

MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Apelación de auto que negó excepción previa / FALTA DE INTEGRACIÓN DE LITISCONSORCIO NECESARIO - No acreditada / CONFORMACIÓN DEL LITISCONSORCIO NECESARIO

Corresponde al Despacho determinar si en el presente asunto existe un litisconsorcio necesario por pasiva entre la Agencia Nacional de Minería y la Unidad de Planeación Minero Energética. Para resolver esta cuestión i) se harán algunas precisiones en torno a la institución del litisconsorcio necesario, ii) se hará un recuento de la naturaleza jurídica y competencias de la ANM y la UPME y iii) se efectuará el análisis del caso en concreto.

NORMATIVIDAD DE LITISCONSORCIO NECESARIO / CONCEPTO DE LITISCONSORCIO NECESARIO / PROCEDENCIA DEL LITISCONSORCIO NECESARIO - De no configurarse genera nulidad procesal / REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL

El artículo 61 del Código General del Proceso, consagra la institución del litisconsorcio necesario. (...) [E]l litisconsorcio necesario corresponde a una figura procesal que consiste en la existencia de una pluralidad de sujetos -en la parte activa o pasiva del proceso- y se configura en todos los eventos en los cuales debe adoptarse una decisión uniforme para los titulares de una misma relación jurídica o de un mismo acto jurídico, y de no vincularse a alguno se configuraría una nulidad del proceso, inclusive, hasta la sentencia de primera instancia. **NOTA DE RELATORÍA:** En relación con el criterio para establecer cuándo existe litisconsorcio necesario, consultar providencias de 23 de enero de 2003, Exp. 22901, C.P. María Elena Giraldo; de 13 de mayo de 2004, Exp. 15321, C.P. Ricardo Hoyos Duque; de 26 de mayo de 2005, Exp. 25341, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO - ARTÍCULO 61

FUNCIONES DE LA AGENCIA NACIONAL MINERA / COMPETENCIAS DE LA AGENCIA NACIONAL MINERA - Marco normativo aplicable / UNIDAD DE PLANEACIÓN MINERO ENERGÉTICA UPME - Naturaleza jurídica y competencias / UNIDAD DE PLANEACIÓN MINERO ENERGÉTICA - Unidad administrativa especial. No cumple funciones de autoridad minera / AGENCIA NACIONAL DE MINERÍA - Autónoma en el ejercicio de sus funciones

La Agencia Nacional de Minería fue creada mediante el Decreto Ley 4134 de 2011. (...) El artículo 4° del citado Decreto Ley 4134 de 2011, dispuso funciones de la ANM. (...) En el citado decreto también se estableció la estructura de la entidad con su respectiva asignación de competencias. (...) De las disposiciones en cita se desprende que, desde su acto de creación, la Agencia Nacional de Minería tiene a su cargo la administración de los recursos minerales del Estado, razón por la cual ha sido facultada, entre otras, para promover y suscribir los contratos de concesión minera y ejercer su posterior fiscalización -función dentro de la que se encuentra la potestad para liquidar, recaudar, administrar y transferir las regalías que pagan los titulares mineros como contraprestación económica derivada la explotación de recursos que pertenecen al Estado-, las cuales ejerce en forma independiente gracias a la autonomía administrativa, técnica y financiera con que fue dotada. (...) Por su parte, la Unidad de Planeación Minero Energética fue creada mediante el Decreto 2119 del 29 de diciembre de 1992, como producto de la transformación de la otrora Comisión Nacional de Energía. En dicho acto se

le dio a la entidad el carácter de unidad administrativa especial. (...) [A] diferencia de la Agencia Nacional de Minería, la Unidad de Planeación Minero Energética no cumple funciones de autoridad minera, sino que tiene por “objeto planear en forma integral, indicativa, permanente y coordinada con los agentes del sector minero energético, el desarrollo y aprovechamiento de los recursos mineros y energéticos” (...) Así las cosas, se entiende que ambas entidades tienen un ámbito competencial y una naturaleza jurídica diferentes que hacen que cada una deba responder individualmente por los actos administrativos que expidan autónomamente en cumplimiento de las funciones que les atribuyó la ley.

FUENTE FORMAL: DECRETO LEY 4134 DE 2011 - ARTÍCULO 1 / DECRETO LEY 4134 DE 2011 - ARTICULO 4 / DECRETO LEY 4134 DE 2011 - ARTICULO 16 / LEY 143 DE 1994 - ARTÍCULO 13 / LEY 143 DE 1994 - ARTÍCULO 16 / DECRETO 2119 DE 1992

INTEGRACIÓN DEL LITISCONSORCIO NECESARIO - No existe relación jurídica inescindible entre la ANM y la UPME / AGENCIA NACIONAL DE MINERÍA - Autonomía como autoridad minera nacional / EXCLUSIÓN DEL LITISCONSORCIO NECESARIO - Unidad de Planeación Minero Energética

[N]o existe una relación jurídica inescindible entre la ANM y la UPME en la expedición del acto administrativo cuya validez se debate -Oficio No. 20163500305561 del 14 de septiembre de 2016-, que justifique la comparecencia de la segunda entidad a este proceso en calidad de litisconsorte necesaria. Esto, por cuanto el ámbito competencial de cada una es diferente y porque la ANM expide los actos administrativos contractuales propios del ejercicio de su función de fiscalización minera, de manera independiente, gracias a la autonomía con que fue dotada desde su creación como autoridad minera nacional. (...) Por lo anterior, resulta claro que, tanto desde una perspectiva formal, como material, la única entidad que se encuentra legitimada para comparecer al presente proceso es la Agencia Nacional de Minería, sujeto activo del acto enjuiciado. En consecuencia, se confirma el auto proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, en audiencia celebrada el 29 de mayo de 2018.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN

Bogotá, D.C., veintidós (22) de abril de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 25000-23-36-000-2017-00335-01(61590)

Actor: CARBONES EL TESORO S.A.

Demandado: AGENCIA NACIONAL DE MINERÍA

Referencia: APELACIÓN AUTO - MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Temas: LITISCONSORCIO NECESARIO – Se configura cuando no es posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que son sujetos de las relaciones sustanciales o los actos jurídicos que son objeto de controversia / UNIDAD DE PLANEACIÓN MINERO ENERGÉTICA – Naturaleza. Funciones / AGENCIA NACIONAL DE MINERÍA – Es autónoma en el ejercicio de sus funciones como autoridad minera nacional.

Decide el Despacho el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra del auto proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, en audiencia inicial celebrada 29 de mayo de 2018, mediante el cual se negó la excepción denominada falta de integración del litisconsorcio necesario.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

Mediante escrito presentado el 28 de febrero de 2017 (fl. 5), la sociedad Carbones El Tesoro S.A., por conducto de apoderada judicial, en ejercicio del medio de control de controversias contractuales, presentó demanda en contra de la Agencia Nacional de Minería (en adelante ANM), con el fin de obtener las siguientes declaraciones y condenas:

Pretensión primera principal. Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. 20163500305561 del 14 de septiembre de 2016 proferido por la Vicepresidencia de Seguimiento, Control y Seguridad Minera de la Agencia Nacional de Minería -ANM-.

Pretensión primera subsidiaria. Que se declare la nulidad del acto administrativo complejo, integrado por el Oficio No. 20163500305561 del 14 de septiembre de 2016 y el Concepto Técnico GRCE-009 del 2 de agosto de 2016, proferidos por la Vicepresidencia de Seguimiento, Control y Seguridad Minera de la Agencia Nacional de Minería -ANM-.

Pretensión segunda. Que se declare la nulidad del acto administrativo presunto, que surge por la ocurrencia del silencio administrativo negativo, procesal o adjetivo, en atención a que la Convocada Agencia Nacional de Minería -ANM- no desató el recurso de reposición que, de manera oportuna, fue interpuestos por la sociedad Carbones El Tesoro S.A. en contra del aludido Oficio No. 20163500305561 del 14 de septiembre de 2016.

Pretensión tercera. Que se declare el incumplimiento del Contrato de gran minería para la exploración – explotación carbonífera con explotación anticipada No. 132-97, por parte de la entidad estatal contratante al efectuar y exigir el

cobro improcedente de unas sumas de dinero correspondientes a intereses moratorios no causados.

Pretensión cuarta. Que se declare que la sociedad Carbones El Tesoro S.A. no estaba obligada a pagar las sumas de dinero que le fueron requeridas, junto con sus respectivos intereses, por parte de la Agencia Nacional de Minería -ANM- a través del mencionado Oficio No. 20163500305561 del 14 de septiembre de 2016.

Pretensión quinta. Que se disponga que la Agencia Nacional de Minería -ANM- debe restituir, a la sociedad Carbones El Tesoro S.A., debidamente actualizada, y con los intereses a que haya lugar, la suma de dinero que pagó la empresa el 20 de septiembre de 2016, por concepto de capital, en cumplimiento del requerimiento contenido en el Oficio No. 20163500305561 del 14 de septiembre de 2016, la cual asciende al valor de mil seiscientos treinta y un millones seiscientos veinticinco mil novecientos cincuenta y nueve pesos con cuarenta y nueve centavos (\$1.631.625.959.49).

Pretensión sexta. Que se ordene a la Agencia Nacional de Minería -ANM- la restitución, a la sociedad Carbones El Tesoro S.A., debidamente actualizada y con los intereses a que haya lugar, de la suma de dinero que pagó la empresa el 20 de septiembre de 2016, la cual asciende a la cantidad de mil trescientos cincuenta y siete millones seiscientos noventa y un mil seiscientos seis pesos con sesenta y un centavos (\$1.357.691.606.61).

Pretensión séptima. Que se ordene a la Agencia Nacional de Minería -ANM- el pago de las costas del proceso, incluidas las agencias en derecho, a favor de la sociedad Carbones El Tesoro S.A.

Pretensión octava. Que se ordene el pago de intereses de mora, a la máxima tasa legal permitida, desde la fecha de la sentencia ejecutoriada que así lo ordene, hasta la fecha efectiva de pago de las condenas económicas anteriores¹.

Como fundamentos de la demanda se expresó lo siguiente:

El 23 de octubre de 1997, la Empresa Colombiana de Carbón Ltda. – Ecocarbón (para entonces autoridad minera concedente) y Carbones de los Andes S.A., celebraron el contrato de gran minería n.º 132-97, cuyo objeto consiste en la exploración y explotación de un yacimiento de carbón.

Mediante otrosí n.º 1 suscrito el 30 de mayo de 2007, se estipuló la cesión del contrato a favor de la sociedad Carbones El Tesoro S.A., la cual fue inscrita en el Registro Minero Nacional el 30 de mayo de 2007.

Una de las obligaciones derivadas del contrato, consiste en el pago trimestral de regalías por parte del titular minero, las cuales se liquidan con base en la siguiente fórmula:

¹ Folios 5 y 6.

$$V = C * P * R$$

Donde:

V= Valor a pagar concepto de regalía.

C= Cantidad de mineral explotado.

P= Precio base del mineral fijado por la Unidad de Planeación Minero Energética – UPME (por delegación del Ministerio de Minas y Energía, según la Resolución n.º 8-0006 del 5 de enero de 2000).

R= Porcentaje de regalía fijado, según el mineral y el volumen anual de explotación (solo para el carbón), por la Ley 141 de 1994.

Mediante Resolución 307 del 2 de abril de 2009, la Unidad de Planeación Minero Energética (en adelante UPME) señaló que el precio base que se debía utilizar para liquidar las regalías del carbón proveniente del departamento del Cesar era de \$253.639 por tonelada. En dicha resolución no se especificó a partir de cuál período (trimestre) comenzaría a regir, pero en su artículo octavo se dispuso que era vigente desde su expedición.

Posteriormente, en Resolución 540 del 30 de julio de 2009, la UPME fijó nuevos precios base para la liquidación de regalías del carbón proveniente del Cesar, y esta vez señaló que cuando la producción anual fuera mayor a tres millones de toneladas el precio en bocamina era de \$147.968 por tonelada, mientras que si la producción superaba los tres millones de toneladas al año, el precio era de \$125.860 por tonelada. En el artículo noveno de esta resolución se estableció que los precios en ella señalados serían aplicables al período julio a septiembre de 2009.

La sociedad Carbones El Tesoro S.A. liquidó y pagó las regalías para el tercer trimestre de 2009 por un monto de \$2.718'143.526, tomando como precio en bocamina base para la liquidación el valor de \$125.860 por tonelada, en atención a que la producción anual proyectada era menor a tres millones de toneladas. Esto, en aplicación de lo previsto en la Resolución 504 del 30 de julio de 2009.

En abril de 2015, la ANM, en ejercicio de su función de fiscalización minera, realizó una diligencia de seguimiento en las instalaciones de la sociedad titular y no cuestionó el pago de las regalías así realizado.

Sin embargo, mediante Oficio n.º 20163500305561 del 14 de septiembre de 2016, la ANM requirió a la titular minera el pago de \$2.929'237.969.13 *“correspondientes al faltante de capital y los intereses causados en el contrato No. 132-97, de conformidad con lo señalado en el Concepto Técnico GRCE-009 de 2 de agosto de 2016, más los intereses que se causen a la fecha de pago”*². Como fundamento del requerimiento, la autoridad minera señaló que la Resolución 540 de 2009 no era aplicable a la liquidación de las regalías del tercer trimestre (julio a septiembre) de la misma anualidad, porque solo comenzó a regir desde el 31 de julio, es decir, después de que ya había empezado a correr el respectivo período de liquidación.

Aunado a esto, advirtió la demandante que al presente contrato no le eran aplicables los intereses moratorios del 12% consagrados en el artículo 9º de la Ley 68 de 1923, toda vez que en el mismo no se acordó expresamente la potestad de cobrarlos.

En cumplimiento del citado requerimiento, Carbones El Tesoro S.A. pagó la suma de \$2.989'317.566.10 el 27 de septiembre de 2009 y el mismo día allegó ante la ANM el respectivo comprobante de pago, acompañada de un memorial en el que se interpuso recurso de reposición contra el Oficio n.º 20163500305561 del 14 de septiembre de 2016, por considerar que se trataba de un acto administrativo definitivo. Este recurso no fue resuelto por la autoridad minera.

2. Trámite en primera instancia

2.1 Mediante auto del 31 de mayo de 2017 (fl. 45), el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, admitió la demanda y dispuso su notificación a la Agencia Nacional de Minería.

2.2 La entidad accionada contestó oportunamente³ la demanda el 29 de agosto de 2017 y se opuso a las pretensiones, por considerar que los precios base de liquidación señalados en la Resolución 540 de 2009 solo pueden usarse para calcular las regalías causadas a partir el 31 de julio de 2009 (fecha en que dicho acto fue publicado en el Diario Oficial) y que las causadas entre el 1º y el 30 de julio de la misma anualidad debían calcularse con los valores consagrados en la

² Folio 10.

³ Así se precisó en la constancia secretarial obrante a folio 180.

Resolución 307 del 2 de abril de 2009, conforme a lo precisado por la UPME en diferentes conceptos.

Asimismo señaló que aunque el cobro de intereses moratorios por el impago de las contraprestaciones económicas derivadas del contrato en virtud de aporte no fue estipulado por las partes en el negocio jurídico, esto no deriva en su ilegalidad, por cuanto se encuentra avalado por los artículos 5° de la Ley 1066 de 2006, 7° del Decreto 4473 de 2006, 75 de la Resolución 270 de 2013 y 9° de la Ley 68 de 1923.

Aunado a esto, la ANM formuló la excepción de falta de integración del litisconsorcio necesario por pasiva y solicitó que se vinculara a la Unidad de Planeación Minero Energética al proceso como parte demandada. Como fundamento de dicha excepción señaló:

Así las cosas, la necesidad de que dicha entidad sea vinculada al extremo pasivo de la presente controversia no requiere mayor esfuerzo argumentativo pues: (i) Es esa entidad quien expidió los actos administrativos que dieron origen a la presente controversia. (ii) La Agencia Nacional de Minería, en atención a los conceptos y directrices dadas por esa entidad, ejecuta las previsiones normativas contenidas en las resoluciones que fijan el precio base para la liquidación de regalías de carbón. (iii) El fundamento para requerir al titular minero el pago de capital adeudado por concepto de regalías, fue la interpretación que la UPME expuso en reiteradas oportunidades a la autoridad minera respecto de los efectos, vigencia y aplicación de las disposiciones contenidas en cada una de las resoluciones proferidas. (iv) Es la misma entidad que expidió los actos administrativos la primera llamada a defender su legalidad y los efectos que le confiere a los mismos, así como a responder por los eventuales perjuicios que se ocasionen a terceros por su interpretación y ejecución.

(...)

Es preciso señalar que la decisión que adopte el Honorable Despacho respecto de la aplicación que la autoridad minera ha dado a las resoluciones expedidas por la UPME, indudablemente afectará las mismas pues dejará sin efectos la interpretación y las directrices que respecto de su aplicación ha proferido de manera reiterada y homogénea esa autoridad, e indudablemente, cambiará a futuro, la fijación de precios base que deba hacer la UPME para calcular las regalías de los minerales extraídos⁴.

De esta excepción se dio traslado a la accionante, quien se opuso a su prosperidad por las siguientes razones:

[S]i bien la UPME asumió una interpretación sobre la fecha de vigencia de la Resolución 540 citada, fue finalmente la decisión autónoma de la

⁴ Folio 68.

Agencia Nacional de Minería la que acogió dicha tesis, y por ende, la única responsable frente a la expedición de los actos acusados.

De tal manera que, es claro que el concepto de la UPME no es sino eso, un concepto no vinculante, que de ninguna manera ataba a la Agencia para asumir la misma interpretación de la UPME, como bien lo enseña el artículo 28 del CPACA (...)

Por lo expuesto, el hecho de que la tesis de la UPME coincida con la que finalmente adoptó la Autoridad Minera de ninguna manera exonera a la Agencia Nacional de Minería por la decisión adoptada, como tampoco, hace responsable a la UPME, entidad que carece de funciones de autoridad minera⁵.

3. La providencia apelada

En audiencia inicial, celebrada el 29 de mayo de 2018, se declaró no probada la excepción de falta de integración del litisconsorcio necesario por pasiva. El magistrado ponente señaló (CD audiencia inicial, minutos 15:12 a 23:41):

El CPACA, si bien se refiere a la figura del litisconsorcio necesario no lo define, ni dice cómo debe estar constituido, sino [que] reitera la obligación de vincular (...) a los sujetos que lo componen. Pero el artículo 61 del Código General del Proceso sí establece que los litisconsortes necesarios son aquellos que tienen relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o [por] disposición legal, es necesario, en un pleito, resolverlos de manera uniforme sin que sea posible decidir de mérito ante la ausencia de comparecencia de esas personas, [que son] sujetos de tales relaciones o que intervinieron en los actos que se demandan. Por tanto, la demanda debe formularse por todos o contra todos.

(...)

En este caso, no se presenta, en criterio del Despacho, ningún litisconsorcio necesario. La relación existente es de carácter, si bien puede ser jurídico, no es inescindible y ambas responden y actúan conforme a los deberes funcionales que les impone o que les dicta la ley.

En este evento, las decisiones que tomó la UPME para fijar el precio de los minerales en el 2009 correspondía a un deber funcional (...), pero dictó actos de carácter general sobre el precio de los minerales en el caso de las concesiones con un objetivo: para [determinar] el punto de partida del precio de cada una de las unidades que se utilizan en los contratos de minería.

Esas decisiones, por supuesto, son de obligatorio cumplimiento para la Agencia Nacional de Minería cuando (...) revisa [la liquidación de regalías hecha por el titular minero y] confronta las tarifas que estableció la UPME. Por lo tanto, si se pretende que sea la UPME la que responda por la decisión que toma la Agencia Nacional de Minería sería ir contra la autonomía, independencia, división y distribución de tareas y funciones y (...) el principio de la descentralización administrativa.

(...)

⁵ Folios 81 y 82.

Entonces, no puede entenderse como indisoluble una relación que se cumple por separado, de manera autónoma e individual porque si bien lo que la Agencia Nacional realiza cuando revisa las autoliquidaciones es un acto propio de su cargo y lo hace con base en las resoluciones de la UPME, esta ejerciendo una competencia propia que no se confunde, que no se diluye, que no se entrelaza (...) con la de la UPME que es una unidad (...) con autonomía administrativa y personería jurídica para que se comporte como un sujeto distinto a la Agencia Nacional de Minería que también es una entidad pública que tiene las condiciones de ente descentralizado.

Aunado a esto, el a quo efectuó un análisis oficioso de las excepciones de falta de legitimación en la causa y caducidad del medio de control, las cuales declaró como no probadas (CD audiencia inicial, minutos 23:59 a 34:32).

4. El recurso de apelación y su trámite

4.1 Inconforme con la anterior decisión, el apoderado de la ANM interpuso el recurso de apelación contra la decisión de declarar no probada la excepción de falta de integración del litisconsorcio necesario por pasiva en los siguientes términos (CD audiencia inicial, minutos 34:38 a 38:16):

[L]a Agencia considera que sí debe ser vinculada la UPME al presente proceso, básicamente por las siguientes razones. En primer lugar, por cuanto la interpretación respecto de la vigencia que realiza la UPME de (...) la Resolución 307 y 540 (sic) que dan origen al presente caso, se verá indefectiblemente afectada dependiendo de las resultas que se obtengan en este proceso, ya que (...) lo que se está debatiendo, precisamente, es a partir de cuándo se debió haber hecho el requerimiento a la sociedad demandante y a partir de cuándo debió haber pagado las regalías, ya sea a partir de la Resolución 307 (...) con la Resolución 340.

Es preciso resaltar que dicha vigencia fue expuesta expresamente por la UPME y, por tanto, la Agencia Nacional de Minería al realizar los requerimientos a la parte actora acogió lo expresado por la misma UPME. En ese sentido, lo que se decida acá tendrá incidencia en la misma vigencia que ha interpretado esa otra entidad.

Asimismo, es importante señalar que estos actos administrativos, (...) al ser de carácter general, no afectan solamente a la hoy sociedad actora sino a todas las sociedades que en su momento debieron observar dichas disposiciones para realizar el pago las regalías, por lo tanto, lo que se decida en este proceso tendrá directa afectación en la vigencia de dichas resoluciones. Así también, la Agencia Nacional de Minería no se encuentra legitimada para darle una vigencia diferente a los actos administrativos que expidió la UPME para cobrar las regalías, por lo tanto, así procedió y fue ese el fundamento de los requerimientos que se hizo a la sociedad actora a través de los oficios que hoy se ven demandados en el presente asunto.

En suma (...), se tiene que las resultas del proceso sí afectarán a esa entidad [la UPME], más que todo en la interpretación y en la vigencia que hace (sic) de sus actos administrativos, la cual no solo se encuentra señalada en dichos actos administrativos sino en sendos conceptos que

fueron aportados al plenario por la parte actora. Por lo tanto, en criterio de esta Agencia sí debe hacer parte del presente caso para defender la postura relacionada con la vigencia a partir de la cual se debe hacer el pago de regalías, que es, en suma, lo que se debate en el presente proceso.

4.2 Del recurso así formulado, se dio traslado a la parte accionante que manifestó la oposición a su prosperidad en los términos que a continuación se transcriben (CD audiencia inicial, minutos 38:53 a 42:03):

[E]n este proceso no estamos demandando la nulidad de los actos expedidos por la UPME, ninguna de las pretensiones de la demanda se refiere a que se declare la nulidad de las resoluciones o de ninguna de las actuaciones que asumió la UPME.

Adicionalmente, aquí no se reúnen los requisitos del artículo 61 del Código General del Proceso para declarar próspera esta excepción por cuanto (...) no es necesario vincular a la UPME para decidir sobre la nulidad de un acto administrativo que dictó la Agencia Nacional de Minería exclusivamente. Lo que estamos demandando en este proceso es la nulidad y las consecuencias económicas de una decisión de la ANM que adoptó autónomamente como operador jurídico, interpretando, según su propio concepto, la fecha de vigencia de unas resoluciones. Luego, aquí la única entidad responsable (...) es la ANM.

Si bien la UPME dictó unos conceptos posteriores, sobre lo que en su criterio debería interpretarse como fecha de vigencia de la Resolución 540, ese concepto no obliga a la ANM, [entidad que] de acuerdo con el Código Contencioso Administrativo (...) no está obligada a atender los conceptos de la UPME. La ANM interpretó la Resolución 540 bajo su propio criterio, autónomamente y dictó un acto administrativo adoptando su interpretación por la cual debe responder en este proceso.

Tampoco es cierto que se afecten los terceros (...), este es un acto contractual que única y exclusivamente afecta el contrato 132-97 y a la empresa Carbones El Tesoro. Luego aquí no hay afectaciones de terceros (...) ni hay afectación alguna para la UPME, por el hecho de que no se adopte su interpretación sobre la fecha de vigencia de la resolución.

4.3 La delegada del Ministerio Público solicitó que se confirme la decisión apelada, en atención a las siguientes consideraciones (CD audiencia inicial, minutos 42:16 a 46:14):

[E]l Ministerio Público considera que, a partir de la controversia que se suscita, no son las resoluciones dictadas por la UPME las que están en controversia en este proceso, luego el objeto no requiere de la vinculación de esta entidad en los términos del artículo 61 del Código General del Proceso, norma que consagra cuándo existe un litisconsorcio necesario por pasiva.

II. CONSIDERACIONES

1. Procedencia del recurso de apelación y competencia para conocerlo

De conformidad con el artículo 180 numeral 6 inciso final⁶ del CPACA, el recurso de apelación procede contra el auto que decida sobre las excepciones. En este caso, dicho recurso se interpuso de manera oportuna y fue debidamente sustentado, en los términos del artículo 244 numeral 1⁷ *ejusdem*.

En virtud de lo dispuesto en los artículos 125⁸ y 150⁹ del CPACA, el ponente es competente para resolver dicha apelación, por tratarse de uno de aquellos autos que no se encuentran enunciados en los numerales uno a cuatro del artículo 243 *ibidem*.

2. Problema jurídico

Corresponde al Despacho determinar si en el presente asunto existe un litisconsorcio necesario por pasiva entre la Agencia Nacional de Minería y la Unidad de Planeación Minero Energética. Para resolver esta cuestión *i)* se harán algunas precisiones en torno a la institución del litisconsorcio necesario, *ii)* se hará un recuento de la naturaleza jurídica y competencias de la ANM y la UPME y *iii)* se efectuará el análisis del caso en concreto.

3. El litisconsorcio necesario

⁶ “ARTÍCULO 180. AUDIENCIA INICIAL. Vencido el término de traslado de la demanda o de la reconvencción según el caso, el Juez o Magistrado Ponente, convocará a una audiencia que se sujetará a las siguientes reglas:

(...)

6. Decisión de excepciones previas. El Juez o Magistrado Ponente, de oficio o a petición de parte, resolverá sobre las excepciones previas y las de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva.

(...)

El auto que decida sobre las excepciones será susceptible del recurso de apelación o del de súplica, según el caso”.

⁷ “Artículo 244. Trámite del recurso de apelación contra autos. La interposición y decisión del recurso de apelación contra autos se sujetará a las siguientes reglas:

1. Si el auto se profiere en audiencia, la apelación deberá interponerse y sustentarse oralmente en el transcurso de la misma. De inmediato el juez dará traslado del recurso a los demás sujetos procesales con el fin de que se pronuncien y a continuación procederá a resolver si lo concede o lo niega, de todo lo cual quedará constancia en el acta”.

⁸ “Artículo 125. De la expedición de providencias. Será competencia del juez o Magistrado Ponente dictar los autos interlocutorios y de trámite; sin embargo, en el caso de los jueces colegiados, las decisiones a que se refieren los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 243 de este Código serán de la sala, excepto en los procesos de única instancia. Corresponderá a los jueces, las salas, secciones y subsecciones de decisión dictar las sentencias. Los autos que resuelvan los recursos de súplica serán dictados por las salas, secciones y subsecciones de decisión con exclusión del Magistrado que hubiere proferido el auto objeto de la súplica”.

⁹ “Artículo 150. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencia dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio impugnación (...).”.

El artículo 61 del Código General del Proceso¹⁰, consagra la institución del litisconsorcio necesario, así:

Artículo 61. Litisconsorcio necesario e integración del contradictorio. Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciera así, el juez, en el auto que admite la demanda, ordenará notificar y dar traslado de esta a quienes falten para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado.

(...)

Cuando alguno de los litisconsortes necesarios del demandante no figure en la demanda, podrá pedirse su vinculación acompañando la prueba de dicho litisconsorcio.

Aunado a lo anterior y en relación con el criterio para establecer cuándo existe litisconsorcio necesario, esta Corporación ha sostenido¹¹:

Debe tenerse presente que la figura del litisconsorcio necesario se caracteriza, fundamentalmente, por la existencia de una única relación jurídica o de un acto jurídico respecto de los cuales existe pluralidad de sujetos o, dicho en otros términos, hay litisconsorcio necesario cuando el asunto objeto de conocimiento por parte de la jurisdicción reclama una decisión uniforme para todos los litisconsortes, titulares de la misma relación jurídica o del mismo acto jurídico que es objeto de controversia¹².

Existe litisconsorcio necesario cuando hay pluralidad de sujetos en calidad de demandantes (litisconsorcio por activa) o demandados (litisconsorcio por pasiva) que están vinculados por una única relación jurídico sustancial¹³. En este caso y por expreso mandato de la ley, es indispensable la presencia dentro del litigio de todos y cada uno de ellos, para que el proceso pueda desarrollarse, pues cualquier decisión que se tome dentro de éste es uniforme y puede perjudicar o beneficiarlos a todos¹⁴.

Por su parte, la doctrina¹⁵ ha señalado:

Existen múltiples casos en los que varias personas deben obligatoriamente comparecer dentro de un proceso, ora en calidad de demandantes, bien como

¹⁰ Aplicable al presente asunto por mandato del artículo 306 del CPACA, que establece que en los aspectos no regulados en su codificación “se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo”.

¹¹ Auto del 23 de enero de 2003, exp. 22.901, C.P. María Elena Giraldo; auto del 13 de mayo de 2004, exp. 15.321, C.P. Ricardo Hoyos Duque; auto del 26 de mayo de 2005, exp. 25.341, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 7 de diciembre de 2005, exp.30 911, C.P. Alier E. Hernández Enríquez.

¹³ Rojas Gómez, Miguel Enrique. El Proceso Civil Colombiano, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

¹⁴ Auto del marzo 15 de 2006, exp. 16.101; M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

¹⁵ López Blanco, Hernán Fabio, *Código General del Proceso, parte general*, Ed. Dupré Editores Ltda., Bogotá D.C., Colombia, 2017, págs.353.

demandados, por ser requisito necesario para proferir sentencia, dada la unidad inescindible con la relación de derecho sustancial en debate que impone una decisión de idéntico alcance respecto de todos los integrantes; de no conformarse la parte con la totalidad de esas personas, es posible declarar la nulidad de la actuación a partir de la sentencia de primera instancia inclusive, lo cual pone de presente que esta irregularidad sólo afecta la validez del proceso de la sentencia de primera instancia inclusive, en adelante, debido a que hasta antes de ser proferida la misma es posible realizar la integración del litisconsorcio necesario.

Así las cosas, el litisconsorcio necesario corresponde a una figura procesal que consiste en la existencia de una pluralidad de sujetos *-en la parte activa o pasiva del proceso-* y se configura en todos los eventos en los cuales debe adoptarse una decisión uniforme para los titulares de una misma relación jurídica o de un mismo acto jurídico, y de no vincularse a alguno se configuraría una nulidad del proceso, inclusive, hasta la sentencia de primera instancia.

4. Naturaleza jurídica y competencias de la ANM y la UPME

La Agencia Nacional de Minería fue creada mediante el Decreto Ley 4134 de 2011, como *“una agencia estatal de naturaleza especial, del sector descentralizado de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, técnica y financiera, adscrita al Ministerio de Minas y Energía”*¹⁶, que tiene por objeto *“administrar integralmente los recursos minerales de propiedad del Estado, promover el aprovechamiento óptimo y sostenible de los recursos mineros de conformidad con las normas pertinentes”*¹⁷.

El artículo 4° del citado Decreto Ley 4134 de 2011, dispuso como funciones de la ANM las siguientes:

1. *Ejercer las funciones de autoridad minera o concedente en el territorio nacional.*

(...)

3. *Promover, celebrar, administrar y hacer seguimiento a los contratos de concesión y demás títulos mineros para la exploración y explotación de minerales de propiedad del Estado cuando le sea delegada esta función por el Ministerio de Minas y Energía de conformidad con la ley.*

(...)

8. *Liquidar, recaudar, administrar y transferir las regalías y cualquier otra contraprestación derivada de la explotación de minerales, en los términos señalados en la ley.*

(...)

¹⁶ Decreto Ley 4134 de 2011, artículo 1°.

¹⁷ *Ibidem*, artículo 3°.

17. *Ejercer las demás actividades relacionadas con la administración de los recursos minerales de propiedad estatal.*

En el citado decreto también se estableció la estructura de la entidad con su respectiva asignación de competencias y en su artículo 16 numerales 2, 3 y 9 se señaló que la Vicepresidencia de Seguimiento, Control y Seguridad Minera tiene el deber de *“diseñar e implementar mecanismos de seguimiento y control a las obligaciones de los titulares mineros”, “hacer seguimiento y control a las obligaciones de los titulares mineros, cuando le sea delegada esta función por parte del Ministerio de Minas y Energía, de conformidad con las normas vigentes”* y *“liquidar, recaudar, administrar y transferir las regalías y cualquier otra contraprestación derivada de la explotación de minerales, de acuerdo con la normativa vigente”*.

De las disposiciones en cita se desprende que, desde su acto de creación, la Agencia Nacional de Minería tiene a su cargo la administración de los recursos minerales del Estado, razón por la cual ha sido facultada, entre otras, para promover y suscribir los contratos de concesión minera y ejercer su posterior fiscalización -función dentro de la que se encuentra la potestad para liquidar, recaudar, administrar y transferir las regalías que pagan los titulares mineros como contraprestación económica derivada la explotación de recursos que pertenecen al Estado-, las cuales ejerce en forma independiente gracias a la autonomía administrativa, técnica y financiera con que fue dotada¹⁸.

Por su parte, la Unidad de Planeación Minero Energética fue creada mediante el Decreto 2119 del 29 de diciembre de 1992, como producto de la transformación de la otrora Comisión Nacional de Energía. En dicho acto se le dio a la entidad el carácter de unidad administrativa especial.

Más adelante, a través de la Ley 143 de 1994, se complementó la reglamentación UPME en el sentido de precisar que tendría el carácter de *“Unidad Administrativa Especial adscrita al Ministerio de Minas y Energía, con patrimonio propio y personería jurídica y con regímenes especiales en materia de contratación, de administración de personal, de salarios y de prestaciones y con autonomía*

¹⁸ Decreto Ley 4134 de 2011, artículo 1°.

presupuestal¹⁹. Aunado a esto, se establecieron sus funciones de la siguiente manera:

Artículo 16. La Unidad de Planeación Minero-Energética tendrá entre otras las siguientes funciones:

a) Establecer los requerimientos energéticos de la población y los agentes económicos del país, con base en proyecciones de demanda que tomen en cuenta la evolución más probable de las variables demográficas y económicas y de precios de los recursos energéticos;

b) Establecer la manera de satisfacer dichos requerimientos teniendo en cuenta los recursos energéticos existentes, convencionales y no convencionales, según criterios económicos, sociales, tecnológicos y ambientales;

c) Elaborar y actualizar el Plan Energético Nacional y el Plan de Expansión del sector eléctrico en concordancia con el Proyecto del Plan Nacional de Desarrollo.

El primer Plan Energético Nacional deberá ser presentado dentro de los seis (6) meses siguientes a la vigencia de esta Ley;

d) Evaluar la conveniencia económica y social del desarrollo de fuentes y usos energéticos no convencionales, así como el desarrollo de energía nuclear para usos pacíficos;

e) Evaluar la rentabilidad económica y social de las exportaciones de recursos mineros y energéticos;

f) Realizar diagnósticos que permitan la formulación de planes y programas del sector energético;

g) Establecer y operar los mecanismos y procedimientos que permitan evaluar la oferta y demanda de minerales energéticos, hidrocarburos y energía y determinar las prioridades para satisfacer tales requerimientos, de conformidad con la conveniencia nacional;

h) Recomendar al Ministro de Minas y Energía, políticas y estrategias para el desarrollo del sector energético;

i) Prestar los servicios técnicos de planeación y asesoría y cobrar por ellos;

j) Establecer prioritariamente un programa de ahorro y optimización de energía;

k) Las demás que le señale esta Ley y el Decreto 2119 de 1992²⁰.

¹⁹ Ley 143 de 1994, artículo 13.

²⁰ El artículo 13 del Decreto 2119 de 1992 estableció:

Artículo 13. Funciones. Son funciones de la Unidad de Planeación Minero Energética:

1. Establecer los requerimientos minero energéticos de la población y los agentes económicos del país, con base en proyecciones de demanda que tomen en cuenta la evolución más probable de las variables demográficas y económicas, y de precios de los recursos minero energéticos;

2. Establecer la manera de satisfacer dichos requerimientos, teniendo en cuenta los recursos minero energéticos existentes, según criterios económicos y sociales;

3. Elaborar el Plan Nacional Minero, el Plan Energético Nacional y el Plan de Expansión del sector eléctrico, en concordancia con el Plan Nacional de Desarrollo y la política macroeconómica del Gobierno Nacional;

Como puede verse, a diferencia de la Agencia Nacional de Minería, la Unidad de Planeación Minero Energética no cumple funciones de autoridad minera, sino que tiene por “*objeto planear en forma integral, indicativa, permanente y coordinada con los agentes del sector minero energético, el desarrollo y aprovechamiento de los recursos mineros y energéticos; producir y divulgar la información requerida para la formulación de política y toma de decisiones; y apoyar al Ministerio de Minas y Energía en el logro de sus objetivos y metas*”²¹.

Así las cosas, se entiende que ambas entidades tienen un ámbito competencial y una naturaleza jurídica diferentes que hacen que cada una deba responder individualmente por los actos administrativos que expidan autónomamente en cumplimiento de las funciones que les atribuyó la ley.

5. Análisis del caso concreto

Para esclarecer si en el asunto *sub examine* existe un litisconsorcio necesario por pasiva entre la ANM y la UPME, debe precisarse que la controversia objeto de este proceso consiste en determinar la validez del Oficio No. 20163500305561 del 14 de septiembre de 2016, mediante el cual la Agencia Nacional de Minería requirió a la sociedad demandante la cancelación de unas sumas de dinero relacionadas con el pago de regalías del tercer trimestre de 2009, además de establecer si, con dicha actuación, la autoridad minera incurrió en un incumplimiento contractual.

El Despacho resalta que la Agencia Nacional de Minería, desde su creación mediante el Decreto Ley 4134 de 2011, está facultada para fungir autónomamente como autoridad minera en el territorio nacional, para lo cual, dentro de sus diversas funciones, tiene la potestad de ejercer fiscalización minera, esto es, verificar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los títulos mineros,

4. *Evaluar la conveniencia económica y social del desarrollo de fuentes y usos energéticos no convencionales, así como el desarrollo de energía nuclear para usos pacíficos;*
5. *Evaluar la rentabilidad económica y social de las exportaciones de recursos energéticos;*
6. *Realizar diagnósticos que permitan la formulación de planes y programas del sector minero energético;*
7. *Establecer y operar los mecanismos y procedimientos que permitan evaluar la oferta y demanda de minerales, hidrocarburos y energía y determinar las prioridades para satisfacer los requerimientos, de conformidad con la conveniencia nacional.*

²¹ Unidad de Planeación Minero Energética. *¿Quiénes somos?* [en línea], revisado el 8 de abril de 2019. Disponible en: <http://www1.upme.gov.co/Entornoinstitucional/NuestraEntidad/Paginas/Quienes-Somos.aspx>

cualquiera que sea su modalidad, e imponer las respectivas sanciones -multa, caducidad o terminación- a los titulares mineros, por su inobservancia.

En cumplimiento de esa función de fiscalización, inherente a su condición de autoridad minera, la ANM tiene plena aptitud legal para interpretar las disposiciones normativas de carácter general que regulan el cumplimiento de las diversas obligaciones anejas a los títulos mineros -como la liquidación y pago de las regalías-, sin que sea necesario contar con el respaldo, anuencia o concepto jurídico previo de la entidad que las profirió, bien sea la UPME, el Ministerio de Minas y Energía o el Congreso de la República.

Por esta razón, se concluye que no existe una relación jurídica inescindible entre la ANM y la UPME en la expedición del acto administrativo cuya validez se debate -Oficio No. 20163500305561 del 14 de septiembre de 2016-, que justifique la comparecencia de la segunda entidad a este proceso en calidad de litisconsorte necesaria. Esto, por cuanto el ámbito competencial de cada una es diferente y porque la ANM expide los actos administrativos contractuales propios del ejercicio de su función de fiscalización minera, de manera independiente, gracias a la autonomía con que fue dotada desde su creación como autoridad minera nacional.

Por lo anterior, resulta claro que, tanto desde una perspectiva formal, como material, la única entidad que se encuentra legitimada para comparecer al presente proceso es la Agencia Nacional de Minería, sujeto activo del acto enjuiciado. En consecuencia, se confirma el auto proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, en audiencia celebrada el 29 de mayo de 2018.

En mérito de lo expuesto, se

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, en audiencia inicial celebrada 29 de mayo de 2018.

SEGUNDO: Por Secretaría, una vez quede ejecutoriado este proveído, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARÍA ADRIANA MARÍN

Magistrada