplicado fue proferido el 26 de noviembre de 2021; (ii) fue notificado en estados del día 29 de noviembre de la misma anualidad; y (iii) el recurso fue interpuesto el 1 de diciembre de 2021. Por consiguiente, el recurso fue interpuesto de forma oportuna.

3. Resolución del recurso.

3.1. En cuanto a la falta de competencia para la expedición del Decreto, o las falencias en la conformación de lo que refiere el artículo 115 de la C.N. como “Gobierno Nacional”, que aduce el memorialista.

Este cargo ha sido estructurado a partir de una noción preestablecida por el recurrente, de lo que ha de entenderse por “Gobierno Nacional”, razón ésta que obliga a adelantar algunas consideraciones sobre el particular.

La doctrina constitucional ha puesto de relieve la polisemia que entraña la noción “gobierno”, en cuanto uno es su significado si con ella se alude al “aspecto formal de la autoridad, que se manifiesta concretamente en las decisiones creadoras del derecho positivo y decisiones de carácter particular, tomadas en vista de casos concretos que la autoridad resuelve dirigiendo la marcha del Estado¹³; otro, si con ella se quiere aludir sólo a una de las ramas del poder público, en concreto, a la ejecutiva; y otra, si lo que se pretende con ella, es delimitar un ámbito específico de competencia dentro de la rama ejecutiva en relación con un asunto particular.

En este caso particular, el recurrente alude a esta última acepción del término, que es a la que hace referencia el artículo 115 de la Constitución Política de Colombia al prescribir, en su inciso 2º, que “el Gobierno Nacional está formado por el Presidente de la República, los ministros del despacho y los directores de departamentos administrativos; y en su inciso 3º, que el Presidente y el Ministro o Director de Departamento correspondientes, en cada negocio particular, constituyen el Gobierno”.

¹² En particular, por cuanto: “(...) *el auto por medio del cual se decreta, deniega o modifica una medida cautelar, en tratándose de procesos de única instancia, como el caso que nos ocupa, es susceptible de ser impugnado a través del recurso de súplica*”. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Auto del 18 de junio de 2021. Expediente: 11001-03-24-000-2020-00240-00B. Medio de control: Nulidad en modalidad de lesividad.

¹³ Porrúa Pérez, Francisco. Teoría del Estado. Edit. Porrúa, 1973, P. 271



Radicado: 11001-03-26-000-2020-00042-00 (65992) y 11001-03-26-000-2020-00052-00 (66049) acumulados

Demandante: César Augusto Pachón Achury y otros

En tal sentido, el Presidente de la República es, en nuestro ordenamiento constitucional, uno, pero el más importante, de los elementos que integran el Gobierno habida cuenta de que en él reside la Jefatura del Gobierno, al tanto que los ministros y directores de departamento administrativo, forman, junto con él, en cada asunto particular, el Gobierno. Es esa la razón por la que, como lo señaló el ponente del auto suplicado, para dar alcance a la expresión Gobierno Nacional, se requiere, verificar la confluencia de la voluntad del Presidente de la República con la del Ministro o Director del Departamento Administrativo que tenga asignada la competencia en determinado asunto.

Ahora bien, hay asuntos, como el que constituyó la materia del Decreto acusado, que si bien conciernen específicamente a un determinado ministerio, guardan relación insoslayable con el ámbito competencial a cargo de otro u otros, en términos que no sólo autorizan, sino que hacen deseable, no únicamente la deliberación conjunta e integral de los ministros competentes en cada esfera, sino, incluso, la expedición de un mismo texto, siempre que éste sea rubricado por los ministros intervinientes en señal del ejercicio de la competencia que a cada uno de ellos concierne, y por el Presidente de la República, como Jefe de Gobierno.

En el asunto de marras, el Decreto acusado fue suscrito por el Presidente de la República y el Ministro de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, para dar validez en lo que atañe a los asuntos de esa cartera -licencia ambiental-, así como por el Ministro de Minas y Energía, cuya rúbrica confiere validez a los asuntos allí dispuestos, que son de su competencia, para el caso, el que concierne al establecimiento de los requisitos técnicos para realizar actividad extractiva con empleo de la técnica del Fracking. Ninguna duda deja tal concurrencia, acerca de la necesaria confluencia de órganos ministeriales para efecto de dar forma al Gobierno Nacional.

En síntesis, para esta Sala Dual, la voluntad de “el Gobierno” no se desnaturaliza, ni se revela ilegal por el simple hecho de que un mismo texto recoja normativa referente a asuntos que sean competencia de diferentes ministerios, siempre que en su expedición confluyan los ministros o directores de departamentos administrativos que corresponda en atención a las particularidades de los negocios allí reglados. Tal proceder, en modo alguno, contraría la preceptiva del artículo 115 de la Constitución Política.

Nada obsta, en esas circunstancias, para que el destinatario de la norma, o cualquier intérprete de ella pueda discernir, como bien lo hizo el recurrente, entre aquellas disposiciones que son expresión de la competencia de uno u otro ministerio, pues lo relevante en ese caso es que hayan intervenido todos los interesados y competentes de manera coordinada, todo lo cual fue cumplido en el caso del Decreto 328 de 2020.

3.2. Por otra parte, el segundo cargo- dicho sea de paso, complementario al anterior-, concierne a la particularidad del negocio a reglamentar, según lo sostiene en su interpretación del artículo 115 Superior, el suplicante. Ya que, para él, eran dos los “negocios” concernidos, y cada uno de estos sólo era del resorte competencial del Presidente junto al Ministro de la cartera correspondiente.

Al respecto, insiste la Sala, se hace necesario tomar en consideración que hay asuntos, como el que constituyó la materia del Decreto acusado, que si bien



conciernen específicamente a un determinado ministerio, guardan relación insoslayable con el ámbito competencial a cargo de otro u otros, en términos que no sólo autorizan, sino que hacen deseable, no únicamente la deliberación conjunta e integral de los ministros competentes en cada esfera, sino, incluso, la expedición de un mismo texto, siempre que éste sea rubricado por los ministros intervinientes en señal del ejercicio de la competencia que a cada uno de ellos concierne, y por el Presidente de la República, como Jefe de Gobierno.

No encuentra la Sala que la rubricación del Decreto por Ministros diferentes pero competentes cada uno en su ámbito, para reglar materias íntimamente relacionadas entre sí, configure un vicio por incompetencia, siempre que resulte posible discernir y diferenciar las normas así dictadas que recogen la voluntad institucional que correspondía a cada uno de aquellos.

Para el caso, resulta importante acudir al objeto y a las disposiciones recogidas en este Decreto, para concluir, sin dificultad, que desde distintas perspectivas se pretendió reglar los lineamientos para adelantar los Proyectos Piloto de Investigación Integral sobre Yacimientos no Convencionales de Hidrocarburos con la utilización de la técnica de Fracturamiento Hidráulico Multietapa con Perforación Horizontal. Por tal motivo y para lo concerniente a esta instancia, no se avizora ilegalidad o razón alguna para declarar la suspensión del acto.

3.3. Finalmente, aduce el recurrente que, como este Decreto tuvo el efecto jurídico de modificar el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Ambiente y Desarrollo Sostenible, esta situación- la expedición del acto con la confluencia de otros Ministros, especialmente el de Minas y Energía- desbordó la formalidad de indivisibilidad e interdependencia de los Decretos que regulan la expedición y vigencia de las licencias ambientales.

Sin embargo, necesario es denotar que la solicitud de medida cautelar presentada por el coadyuvante Carlos Andrés Echeverry¹⁴ no se apoyó en este cargo, y que, por tanto, el magistrado sustanciador no se pronunció sobre tal petición, razón por la cual la Sala se encuentra relevada de su estudio.

4. Conclusión y determinación adicional.

Encuentra la Sala que los argumentos vertidos en el recurso de súplica no están llamados a prosperar y, en consecuencia, confirmará el auto objeto del recurso presentado pues, lo expuesto por quien solicitó la cautela y que ahora actúa en súplica, no viene suficiente para fundamentar la suspensión provisional formulada en relación con el artículo 2.2.1.1.1A.2.3 del Decreto 328 de 28 de febrero de 2020, tal y como lo dijo el Despacho sustanciador.

Adicionalmente, la Sala reconocerá personería para actuar a la apoderada del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, en la parte resolutive¹⁵, de acuerdo con el poder y sus anexos, debidamente allegados.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C

¹⁴ Índice N°3 del expediente cuyo radicado es el 11001-03-26-000-2020-00052-00 (66049).

¹⁵ Índice N°298 del expediente con radicado 11001-03-26-000-2020-00042-00 (65992)



Radicado: 11001-03-26-000-2020-00042-00 (65992) y 11001-03-26-000-2020-00052-00 (66049) acumulados
Demandante: César Augusto Pachón Achury y otros

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR integralmente el auto de 26 de noviembre de 2021, proferido por el magistrado sustanciador, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Una vez ejecutoriada la presente decisión, **DEVOLVER** el expediente al magistrado sustanciador, Nicolás Yepes Corrales, para lo de su cargo.

TERCERO: RECONOCER personería para actuar a la abogada Patricia Peña Bolívar, identificada con la cédula de ciudadanía N°1.082.862.832 y tarjeta profesional N°253.047 del Consejo Superior de la Judicatura, en condición de apoderada del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible de acuerdo con el poder conferido y sus anexos¹⁶.

Notifíquese y cúmplase,

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS
Magistrado

GUILLERMO SANCHEZ LUQUE
Magistrado
Aclaración de voto Cfr. Rad. 52.506-18.

¹⁶ Índice N°298 del expediente con radicado 11001-03-26-000-2020-00042-00 (65992)