

REPÚBLICA DE COLOMBIA



Yopal, treinta (30) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

Ref.: **Nulidad simple**. Fallo. Nulidad Acuerdo n.º 006 de 2014 *“Por el cual se hace efectiva la decisión tomada por la ciudadanía en la consulta popular realizada el 15/12/2013 en el municipio de Tauramena”*. Alcances de la consulta popular como mecanismo de participación en materia de explotación de hidrocarburos – competencia de las entidades territoriales (péndulo jurisprudencial). Carga de transparencia (principio democrático y fronteras porosas entre competencias nacionales y territoriales). Sentencia SU-095/2018 – Corte Constitucional. Nuevas reglas de unificación (la consulta popular no es el mecanismo idóneo para debatir intervención del subsuelo – falta de competencia de entidades territoriales). Aplicación doctrina *“frutos del árbol envenenado”*. Nulidad del acuerdo municipal derivado de la consulta popular en materia de hidrocarburos.

Demandante: ECOPETROL
Demandado: MUNICIPIO DE TAURAMENA¹
Radicado: 850012333001-2016-00168-01

Magistrado ponente: NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ

ASUNTO POR RESOLVER

Se profiere sentencia de segunda instancia en el ordinario de nulidad simple promovido por ECOPETROL S.A contra el municipio de Tauramena en el que se cuestiona la legalidad del Acuerdo n.º 006 del 10/03/2014, por medio del cual se hizo efectiva la decisión tomada por la ciudadanía en la consulta popular realizada el 15/12/2013. Apelaron el municipio de Tauramena y su coadyuvante, Luis Enrique Orduz Valencia.

HECHOS RELEVANTES y CARGOS

La entidad demandante solicita la declaratoria de nulidad del Acuerdo 006 del 10/03/2014 que hizo efectiva la decisión adoptada en la consulta popular realizada el 15/12/2013, en la que alcanzó mayor votación el NO como respuesta a la pregunta: *¿Está usted de acuerdo con que se ejecuten actividades de exploración sísmica, perforación exploratoria, producción y transporte de hidrocarburos en las veredas San José, Monserrate Alto, Monserrate La Vega, Guata del Caja, Bendiciones, Visinaca, Lagunitas, Aguamaco, Zambo, Oso y Jaguito, donde se ubica la zona de recarga hídrica del municipio de Tauramena?*

La petición de nulidad se funda en los siguientes argumentos:

1º El principio de legalidad se vulneró con la expedición del acto administrativo acusado, toda vez que ninguna norma constitucional o legal faculta al Concejo Municipal de Tauramena para involucrarse en asuntos de orden nacional, propios del Estado unitario y atribuidos al Legislador, como son los relacionados con la exploración y explotación de hidrocarburos de propiedad de la Nación.

2º Si bien la Ley 1551 de 2012 dictó normas para modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios y estos gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, lo es dentro de los límites consagrados en la Constitución y en la ley, con observancia del principio de coordinación.

3º El Tribunal Administrativo de Casanare dejó importantes reservas sobre asuntos de especial trascendencia, cuando en su momento declaró formalmente ajustado a la Constitución el texto de la consulta realizada en el municipio de Tauramena: i) *“el fallo nada anticipará acerca de la validez de los futuros actos (...)”*; ii) *“trámite excepcional, sumario y breve, no es el escenario propicio para avanzar hacia lo que ni siquiera ha ocurrido. Tampoco sin etapa probatoria ni los instrumentos procesales”*

¹ Coadyuvante: Luis Enrique Orduz Valencia.

indispensables para controvertir la información que suministra Tauramena, podrá dilucidarse si es o no cierto que la actividad sísmica o las fases posteriores de la cadena de la industria del petróleo, por sí mismas entrañan rasgos inherentes ineludibles al medio ambiente sano, ni si en las veredas que en la consulta se dicen potencialmente afectadas existen los recursos hídricos, la explotación agropecuaria o la densidad de las habitaciones rurales que se indican en los estudios o documentos con los que se justifica la conveniencia de adelantar dicho mecanismo de participación ciudadana; iii) la claridad de la pregunta “no está condicionada por la presunta asociación entre la actividad sísmica y las demás etapas de la industria de hidrocarburos con la afectación de mantos acuíferos, reservas de agua, zonas de recarga hídrica, áreas de protección forestal”.

4º La decisión del Tribunal Administrativo realmente no involucró, estudió ni decidió acerca de los asuntos materiales, fácticos y de fondo, sino que se limitó a la revisión formal del texto, por lo cual no puede predicarse la existencia de cosa juzgada.

5º Un análisis detenido de la pregunta consultada lleva a concluir que en ella se parte de un supuesto fáctico que no fue objeto de comprobación por parte del Tribunal. El texto de la pregunta excluye por completo las veredas y zonas con supuesta recarga hídrica del municipio de Tauramena; además, genera serias dudas acerca de la pertinencia del contenido, toda vez que no es evidente que la ciudadanía realmente conozca el alcance técnico de asuntos y conceptos tales como “exploración sísmica”, “perforación exploratoria”, “producción de hidrocarburos” y “recarga hídrica”.

6º El art. 105 de la Carta autoriza a gobernadores y alcaldes a realizar consultas para decidir sobre asuntos de competencia del respectivo departamento o municipio y el Legislador impuso una expresa restricción a los mandatarios departamentales y municipales que solo les permite llamar a la comunidad para pronunciarse sobre asuntos de orden regional o local.

ASUNTO LITIGIOSO

Se discute la legalidad del Acuerdo n.º 006 de 2014 proferido por el Concejo Municipal de Tauramena, mediante el cual se hizo efectiva la decisión adoptada por la ciudadanía en la consulta popular realizada el 15/12/2013 en la que se respondió con un NO el interrogante relativo a si los habitantes estaban o no de acuerdo con la realización de actividades de exploración sísmica, perforación exploratoria, producción y transporte de hidrocarburos en varias veredas del ente territorial en las que, al parecer, existe reserva hídrica. Este Tribunal mediante providencia proferida el 23/10/2013 declaró ajustado a la Constitución el procedimiento previo y el texto de la pregunta que el alcalde pretendía someter a votación.

La parte actora alega que no existe norma constitucional o legal que faculte al Concejo Municipal de Tauramena para involucrarse en asuntos de orden nacional, como son los relacionados con la exploración y explotación de hidrocarburos; por su parte, Tauramena señala que el acto acusado no limitó o prohibió la actividad petrolera en el municipio y que se trató de un acto formal para el cierre del procedimiento de la consulta popular.

DECISIÓN RECURRIDA

El juez primero administrativo de Yopal, mediante sentencia proferida el 25/10/2018, declaró la nulidad del Acuerdo n.º 006 del 10/03/2014 expedido por el Concejo Municipal de Tauramena, con fundamento en los siguientes argumentos:

- ✓ Colombia es un Estado social de derecho organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana. Bajo esa disposición los principios de Estado unitario y de autonomía de las entidades territoriales confluyen en una sola norma, de allí que, como lo ha indicado la jurisprudencia, en casos en los que se presente tensión en su aplicación se debe acudir a una interpretación sistemática, identificando las disposiciones que remiten a uno u otro postulado.

- ✓ La autonomía de los municipios en materia de ordenamiento territorial encuentra fundamento en los arts. 105, 287, 288, 311 y 313 de la Constitución Política, pero no es absoluta, en tanto tiene límites en el mismo ordenamiento; es así como en cada una de las disposiciones se sujeta su ejercicio a los límites que establezcan la Constitución y la ley.
- ✓ Si bien el art. 105 de la Carta autoriza a gobernadores y alcaldes realizar consultas previo cumplimiento de las exigencias legales, la misma no es ilimitada, pues de conformidad con el art. 18 de la Ley 1757 de 2015 solo pueden ser materia de consulta popular aquellas que sean de competencia de la respectiva corporación o entidad territorial y que no versen sobre las siguientes materias: a) las que sean de iniciativa exclusiva del Gobierno, de los gobernadores o de los alcaldes; b) presupuestales, fiscales o tributarias; c) relaciones internacionales; d) concesión de amnistías o indultos; e) preservación y restablecimiento del orden público.
- ✓ Con el fin de armonizar los principios de unidad de Estado y autonomía de los entes territoriales, se ha señalado en la jurisprudencia que, frente a los asuntos de interés local o regional, deben preservarse las competencias de los órganos territoriales correspondientes, al paso que cuando se trascienda ese ámbito, corresponde a las autoridades nacionales, previa habilitación legal, regular la materia, sin que ello implique el desconocimiento de otros preceptos del mismo orden constitucional.
- ✓ No obstante, los recursos del subsuelo pertenecen al Estado (expresión que comprende no solo al orden nacional sino a todos los entes territoriales) y las autoridades del orden municipal tienen la facultad constitucional de ordenar el uso del suelo, aspecto inescindible del uso del subsuelo, estas últimas NO tienen la potestad legal de decidir su destino, en razón a disposiciones del mismo orden constitucional que ponen en manos del legislador primario bajo los límites que le impone la Carta regular las competencias que le corresponden a los diferentes entes territoriales, más aun, tratándose de bienes declarados de interés de la Nación.
- ✓ El Concejo Municipal de Tauramena desconoció los principios de legalidad y Estado unitario, en cuanto no existe mandato legal que lo faculte a restringir de manera temporal o definitiva la explotación de recursos petroleros en zonas de su territorio, pues si bien los recursos del subsuelo son de propiedad del Estado, se asignó al legislador primario bajo los límites que le impone la Carta regular las competencias que le corresponden, razón por la que es procedente declarar la invalidez del acto demandado.
- ✓ Lo anterior obedece a la falta de competencia asignada por el Legislador a los entes territoriales para limitar o excluir de su territorio zonas de explotación petrolera, dado el interés nacional que reviste dicha actividad, razón por la que el máximo tribunal constitucional ha advertido que las decisiones relacionadas con la explotación de los recursos no renovables del subsuelo deben ser adoptadas con intervención tanto de las autoridades nacionales como territoriales (comunicado n.º 40 del 11/10/2018 respecto de la sentencia SU-095/2018 aún no publicada acerca de consulta popular realizada en el municipio de Cumaral, Meta). En dicho pronunciamiento se alude a la improcedencia del mecanismo de consulta para prohibir la realización de actividades de exploración del subsuelo y de recursos naturales no renovables (RNNR).

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Coadyuvante de la pasiva – Luis Enrique Orduz Valencia (fol.358): Solicitó se revoque la decisión proferida en primera instancia y se declare la legalidad del acuerdo, pues la Carta Política establece la consulta popular como un mecanismo de participación y las leyes estatutarias 134 de 1994 y 1757 de 2015 establecen el procedimiento mediante el cual se debe llevar a cabo dicho mecanismo, además de señalar la forma en la que se debe adoptar la decisión tomada por la ciudadanía, señalando que será mediante la expedición de un acuerdo municipal emitido por el concejo con el fin de materializar la consulta popular; es decir, que el acto acusado es el resultado de un procedimiento reglado mediante ley estatutaria.

De otra parte, señaló que la Constitución faculta a los entes administrativos (concejos municipales) para que expidan normas concernientes a la reglamentación del uso del suelo dentro de su jurisdicción, aunado a que el ordenamiento debe propender por la preservación del medio ambiente, de las condiciones demográficas y ecosistémicas, así como de los patrones culturales y sociológicos de la población.

Precisó que el Acuerdo n.º 006 de 2014 no viola el principio de legalidad, la cláusula general de competencia, ni el principio de Estado unitario. Para sustentar ello, aludió a las competencias constitucionales, legales y jurisprudenciales de los entes territoriales para definir el uso del suelo y prohibir la actividad minera en su jurisdicción (art. 311 de la C.P., numerales 7 y 9 del art. 313 y art. 151 de la C.P.) y enfatizó que es normal que se presenten colisiones entre el interés nacional y local cuando se ejercen las competencias de regular y ordenar la extracción de recursos naturales no renovables, para lo cual debe acudirse a los criterios de ponderación que indica la Corte Constitucional.

Señaló, además, que ante la tensión de intereses nacionales y locales con relación a las competencias de explotación de recursos naturales no renovables y de regulación del ordenamiento territorial, debe prevalecer la competencia de las entidades territoriales; de ahí que el Estado bajo el interés de explotar recursos naturales no renovables no podría afectar la superficie y el uso del suelo, al punto de modificar las actividades que normalmente se practican en el suelo o que afecten radicalmente el ambiente, salvo que sea el propio municipio el que lo permita o que sus habitantes directamente decidan que están de acuerdo con ese tipo de prácticas.

Por último, reprochó que el juez de primera instancia desconoció y se apartó de la más reciente línea jurisprudencial de la Corte Constitucional² que señala de manera clara que los municipios son competentes para regular asuntos relacionados con aspectos mineros, energéticos y ambientales. Aludió a pronunciamiento del Consejo de Estado³ en el que se señaló que si no se logra concertación entre los distintos niveles decisorios respecto de dichos aspectos, en virtud del principio de subsidiariedad prima la competencia de las autoridades municipales.

Municipio de Tauramena (fol.369): Resaltó que el Acuerdo 006 de 2014 no emitió orden alguna, no prohibió nada, sino que simplemente obedeció a un acto político de la corporación en cumplimiento de un mandato legal. En suma, se trató de expedir un acto para cerrar el trámite de una consulta popular.

Precisó que no es cierto que se haya violado el principio de legalidad, toda vez que existe un sinnúmero de disposiciones normativas que le otorgan a los municipios y concejos la competencia para reglamentar asuntos como el que es objeto de discusión (arts. 287, 288, 311, 313, 315 y 330 de la C.P.; Ley 1551 de 2012 que modifica el art. 91 de la Ley 136/1994; Ley 1454 de 2011; Ley 715 de 2001; Ley 99 de 1993 y Ley 388 de 1997).

De otra parte, señaló que la Corte Constitucional se ha pronunciado respecto de la autonomía de las entidades territoriales en materia ambiental (sentencia C-554/2007)⁴ y que el Consejo de Estado determinó que los municipios no solo tienen competencia sino la obligación de realizar consultas populares, especialmente cuando el desarrollo de cualquier proyecto amenace con crear cambios significativos del uso del suelo. Así las cosas, según su criterio, existe suficiente soporte normativo mediante el cual se le ha atribuido la función al municipio (concejo municipal) de emitir decisiones en las que se pone fin a una actuación reglada.

Además de lo anterior, precisó que el Acuerdo n.º 006 de 2014 no produjo efecto jurídico alguno, no fueron emanadas prohibiciones del Concejo Municipal de Tauramena, ni se reguló o limitó la actividad de hidrocarburos en el municipio. En cumplimiento de un mandato legal y formal se recopiló la decisión

² Aludió a las sentencias T-123/2009, C-983/2010, C-339/2012, C-395/2012, C-123/2014, C-619/2015, C-035/2016, C-273/2016, C-298/2016, C-389/2016, T-445/2016, así como el auto A053 de 2017.

³ Sección Cuarta, radicación 11001-03-15-000-2018-0083-01, ponente Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

⁴ Pues corresponde a los concejos municipales dictar las normas necesarias para el control, preservación y defensa del patrimonio ecológico del municipio).

de la comunidad únicamente sin que se prohibiera o impusiera sanciones a todo aquel que realizara actividades de exploración sísmica o explotación.

ACTIVIDAD PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Fecha	Actuación	Folios
25/01/2019	Entra por reparto.	2 vta.
29/01/2019	Admiten recursos de apelación interpuestos por Tauramena y coadyuvante Orduz Valencia	3
15/02/2019	Traslado para alegar.	7
	Alegatos municipio de Tauramena	10
	Alegatos ECOPETROL S.A.	13
	Alegatos coadyuvante Orduz Valencia	20
	Concepto Ministerio Público	24
22/03/2019	Entra para fallo, sin novedades.	38

Resumen de los alegatos

Municipio de Tauramena (fol.10 c. 2ª). Además de remitirse a los argumentos señalados en su escrito de apelación, enfatizó los siguientes puntos: i) solicitó efectuar análisis detallado e integral del contenido y efectos del acto administrativo atacado, en el cual no se emitió directriz dirigida a limitar la actividad petrolera en el municipio de Tauramena; se trató de una decisión formal que tan solo recogió la adoptada por la comunidad; ii) el Concejo Municipal de Tauramena emitió el Acuerdo n.º 006 de 2014 en cumplimiento de un acto político, pues la decisión fue adoptada directamente por la comunidad en virtud de la consulta popular y; iii) el municipio mediante el acto acusado NO usurpó competencias en materia de regulación de usos del suelo, porque no dispuso aspectos relacionados con ello; ECOPETROL debió atacar la decisión del pueblo respecto del resultado de la consulta popular.

Coadyuvante de la defensa – Luis Enrique Orduz Valencia (fol.20 c.2ª). Reiteró la esencia del escrito de apelación; precisó que la sentencia SU-095/2018 no puede aplicarse retroactivamente; tiene efectos hacia el futuro y reconocer validez a un fallo proferido 5 años después de la consolidación de derechos adquiridos por los ciudadanos de Tauramena mediante una consulta popular afecta el precedente judicial, la libertad, igualdad y la confianza legítima. Además, adujo que la decisión de primer grado desconoció de manera flagrante los avances jurisprudenciales en materia de autonomía territorial.

ECOPETROL S.A. (fol.13 c. 2ª). Transcribió apartes de la sentencia SU-095 de 2018 de la Corte Constitucional y resaltó que en virtud de ella quedó completamente definido que las autoridades locales no tienen competencia para realizar consultas populares sobre asuntos respecto de los cuales no les asiste competencia legal ni constitucional; además, adujo que es claro que todo lo relacionado con la explotación de hidrocarburos incumbe exclusivamente por mandato legal a las autoridades del orden nacional. Por tal razón, la sentencia de primer grado debe mantenerse en su integridad.

Concepto del Ministerio Público (fol.24 c.2ª). Solicitó se revoque el fallo recurrido y que en su lugar se denieguen las pretensiones, con fundamento en los siguientes argumentos:

- i) Al momento de la expedición del Acuerdo n.º 006 de 2014, el Concejo Municipal de Tauramena contaba con la competencia constitucional y legal para adoptar la decisión mayoritaria del pueblo obtenida en una consulta popular, razón por la que no se estructura causal de nulidad alguna del acto acusado.
- ii) Existe una situación jurídica consolidada que no puede ser desconocida so pretexto de la emisión de sentencia de unificación de la Corte Constitucional 4 años después, que no puede aplicarse retroactivamente.
- iii) La parte actora aludió a argumentos que no pueden ser considerados como irregularidades que vicien el acto administrativo enjuiciado, pues se refieren a la consulta popular que se surtió en el municipio de Tauramena y que ECOPETROL debió hacerlos valer en el procedimiento constitucional previo ante el Tribunal Administrativo de Casanare;

- iv) El acto acusado no prohíbe actividades petroleras, tan solo se limita a dar cumplimiento y ejecutar la voluntad mayoritaria de la comunidad;
- v) El fallo de primera instancia se fundó en comunicación oficial que dio a conocer a la ciudadanía el sentido de una decisión, el cual no tiene fuerza vinculante y no produce efectos jurídicos.
- vi) La pregunta que se sometió al mecanismo de consulta popular versa sobre asuntos de competencia del respectivo municipio en virtud del principio de autonomía territorial.

CONSIDERACIONES

1ª Control instrumental. Examinado el ritual según lo ordenado en el art. 132 del C. G. del P., en armonía con los arts. 207 de la Ley 1437 y 29 de la Carta, se ha encontrado acorde al ordenamiento procesal. La competencia es privativa del Tribunal para desatar la segunda instancia de un fallo que proviene de un juzgado de su Distrito.

1.1 Alcance de la apelación

El municipio de Tauramena y su coadyuvante, *Luis Enrique Orduz Valencia*, solicitaron la revocatoria integral del fallo estimatorio proferido por el a-quo; alegan que el acto acusado se inserta en el marco del procedimiento para materializar la consulta popular realizada en el mes de diciembre del año 2013 respecto de la actividad petrolera en dicho municipio, además de aludir a la imposibilidad de aplicar retroactivamente la sentencia SU-095 de 2018 a una decisión consolidada hace varios años. Por su parte, ECOPETROL S.A. en el trámite de esta instancia precisó que, en virtud de dicha sentencia de unificación emitida por la Corte Constitucional, las autoridades locales no tienen competencia para realizar consultas populares sobre asuntos relativos a actividades petroleras. De esta manera, el Tribunal tiene pleno control del litigio.

2ª Consulta popular en materia de explotación de hidrocarburos – carga de transparencia:

Este Tribunal en el pasado identificó el péndulo jurisprudencial en el que las altas cortes oscilaron respecto del mecanismo de participación ciudadana de la *consulta popular* en materia de exploración, explotación, producción y transporte de hidrocarburos así:

2.1 En las primeras decisiones horizontales adoptadas sobre esta temática, se aludió a dicho mecanismo de participación ciudadana como plena manifestación del principio democrático; se hizo referencia a su *arraigo constitucional* y trámite con el fin de analizar posteriormente problemáticas en torno a la competencia y alcances del juez en el control de constitucionalidad de la consulta, expedición por parte de las autoridades territoriales de disposiciones ambientales relativas a la ejecución de actividades de la industria petrolera, viabilidad del control de legalidad y validez de los actos futuros con ocasión de dicho mecanismo de participación, entre otras aristas. En las primeras sentencias de esta Corporación se indicó lo siguiente:

“La consulta popular en departamentos y municipios consolida el pleno ejercicio del mandato democrático, pues permite tanto a los gobernadores y alcaldes como a los ciudadanos por iniciativa propia, acudir a la asamblea departamental o al concejo municipal, según el caso, en procura de concepto de apoyo a la iniciativa ciudadana, para que sean los habitantes de cada repartición del territorio que puedan resultar concernidos por políticas públicas de interés local o regional quienes por la vía del voto tracen lineamientos a las autoridades administrativas, articulando así la democracia participativa y la directa.

Ese mandato tiene importantes efectos políticos y jurídicos, aunque carece por sí solo de contenido normativo, esto es, no adopta *actos administrativos*, pero indica a los órganos colegiados de elección popular y a los respectivos mandatarios competentes para expedirlos, cuáles deban ser las prioridades por privilegiar en los planes de desarrollo, los demás instrumentos periódicos de planeación, las herramientas

presupuestales y, en general, la organización del territorio en función de *dignidad humana* a cuyo servicio están o deben estarlo volcadas todas las autoridades en todos los niveles de la función pública, según el norte que la Carta ha trazado en su art. 5^o⁵.

2.2 La Sala ya había tenido la oportunidad de abordar extensamente la prolija regulación que se ocupa en el país de los aspectos anunciados y concluyó que, sin perjuicio de las competencias propias de la Nación y de las corporaciones autónomas regionales, también las autoridades territoriales están habilitadas para ocuparse de recursos naturales estratégicos, acuíferos incluidos, especialmente con fines de preservación como elementos vitales para el bienestar de sus habitantes (...) ⁶.

Luego, en esa dimensión y bajo el prisma de la Carta Interamericana de Derechos Humanos, se precisó que debe articularse en sede judicial de control previo de constitucionalidad de la pregunta que se pretenda someter a consulta popular la interpretación y aplicación del mandato del art. 105 de la Constitución Política, desarrollado en las Leyes 134 de 1994 (art. 53) y 1757 de 2015 (arts. artículos 3 y 9 literal d); se destacó la importancia de estos pilares del juzgamiento en el espectro gravitacional del bloque de constitucionalidad ⁷.

Más recientemente en pronunciamiento del Tribunal respecto del examen de constitucionalidad del texto objeto de la consulta popular que se pretendía adelantar en el municipio de Támara, acerca de la misma temática, se abordó problema jurídico relativo a la competencia de las autoridades territoriales en asuntos ambientales, concretamente en la explotación del subsuelo; además, se hizo alusión a la tesis y argumentos que había estado construyendo la Sala, así:

“4.3 PJ3. Competencia de las autoridades territoriales en temáticas ambientales: explotación del subsuelo. ¿Si la decisión del pueblo fuere restringir algunas actividades propias de la industria petrolera (sísmica o prospectiva, exploración, explotación y transporte de hidrocarburos) en su territorio en parte del mismo, con ocasión de consulta popular municipal, podrían las autoridades territoriales expedir disposiciones ambientales relativas a dicha temática?

Tesis. Sí. La respuesta que ha adoptado la Sala ha sido afirmativa; al abordar por primera vez dicho asunto ⁸, precisó que pueden configurarse tres escenarios:

- i) Que sea inequívocamente claro que lo que deba hacerse para ejecutar el mandato de la consulta popular violaría el ordenamiento jurídico. Así por ejemplo, si se pretende preguntar al pueblo la posibilidad de enajenar la ronda protectora de una cuenca hidrográfica en la jurisdicción del municipio, saltaría a la vista que por tratarse de disponer de bienes de uso público que gozan de garantías constitucionales y legales reforzadas, diga lo que diga el electorado no se puede cumplir su voluntad.
- ii) Que resulte absolutamente claro que el contenido material de la consulta sea atinente a competencias que la Constitución asigna a los municipios, tal como podría serlo desarrollar en concreto una política regulatoria en torno al uso del suelo (art. 313-7 C.P.) para priorizar determinada modalidad de desarrollo urbano (densidad, énfasis en altura o restricción a nivel horizontal por alguna razón paisajística): no habría duda de poderse expedir futuros actos relativos al tema. Y,

⁵ TAC, fallos del 23/10/2013, ponente Néstor Trujillo González, radicado 850012331002-2013-00227-00 (consulta Tauramena); y del 27/02/2014, radicación 850012331002-2013-00277-00 (consulta popular Monterrey), del mismo ponente.

⁶ TAC, sentencia popular del 14/11/2012, ponente José Antonio Figueroa Burbano, radicado 85001-2331-001-2012-00044-00 (exploración petrolera área de la laguna del Tinije).

⁷ Al respecto ver: TAC, sentencia del 04/09/2018, ponente: Aura Patricia Lara Ojeda, radicación 85001-2333000-2018-00090-00 (consulta popular municipio de Monterrey, temas de minería en fuentes hídricas y sus rondas de protección).

⁸ TAC, fallo del 23/10/2013, ponente Néstor Trujillo González, radicado 850012331002-2013-00227-00 (consulta Tauramena)

iii) Los casos difíciles o **con fronteras porosas** entre lo que puedan o no hacer las autoridades territoriales del nivel municipal⁹.

(...)

4.3.1 Desde esa oportunidad, se indicó que confluyen en el escenario de la discusión constitucional múltiples principios relevantes para inferir la respuesta, entre ellos, los de **coordinación, concurrencia y complementariedad** comunes al ejercicio de función pública y específicamente a la relación entre la Nación y los entes territoriales, los cuales deben ponderarse. Y más en el espectro propio de la problemática ambiental, los de **precaución y de rigor subsidiario**, que también proyectan efectos sobre el ejercicio analítico que debe realizarse”¹⁰.

2.3 Como puede verse, la línea horizontal transcurrió en el espectro de pilares que se estimaron suficientes para armonizar y superar las oscilaciones de la jurisprudencia de los órganos de cierre, a saber: i) diferenciación entre el proceso decisorio político de la consulta popular y los *futuros actos administrativos* que pudieran desarrollar el mandato de los votantes; ii) reconocimiento de espacio jurídico para la concurrencia de competencias nacionales y territoriales en la regulación de actividades extractivas del recursos del subsuelo, cuya realización interviene ineludiblemente el suelo y altera la vocación de uso del mismo; y iii) reivindicación de la autonomía territorial constitucional para diseñar tales usos del suelo, como una de las herramientas para definir el presente y el futuro de las comunidades que lo habitan.

3ª Desarrollos de la jurisprudencia de los órganos límite

La zona de penumbra que proyectaron las lecturas progresivamente dispares de las dos jurisdicciones concernidas (contencioso administrativa y constitucional), se visualiza así:

3.1 Posición del superior funcional: La postura del Consejo de Estado acerca de la competencia de las entidades territoriales en aspectos relacionados con el uso del suelo y subsuelo fue abordada recientemente por el Tribunal¹¹. Basta recordar que se identificaron tesis encontradas entre las Secciones Cuarta y Quinta y algunos salvamentos de voto en lo que tiene que ver con la *concertación* entre entidades territoriales y el nivel central (Nación):

Postura 1: Sección Cuarta y salvamentos de voto Sección Quinta

P1.1 Consejo de Estado, Sección Cuarta, ponente STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO, sentencia del 30/05/2017, expediente 110010315000-2017-01198-00, demandante: Mansarovar Energy Colombia Ltd; demandado: Tribunal Administrativo del Meta. Tutela. (CONSULTA POPULAR MUNICIPIO DE CUMARAL).

“Si no es posible coordinar y concertar el ejercicio de tales competencias, y se corre el riesgo que queden anuladas, prevalece, en principio, la competencia de los municipios para ordenar el territorio, en cuanto concentra mayor impacto social. No obstante, la ponderación de intereses en el ejercicio de competencias nacionales y territoriales debe hacerse en cada caso concreto y siempre con miras al interés general y en aras de la protección de los derechos y libertades de las personas.

⁹ Este Tribunal ha aludido a las **fronteras porosas** de las competencias municipales, departamentales y nacionales respecto de la protección de recursos hídricos, bosques y de otros elementos bióticos de un ambiente sano (concurrencia de los diferentes niveles estatales)

¹⁰ TAC, sentencia del 26/09/2018, radicación 850012333002-2018-00097-00, ponente Néstor Trujillo González (consulta popular Támara).

¹¹ TAC, sentencia del 26/09/2018, radicación 850012333002-2018-00097-00, ponente Néstor Trujillo González (consulta popular Támara).

En definitiva: los municipios pueden adelantar consultas populares sobre el desarrollo de proyectos y actividades de la industria de hidrocarburos en su territorio, en el marco de sus competencias. Eso hace parte de la autonomía que los artículos 1° y 287 de la Constitución Política les reconoce a las entidades territoriales.

(...)

*Desde luego, en el marco de la consulta popular, **el alcalde de Cumaral debe cumplir con el requisito de concertación con la Nación para definir asuntos que si bien hacen parte del ordenamiento territorial, también inciden en cuestiones importantes para el nivel nacional.*** (...)

P1.2 Consejo de Estado, Sección Cuarta, ponente: JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ, sentencia del 9 de agosto de 2018 radicación número: 110010315000-2017-02515-01(AC) Actor: Ministerio de Minas y Energía, demandado: Tribunal Administrativo del Meta¹².

“Las autoridades locales y nacionales tienen competencias concurrentes en los asuntos mineros, ambientales y energéticos, motivo por el cual deben coordinar el ejercicio de sus funciones.

***Si no se logra una concertación entre los distintos niveles decisorios, prima la competencia de las autoridades municipales** porque, en virtud del principio de subsidiariedad, son la autoridad más cercana a los ciudadanos. Las consultas populares realizadas en materias minero-energéticas a nivel municipal son posibles en ejercicio del derecho de participación ciudadana. Los municipios pueden prohibir la actividad minero-energética en sus territorios en ejercicio de sus competencias de protección del medio ambiente y reglamentación del uso del suelo.”*

(...)

Con base en lo anterior, la Sala concluyó que no es necesario que entre la Nación y las entidades territoriales se surta un trámite de concertación de forma previa a la realización de la consulta popular sobre materias minero-energéticas.”

Salvamento de voto, del Consejero Carlos Moreno Rubio: sentencia de tutela de la Sección Quinta emitida el 23/04/2018, radicación número: 110010315000-2017-02829-00(AC).

*“Se advirtió en el fallo que **“no resulta posible que la planeación, aprovechamiento, exploración y explotación de recursos naturales no renovables sea un asunto susceptible de ser sometido a una consulta popular del orden municipal, sin que previamente se hayan agotado los mecanismos de concertación previstos en las normas constitucionales y en la ley, (...).”***

*Frente al punto, si bien es cierto que el fallo de tutela no descarta la realización de la consulta popular, **lo es también que la condiciona al agotamiento previo de los mecanismos de concertación; conclusión que no tiene respaldo legal, por cuanto la ley no prevé dicho trámite como condición para realizarla.***

Salvamento de voto, de la consejera LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ: sentencia de tutela de la Sección Quinta emitida el 23/04/2018, radicación número: 110010315000-2017-02829-00(AC).

*Bajo ese contexto, de ser necesaria una concertación entre el nivel central y el territorial, que pudiera tener defensa en el principio de coordinación administrativa, lo ideal sería que pudiera llevarse a cabo cuando se tenga el resultado de la respectiva consulta popular en la que el pueblo, de forma libre y soberana, favorezca la explotación; o inclusive, antes de que se lleve a cabo e (sic) reputado mecanismo de participación ciudadana, de suerte que el pueblo pueda conocer de antemano esos elementos que han sido objeto de una previa coordinación administrativa, a efectos de que la decisión de la consulta se adopte dentro de un marco armónico y plenamente informado; **pero nunca en el interregno que va de la recolección de apoyos (firmas), a la aprobación administrativa que da lugar al trámite de revisión previa que compete a los tribunales administrativos, ya que ello generaría un peligroso panorama de incertidumbre al provocarse el enfrentamiento de las***

¹² En dicha sentencia se estudiaron providencias de las secciones Cuarta y Quinta del Consejo de Estado. **Sección Cuarta:** (i) del 7 de diciembre de 2016, radicado: 11001-03-15-000-2016-02396-00, ponente: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas; (ii) del 30 de mayo de 2017, radicado: 11001-03-15-000-2017-01198-00, ponente (E): Stella Jeannette Carvajal Basto.; (iii) del 25 de octubre de 2017, radicado: 11001-03-15-000-2017-02516-00, ponente: Stella Jeannette Carvajal Basto. **Sección Quinta:** (i) del 14 de febrero de 2017, radicado: 11001-03-15-000-2016-02396-01, acumulados: 11001-03-15-000-2016-02328-00, 11001-03-15-000-2016-02643-00; 11001-03-15-000-2016-02741-00; 11001-03-15-000-2016-02513-00; 11001-03-15-000-2016-02644-00, ponente: Rocío Araújo Oñate; (ii) del 6 de julio de 2017, radicado: 11001-03-15-000-2017-01198-01, ponente: Rocío Araújo Oñate.

instituciones del orden nacional y territorial (...)

Postura 2: (mayoritaria) Sección Quinta

P2.1 Consejo de Estado, Sección Quinta, ponente Rocío Araujo Oñate, sentencia del 23/04/2018, radicación número: 110010315000-2017-02829-00(AC), actor: Edilberto Bello y otros, demandado: Tribunal Administrativo de Cundinamarca (S-1-A). Tutela.

Textualmente señaló: "3.4.5.4. La Sala en virtud de las normas constitucionales analizadas, concluye que la actividad objeto de regulación **debe ser concertada entre los distintos niveles de la organización**, pues si bien se reconoce que la Nación –entendida como entidades del orden central- tiene sendas competencias para determinar la política nacional en materia de minería, otorgamiento de concesiones, entre otros, lo cierto es que la materialización de la extracción, impacta directamente en otras facultades que son del resorte, en particular, de los municipios, como lo son la planeación y ordenación del territorio, la protección del medio ambiente, la prestación de servicios públicos, etc.

Lo anterior, como se señaló por las decisiones de constitucionalidad, debe fundamentarse en los principios de **coordinación y concurrencia** –fijados en el artículo 288 *ejusdem*-, razón por la cual, **una consulta popular en la que se pregunte sobre la procedencia o no de actividades extractivas debe estar precedida de un PROCEDIMIENTO DE CONCERTACIÓN entre las autoridades nacionales y el respectivo ente territorial.**

3.1.1 Como se observa, las lecturas actuales de las dos subsecciones del Consejo de Estado discrepan en cuanto al *momento en que deba surtirse la concertación entre autoridades nacionales y territoriales*. La Sección Cuarta resaltó que **no es necesario que entre la Nación y las entidades territoriales se surta un trámite de concertación de forma previa a la realización de la consulta popular**, mientras que la Sección Quinta propendió porque la actividad objeto de regulación sea concertada entre los distintos niveles de la organización y por ello una consulta popular en la que se pregunte sobre la procedencia o no de actividades extractivas **debe estar precedida** de un procedimiento de concertación entre las autoridades nacionales y el respectivo ente territorial¹³.

3.1.2 La revelación de las líneas horizontal y vertical en las que se insertó el fallo de esta Corporación que declaró ajustada a la Carta la pregunta que se sometió a consulta popular en Tauramena cumple doble cometido: i) pedagogía judicial, que permite a la comunidad seguir críticamente la evolución de la jurisprudencia, nada pacífica, en torno a ese instrumento político frente a la actividad extractiva de recursos naturales (exploración, explotación y transporte) que la pueda afectar directamente; y ii) contextualizar el estado de cosas en que en esa época (23/10/2013) se adoptó la decisión judicial, diferente al de ahora, como se verá enseguida.

3.1.3 Es pertinente precisar que el producto jurisprudencial, que hace parte del sistema de fuentes, tiene características intrínsecas (relativas a su contenido normativo) y extrínsecas (origen y forma) diferentes a las leyes en sentido general; si bien los fallos definen conflictos, en efectos vinculantes para el caso, algunos además *erga omnes* con capacidad de *crear derecho en sentido material*, como lo son las sentencias de unificación de los órganos de cierre, entre otros, *no existe derecho subjetivo a la subsistencia de una determinada opción interpretativa judicial*. Es inherente a la jurisprudencia su carácter dinámico, lo que permite a los jueces actualizar permanentemente el derecho positivo, incorporando con sus decisiones los cambios que el contexto político, histórico, social o cultural del desarrollo del país y de la comunidad de naciones concitan. En dicho sentido, siguiendo de cerca la enseñanza del maestro C. Gaviria, así haya lagunas en el ordenamiento positivo, ellas no existen en el Derecho, dado el poder creador de los jueces.

¹³ En idéntico sentido, respecto del balance de las tesis contrapuestas de las Secciones Cuarta y Quinta del Consejo de Estado, ver TAC, sentencia del 04/09/2018, Aura Patricia Lara Ojeda, radicación 85001-2333000-2018-00090-00, consulta popular minería Monterrey (fuentes hídricas y rondas protectoras).

Así se advierte para responder, todavía en marco abstracto, a la argumentación de los recurrentes que postulan que con la sentencia de otrora que declaró constitucional la pregunta sometida a consulta popular en Tauramena (año 2013) en virtud de la cosa juzgada se *creó el derecho subjetivo* – al parecer de todo el colectivo que ganó ese certamen político – *a que subsistan todos los efectos del sentido de la votación*. Pues no ocurrió así, por dos razones elementales: i) la arista ya está expuesta del carácter dinámico de la jurisprudencia, que algunos denominan *derecho viviente*; y ii) la expresa salvedad que entonces dejó la Sala acerca de la necesaria distinción entre el mecanismo político y democrático de la consulta y *los futuros actos* que la municipalidad pudiera adoptar para interpretar y honrar sus resultados. A ello se volverá más adelante.

3.2 Nueva postura de la Corte Constitucional acerca del alcance de la consulta popular frente a la industria de hidrocarburos – sentencia SU-095 de 2018¹⁴.

3.2.1 La Corte Constitucional analizó en el pasado la tensión entre el principio de *Estado Unitario* y la *autonomía de los entes territoriales* en el espectro de la materialización del mecanismo de participación ciudadana mediante consulta popular (sentencias C-123/14, C-035/2016, C-273/2016, T-445/2016, entre otras). En ellas se indicó que tiene que existir un mecanismo que permita la realización del principio de coordinación entre las competencias de la Nación para regular y ordenar lo atinente a la extracción de recursos naturales no renovables y la competencia de las autoridades municipales para planificar, gestionar sus intereses y ordenar su territorio, con criterios de autonomía.

3.2.2 Ahora bien, dicha tensión fue finalmente resuelta en la sentencia de **SU-095 de 2018¹⁵** en la que se estudió y decidió una acción de tutela contra fallo proferido por el Tribunal Administrativo del Meta en el trámite de revisión de constitucionalidad de la convocatoria a consulta popular en el municipio de Cumaral, en cuanto al desarrollo de actividades encaminadas a la exploración y explotación de recursos del subsuelo; la revisión previa de constitucionalidad se realizó en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley 134 de 1994 y del artículo 21 de la Ley 1757 de 2015.

En dicho pronunciamiento la Corte Constitucional concluyó lo siguiente:

“3.2 La sentencia del 7 de marzo de 2017 emitida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Meta en la revisión previa de constitucionalidad de la consulta popular a realizarse en el Municipio de Cumaral, vulneró el derecho al debido proceso de la parte accionante por incurrir en causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela, al presentarse en su contenido un defecto sustantivo, violación directa de la Constitución y desconocimiento del precedente.

Para comenzar, es de resaltar que de la información allegada al expediente y del análisis realizado en sede de revisión, la Sala Plena concluye que el Tribunal Administrativo del Meta, en la sentencia que declaró constitucional la pregunta a elevar a consulta popular a realizarse en el Municipio de Cumaral, violó el debido proceso del accionante e incurrió en las siguientes causales específicas de procedibilidad: i) defecto sustantivo, al no acatar el régimen legal y constitucional; ii) violación directa de la Constitucional no aplicar sistemática e integralmente principios constitucionales, y, iii) desconocimiento del precedente, al apartarse de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la materia”.

La Corte adujo que el tribunal accionado no tuvo en cuenta la normativa constitucional sobre el uso del subsuelo y las competencias radicadas en cabeza del gobierno central en la materia y que, por ello, erró al afirmar que de realizarse la consulta popular y en el evento de ser

¹⁴ Ver extracto del fallo constitucional y la primera aplicación de esa nueva línea por este Tribunal en: TAC, sentencia del 14/03/2019, radicación 850012333000-2019-00015-00, examen de constitucionalidad del texto de la pregunta – consulta popular actividades de sísmica, exploración, explotación petrolera en zonas de abastecimiento hídrico (Yopal), ponente: J.A. Figueroa Burbano. Se declaró no ajustada a la Carta.

¹⁵ Ponente: Cristina Pardo Schlesinger.

la respuesta mayoritaria el “sí” las autoridades del orden nacional, conservarían sus competencias precisas en relación con la administración de hidrocarburos y de los recursos naturales renovables. La Corte enfatizó que es contradictorio afirmar que, pese a la existencia de competencias del Gobierno Nacional respecto de los recursos del subsuelo, las autoridades territoriales puedan vetar la exploración y explotación de los RNNR, y a su vez con ello no desconocer las facultades de otras entidades creadas para tales fines.

Por ello, estableció las siguientes **conclusiones generales** en cuanto a las consultas populares con relación a la exploración o explotación del subsuelo o de recursos naturales no renovables –RNNR-:

- i) “La consulta popular es un mecanismo de participación, definido principalmente en los artículos 104 y 105 de la Constitución, mediante el cual, el pueblo se pronuncia acerca de una pregunta de carácter general, en relación con actuaciones administrativas en el ámbito local o nacional, como lo establece el artículo 51 de la Ley 134 de 1994.
- ii) *La consulta popular en el nivel territorial solo puede referirse a materias que se encuentren comprendidas por las competencias del respectivo nivel territorial (...).*
- iii) *La realización de una consulta popular está circunscrita a límites competenciales particularmente a los relativos a que la materia sometida a consulta pueda ser decidida por la respectiva entidad territorial, y en consecuencia el control judicial previo a realizarse por la jurisdicción de lo contencioso administrativo implica que éste se lleve a cabo en un examen estricto, con el objeto de verificar si el tipo de asunto que se somete al pronunciamiento del Pueblo cumple cabalmente dicha exigencia.*
- iv) La Constitución Política prevé en sus artículos 80, 332, 334, 360 y 361 la explotación del subsuelo y de RNNR como una actividad permitida y autorizada a desarrollarse en el territorio nacional. Igualmente dispone que el subsuelo y los RNNR son propiedad del Estado en sentido amplio, y la dirección general de la economía está a cargo de éste último, por lo que en tal condición, éste intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales.
- v) *La Constitución Política establece en sus artículos 101, 102 y 288 que los municipios, fundados en el principio de autonomía territorial tienen amplias competencias en materia de ordenamiento territorial y respecto al uso del suelo.*
- vi) *En el territorio convergen actividades, por una parte, de uso del suelo y por otra de explotación del subsuelo, razón por la que en él concurren competencias tanto del nivel nacional como de las entidades territoriales.*
- vii) *Ni la nación (nivel nacional o central) ni las entidades territoriales tienen competencias absolutas en materia de explotación del subsuelo y de los RNNR; así, las entidades territoriales no cuentan con competencia absoluta sobre los recursos del subsuelo, ni tampoco poder de veto respecto a la realización de actividades para la explotación del subsuelo y de RNNR, de acuerdo con una lectura e interpretación sistemática de la Constitución.*
- viii) *Para resolver la tensión en las competencias otorgadas a la nación y las entidades territoriales en materia de suelo y subsuelo, debe darse aplicación al artículo 288 constitucional que define los principios de coordinación y concurrencia para estos casos.*
- ix) La consulta popular no es el mecanismo idóneo para dar aplicación a los principios de coordinación concurrencia entre la Nación y el territorio en el marco de los postulados del Estado unitario y la autonomía territorial, pues como mecanismo de participación ciudadana no puede utilizarse para definir si en un territorio se realizan o no actividades de exploración o explotación del subsuelo o de recursos naturales, ya que la competencia en esta materia no radica en forma absoluta en

cabeza de los municipios, y por ello excede su competencia, pues existen competencias de este tipo radicadas en el nivel nacional que no es posible desconocer porque tales competencias han sido definidas constitucionalmente; así, el ordenamiento jurídico ha previsto y otorgado competencias en materia del subsuelo a entidades del Gobierno nacional central con la finalidad de proteger el interés general de toda la población.

- x) *Así mismo, la consulta popular es un instrumento focalizado y limitado que no permite discusiones ampliadas, sistemáticas e integrales de una materia compleja como es la exploración y explotación de hidrocarburos y minerales, pues tal mecanismo de participación ciudadana implica la realización de una pregunta cuya respuesta solo admite escoger entre “si o no”, lo que impide un análisis técnico y especializado respecto a las actividades del sector minero energético; en tal sentido, la decisión de explorar o explotar RNNR o del subsuelo, como actividades permitidas constitucionalmente, no es binaria (si o no) y debe contrariamente responder a análisis técnicos integrales y al concepto de desarrollo sostenible. Por el contrario, de obtenerse un “no”, ello implicaría un poder de veto de las entidades territoriales que anula las competencias nacionales en materia del subsuelo, desconociendo todo el marco constitucional que las dispone”.*

3.2.3 Con base en tales parámetros, la Corte concluyó que vía consulta popular nacional no es posible reformar la Constitución puesto que ello erosionaría la supremacía de la Carta, que no ha previsto ese procedimiento de reforma. Así, el artículo 50 de la Ley 134 de 1994 establece que no se podrán realizar consultas sobre temas que impliquen modificación a la Constitución. Resaltó que tal prohibición se establece para consultas del nivel nacional y por ello no es admisible pensar en una consulta popular del nivel territorial que vaya en contravía de la Constitución y que impida en forma absoluta la explotación del subsuelo y de RNNR, como actividad permitida por la Constitución Política.

4ª PROBLEMAS JURÍDICOS

4.1 PJ1 La aplicación retroactiva y retrospectiva de la jurisprudencia constitucional. *Se determinará si es factible aplicar una nueva lectura pretoriana del sistema de fuentes en el juzgamiento de acto administrativo expedido en el pasado, derivado de consulta popular municipal que el juez natural había declarado constitucionalmente viable.*

Tesis: Sí. El fallo de control constitucional abstracto o el de unificación de jurisprudencia en sede de tutela producen efectos generales, impersonales y abstractos, en cuanto definen reglas y subreglas jurídicas para la interpretación del sistema de fuentes. Pese a su relativo poder de crear derecho, en la medida en que introducen variaciones a la comprensión que los intérpretes autorizados por la Carta (Legislador y jueces, según el caso) daban al ordenamiento, sin que este mismo haya cambiado en su contenido material, deben aplicarse a los conflictos en curso, así su génesis provenga de actos del pasado.

4.1.1 Quienes defienden la subsistencia de la decisión administrativa del concejo municipal que dijo acoger o “aplicar” los resultados de la votación de la consulta popular predicen cosa juzgada de la sentencia que dio paso a ese evento democrático de participación ciudadana y *derechos adquiridos del colectivo* inexpugnables por la senda que posteriormente haya trazado la Corte Constitucional.

4.1.2 La Sala ya se refirió a la inexistencia de tales derechos adquiridos; nadie puede apropiarse de la solución jurisprudencial, como si se incorporaran sus efectos impersonales y abstractos a la órbita de sus derechos constitucionalmente protegidos.

Diferente lo será, en cada caso, con la *consolidación de efectos particulares y concretos* plasmados en ley, sentencia o acto administrativo que defina una de tales situaciones.

4.1.3 Con relación a la cosa juzgada que ampara la sentencia del 23/10/2013 (viabilidad constitucional de la consulta popular en Tauramena) proferida por este Tribunal, debe indicarse que no está en discusión; esa decisión se produjo en un contexto histórico específico; está revestida de la motivación que le sirvió de soporte y ninguna autoridad judicial competente la ha invalidado. Así que no es factible reabrir aquí la discusión respecto de la consulta en sí misma. Se hizo, la votación mayoritaria se inclinó por el NO y cómo sortear los efectos jurídicos de ese mandato político atañe a la autoridad administrativa, la que debe explorar caminos viables, en los escenarios de concertación con el Gobierno, como actualmente lo exige la corte de cierre.

4.1.4 Lo que ahora se juzga es un acuerdo municipal que dijo *aplicar* el resultado de la consulta popular; ese acto administrativo se confronta con el sistema de fuentes en la cuerda de los cargos que se le imputaron (recuérdese que se trata de medio de control de nulidad simple), preceptos de derecho positivo que no han cambiado desde cuando se expidió hasta el presente.

Luego la comparación entre el contenido material del acto acusado y las normas superiores a las que ha de someterse se hace *ahora* y el juez, para interpretar aquellas, *tiene que acatar la jurisprudencia vinculante* de la Corte Constitucional que ha señalado cómo deben entenderse las fuentes en la materia concernida.

De manera que no se aplica retroactivamente el fallo constitucional *a la consulta*, sino retrospectivamente a un acuerdo municipal expedido en el pasado, que está vigente y podrá producir los efectos que le correspondan. La sentencia anulatoria identifica y declara un vicio de validez que nació con el acto; es *declarativa*, no constitutiva de un estado de cosas; por ello, ejecutoriada, lo expulsa del ordenamiento *desde siempre*.

Basta para cerrar este aparte precisar que la SUJ de la Corte Constitucional a que se alude (SU-095/2018) no dejó diferidos ni condicionados sus efectos, esto es, no introdujo salvedades que permitan suponer que lo *hecho está consumado o consolidado* y los frutos de las consultas populares del pasado quedaron a cubierta de cualquier examen judicial de legalidad.

4.2 PJ2. *Nulidad del acto administrativo que dijo aplicar los efectos de consulta popular en materia de hidrocarburos. ¿Es nulo el acto administrativo mediante el cual el concejo municipal de un municipio adoptó la decisión desfavorable de la comunidad derivada de consulta popular relativa a la realización de actividades de sísmica, exploración y explotación de hidrocarburos en zona de presunta recarga hídrica del ente territorial?*

Tesis. Sí. De acuerdo con los nuevos postulados de la Corte Constitucional consolidados en la sentencia SU-095/2018, que declararon improcedente la consulta popular municipal o departamental como mecanismo adecuado para discutir la viabilidad de la exploración y explotación de hidrocarburos y minerales del subsuelo, se deriva necesariamente la nulidad de los actos proferidos para su desarrollo o materialización, pues según la doctrina jurídica acerca de “los frutos del árbol envenenado”, si las autoridades

territoriales carecen de competencia para decidir unilateralmente esos aspectos, ni podía auscultarse la voluntad popular para definirlos, ni aplicarse o acogerse los resultados por actos administrativos municipales de ejecución.

4.2.1 El art. 137 de la Ley 1437 de 2011 alude a las causales de nulidad de los actos administrativos y señala textualmente que esta procede cuando hayan sido expedidos con *infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia*, entre otras.

4.2.2 Dado que el alto Tribunal Constitucional en sentencia de unificación dejó claro que las autoridades municipales carecen de competencia para ocuparse unilateralmente de actividades de exploración o explotación de recursos del subsuelo, por vía del ejercicio de la función constitucional privativa de definir los usos del suelo, tampoco podría actualmente someterse dicha temática a consulta popular territorial, pues por ese camino se estructura un poder de veto del que carecen los municipios y se invade la órbita propia del Congreso y del Gobierno Nacional.

El fallo aludido, entre sus múltiples consideraciones de la *ratio*, señaló que dicho mecanismo de participación democrática no permite analizar de forma técnica y especializada las intervenciones del sector minero energético pues, en palabras de la Corte, la decisión de explorar o explotar RNNR o del subsuelo, como actividades permitidas constitucionalmente, no es binaria (sí o no) y debe responder a estudios técnicos integrales, los cuales deben llevarse a los escenarios de concertación entre autoridades nacionales y territoriales.

4.2.3 Ahora bien, pese a que la literalidad del acuerdo municipal que diga *aplicar los resultados* de la consulta popular sobre tales temáticas pareciera una simple declaración retórica sin contenido dispositivo propio, esto es, sin que mande o prohíba por sí mismo específicamente nada, es inocultable que constituye un acto administrativo que incorpora al ordenamiento de ese municipio el desenlace de la consulta; esto es, transmuta la voluntad mayoritaria de los electores de simple participación democrática indicativa de un *deber hacer*, que podría ubicarse en la frontera porosa de las decisiones políticas (antaoño excluidas de control de esta jurisdicción), en un lineamiento del concejo municipal que impone al alcalde la obligación de *actuar* para hacer cumplir la proscripción que los votantes aprobaron.

4.2.4 En esas condiciones, la Sala encuentra contradictorio abogar por que el acuerdo subsista porque supuestamente la consulta versó sobre materias de competencia de la autoridad territorial y se pretenda reivindicar la validez del mandato popular y al tiempo se predique que el acuerdo nada prohibió. El principio de identidad impide que se entienda que tal acto *aplica* la voluntad de los electores y la incorpora a las normas municipales y que, al tiempo, carezca por entero de efectos vinculantes para el alcalde y el gobierno territorial.

4.2.5 Así las cosas, por ser la sentencia SU-095/2018 una decisión de unificación del alto Tribunal Constitucional, es de obligatorio acatamiento y aplicación inmediata a los conflictos en curso, entre ellos, el juzgamiento de los actos administrativos fruto de la consulta popular actualmente prohibida; si aquella dejó de ser viable por incompetencia de las autoridades municipales, es un contrasentido suponer que el acto que la aplica

siga incólume y pudiera exigirse al alcalde que lo cumpla, en contravía con un fallo de esa stirpe.

5ª Caso concreto:

De lo expuesto en el marco dogmático que precede, se concluye lo siguiente:

5.1 Mediante solicitud radicada en la Alcaldía Municipal de Tauramena el 20/08/2013, un número significativo de ciudadanos solicitó que se iniciara el trámite de consulta popular para preguntar a la ciudadanía si estaba o no de acuerdo con que en el municipio se adelantaran actividades de exploración o explotación petrolera. Concretamente el contenido de la pregunta fue el siguiente:

¿Está usted de acuerdo con que se ejecuten actividades de exploración sísmica, perforación exploratoria, producción y transporte de hidrocarburos en las veredas San José, Monserrate Alto, Monserrate La Vega, Guata del Caja, Bendiciones, Visinaca, Lagunitas, Aguamaco, Zambo, Oso y Jaguito, donde se ubica la zona de recarga hídrica del municipio de Tauramena?

5.2 El Tribunal Administrativo de Casanare, mediante providencia del 23/10/2013 resolvió declarar ajustado a la Constitución el procedimiento previo y texto del interrogante.

5.3 El 15/12/2013 se llevó a cabo la consulta popular en el municipio de Tauramena con los siguientes resultados: 151 votos por el sí, 4.428 votos por el no, 21 votos nulos y 12 tarjetas no marcadas, para un total de 4.612 votos.

5.4 El Concejo Municipal de Tauramena, mediante Acuerdo n.º 006 del 10 de marzo de 2014, adoptó (dijo aplicar) *“para el municipio la decisión soberana de los ciudadanos en la consulta popular realizada el 15/12/2013 que resultó aprobada de conformidad con lo dispuesto en el certificado E-26 de la Registraduría Nacional del Estado Civil, en donde hubo una votación mayoritaria por el NO”* como respuesta al interrogante aludido más arriba (fol.29 c. ppal.).

En su art. 2 (efectos), señaló que la adopción de la consulta popular en tal sentido tiene como finalidad preservar los recursos naturales, entre ellos los hídricos, para garantizar el abastecimiento y suministro de agua a los habitantes del municipio de Tauramena acatando los resultados de la consulta aprobada por el pueblo el 15/12/2013 de conformidad con el art. 56 de la Ley 134 de 1994.

La secretaria general del Concejo Municipal de Tauramena el 10/03/2014 emitió certificación acerca de la aprobación en primer debate en comisión y segundo debate en plenaria del proyecto de acuerdo por el cual se hace efectiva la decisión tomada por la ciudadanía en la consulta popular (fol.33) y se allegaron constancias de publicación del Acuerdo 006 de 2014 por parte del personero municipal de Tauramena (fol.34), entre otras.

5.5 El Acuerdo Municipal n.º 006 de 2014 se profirió para culminar el trámite de la consulta popular realizada en el mes de diciembre del año 2013; pese a su literalidad aparentemente neutra, contiene un mandato implícito que habría forzado al alcalde a expedir decisiones complementarias de su resorte o *actuar* con el poder de policía administrativa para hacer lograr los *finés* que indicó el artículo 2º del acuerdo. Así que si bien por sí solo en principio nada habría cambiado de lo que se hacía por la industria petrolera en Tauramena (nuevas actividades exploratorias o de producción en el área vedada) generó una *orden* al alcalde para que se ocupara del asunto.

5.6 Puesto que la Corte Constitucional dispuso que las autoridades territoriales carecen de competencia para decidir unilateralmente tales aspectos de la política minero energética del país, no puede dejarse subsistente en el ordenamiento municipal una orden cuya eventual exigibilidad forzaría al gobierno de Tauramena, so pretexto de acatar al pueblo, a desconocer la orden judicial de ese tribunal de cierre.

5.7 Bajo los nuevos postulados de la Corte Constitucional, la regulación general y las determinaciones concretas en esta materia **excede la competencia territorial**, pues existen otras de este tipo radicadas en el nivel nacional que no se pueden desconocer por haber sido definidas constitucionalmente. En ese escenario, el Acuerdo Municipal n.º 006 de 2014 no puede producir efecto jurídico alguno y debe ser declarado nulo por derivarse de la aplicación de un mecanismo de participación ciudadana que no es idóneo para debatir asuntos relativos a la exploración y explotación del subsuelo.

6ª Costas. No proceden por tratarse de un conflicto de interés público, según expresa exclusión del art. 188 de la Ley 1437, sin que sea necesario ponderar la conducta procesal de la parte vencida.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CASANARE, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1º CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Yopal dentro del asunto de nulidad instaurado por ECOPETROL S.A contra el municipio de Tauramena, por la cual declaró la nulidad del Acuerdo 006 de 2014, por las razones señaladas en la motivación.

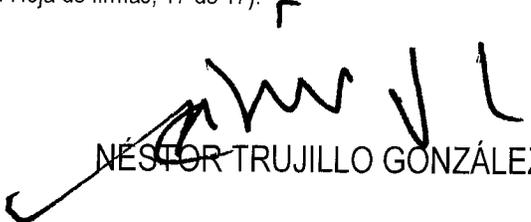
2º Sin costas en la instancia, por improcedentes.

3º En firme lo resuelto, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas copias y constancias en los registros de Secretaría.

NOTIFÍQUESE. Publíquese el texto completo en el portal institucional (avisos a la comunidad).

(Aprobado en Sala de la fecha, Acta. NULIDAD SIMPLE Ecopetrol S.A. Vs. Municipio de Tauramena. Acuerdo 006 de 2014, adopta consulta popular en materia de exploración sísmica y explotación de hidrocarburos. Confirma fallo estimatorio. Radicación 2016-00168-01. Hoja de firmas, 17 de 17).

Los magistrados,


NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ


AURA PATRICIA LARA OJEDA


JOSÉ ANTONIO FIGUEROA BURBANO

NTG/Eliana.