

NIT.900.500.018-2


 Para contestar cite:
 Radicado ANM No.: 20131200335531

Pág. 1 de 6

Bogotá, 02-12-2013

 Señor
JAIRO FERNANDO VARGAS CRUZ
 Calle 67 No. 4ª-15
 Ciudad
gerencia@minergeticos.com
jfervargascr@gmail.com
Asunto. Concepto. Devolución del Canon Superficial y otros.

En atención a su comunicación identificada con radicado No. 20135000350212 y remitida por el Punto de Atención Regional Nobsa mediante memorando N° 20139030002733 de 29 de octubre de 2013, en la que solicita entre otros, que los pagos efectuados por concepto de canon superficial en las propuestas ICQ-080326X, ICQ-080727X, ICQ-080923X, ICQ-081024X, ICQ-080726X, I17-08041, I17-08011, I17-08051, I17-08071, I17-08081- ICQ-083011, HJK-15212X, sean "aplicados" a los cánones de los contratos de concesión a cargo de la sociedad que representa, con ocasión a la inexecutable de la Ley 1382 de 2010, esta Oficina Asesora procede a dar respuesta a la misma en los siguientes términos:

1. ***Como es claro el pago efectivo por parte de Minergeticos S.A. de los valores en propuesta y no contratos de concesión, solicitamos comedidamente estos valores cancelados dentro del marco de una ley que fue declarada inexecutable (1382 de 2010) y que como bien lo cita la propia Agencia Nacional de Minería "la salida de aquella ley deja en vigencia la liquidación conforme lo establece (sic) el artículo 230 del Código de Minas el cual reza lo siguiente" los dineros pagados por valor de DOSCIENTOS CINCUENTA Y TRES MILLONES TREINTA Y CINCO MIL PESOS (\$253.035.000), solicitamos comedidamente sean aplicados como cánones a cargo de Minergeticos S.A, para el caso que nos ocupa del contrato FHP-162m esto en cumplimiento no solo legal, sino como clara respuesta a la notificación por Estado 048 de 201 (sic), emitida por la coordinadora Punto de Atención Regional Nobsa, recordando también que el Estado es uno solo como lo consagra la Constitución Nacional y que los dineros recaudados obedecen al tema de solicitudes para contrato de concesión minera.***

El artículo 16 de la Ley 1382 de 2010 que modificaba el artículo 230 del Código de Minas, establecía que el canon superficial se pagaba por anualidades anticipadas, y que la primera anualidad se debía pagar dentro de los tres (3) días siguientes al momento en que la Autoridad Minera, mediante acto administrativo, determinara el área libre susceptible de contratar.

Dicha Ley fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C- 366 de 11 de mayo de 2011, en la que se difirieron los efectos de la inexecutable declarada por el término de dos (2) años a partir de la

NIT.900.500.018-2



Para contestar cite:
Radicado ANM No.: 20131200335531

Pág. 2 de 6

expedición de la sentencia.

Bajo este entendido, debe recordarse que en virtud del principio de legalidad, consustancial al Estado Social de Derecho consagrado en el artículo 1º de la Constitución Política, para asegurar el respeto y la vigencia de la jerarquía normativa¹, la Administración debe desarrollar todas sus actuaciones con apego a lo establecido en la norma, por cuanto no existe facultad, función o acto que puedan desarrollar los servidores públicos que no esté prescrito, definido o establecido en forma expresa, clara y precisa en la Ley².

De manera que, teniendo en cuenta que la Ley 1382 de 2010 empezó a regir a partir de su publicación, esto es, a partir del 9 de febrero de ese mismo año, y que sólo estuvo vigente hasta el 10 de mayo de 2013, el canon superficiario causado en este tiempo, goza de sustento constitucional en el principio de legalidad, que prevé la aplicación *prima facie* de las normas vigentes al momento de consolidación de una situación jurídica³.

En consecuencia en el caso objeto de estudio, el pago y los recaudos efectuados por concepto de canon superficiario *se entienden incorporados válidamente al patrimonio de la Nación*, por cuanto su causación y consecuente pago se realizó en virtud de la vigencia de una Ley.

Al respecto, debe recordarse que el H. Consejo de Estado ha señalado los efectos de las declaratorias de inexecutable en el ordenamiento jurídico, estableciendo que las mismas **no** tienen efectos retroactivos sobre hechos consolidados y que la regla general es que la declaratoria de inexecutable opera únicamente hacia futuro.

Así, la Sección Cuarta de dicha Entidad, el 6 de diciembre de 2006, mediante Sentencia identificada con radicado No. 7945, señaló:

"(...) Con relación a los efectos de la sentencia de inexecutable la Sala reitera la copiosa jurisprudencia contenida en innumerables fallos en los que se explican que estos fallos de inexecutable son decisiones definitivas y declarativas de inconstitucionalidad, que claramente enuncian ese estado, no que lo constituyen. Son declaraciones que se hace en el sentido de que la ley o la norma acusada nació viciada de inconstitucionalidad, que ha vivido con ese vicio y que por tal causa jamás ha debido ser dictada y menos ser ejecutada. (...) La declaratoria de inexecutable equivale a una nulidad del precepto legal, y no a una derogatoria del mismo, y por lo mismo, los efectos de ella sólo operan hacia el futuro, sin que tenga carácter retroactivo, puesto que, es imposible concebir que no haya existido lo que sí existió o que no se haya ejecutado lo que se ejecutó. Si bien la declaratoria de inexecutable, no desconoce la realidad de la vigencia anterior de la norma inexecutable, dado que presupuesto fundamental de la unidad del orden jurídico, conforme al cual la norma superior permite la vigencia condicional de la norma que le es contraria, y que la sentencia de inexecutable no implica el desconocimiento de aquellas situaciones jurídicas

¹ CONSEJO DE ESTADO. SECCION CUARTA. C.P. Ligia López Díaz. Bogotá, 24 de octubre de 2007. Radicado No. 50001-23-31-000-2006-01139-01(16583).

² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad No. 710 de 2001. MP Jaime Córdoba Triviño.

³ Legalidad que solo fue desvirtuada en virtud de la sentencia del Consejo de Estado que declaró la inconstitucionalidad

NIT.900.500.018-2



Para contestar cite:
Radicado ANM No.: 20131200335531

Pág. 3 de 6

que se habían constituido y consolidado con anterioridad, no puede seguir aplicándose a situaciones no consolidadas.(...)"

En este mismo sentido, la Corte Constitucional mediante sentencia C-402 de 2010 manifestó sobre la declaratoria de inexequibilidad diferida⁴ lo siguiente:

"la declaratoria inexequibilidad de una norma implica la reincorporación al ordenamiento jurídico de las disposiciones por ella derogadas siempre que ello se requiera para asegurar la supremacía del Texto Fundamental. Para la Corte, "Esto es así en cuanto una declaratoria de inexequibilidad conlleva la expulsión del ordenamiento jurídico de una norma que ha sido encontrada contraria a la Carta y ante ello se debe determinar el peso específico que les asiste a los principios de justicia y seguridad jurídica y establecer si el fallo tiene efectos únicamente hacia futuro o si también cobija situaciones consolidadas en el pasado." (Negrilla fuera de texto)

De conformidad con lo anterior, es claro que uno de los efectos de las declaratorias de inexequibilidad en el ordenamiento jurídico, es que las normas vigentes no tienen efectos retroactivos sobre hechos consolidados y que la regla general es que la declaratoria de inexequibilidad opera únicamente hacia futuro, razón por la cual, al consolidarse la situación para el cobro y pago del canon en vigencia de la Ley 1382 de 2010, no es procedente su devolución como consecuencia de la pérdida de vigencia de la mencionada ley en el año 2013.

Ahora bien, en relación a la devolución de canon superficiario, el artículo 16 de la Ley 1382 de 2010 estableció lo siguiente:

"(...) La Autoridad sólo podrá disponer del dinero que reciba a título de canon superficiario una vez celebrado el contrato de concesión. Solamente se reintegrará al proponente la suma pagada en caso de rechazo por superposición total o parcial de áreas. En este último evento se reintegrará dentro de los cinco (5) días hábiles, la parte proporcional si acepta el área reducida, contados a partir que el acto administrativo quede en firme. Igualmente habrá reintegro en los casos en que la autoridad ambiental competente niegue la sustracción de la zona de reserva forestal para la etapa de exploración."

Al respecto, esta Oficina Asesora considera que el reintegro del canon superficiario debe realizarse en los casos en que no se celebra contrato de concesión, ya que el canon superficiario se generaba como remuneración anticipada para la etapa de exploración, construcción y montaje y para la exploración adicional en la etapa de explotación, razón por la cual, al no celebrarse el contrato de concesión, no se puede disponer de dicho monto⁵.

Sin embargo, se debe tener en cuenta que esta posición no es uniforme en el sector y al respecto el Ministerio de

⁴ Esta es la clase de inexequibilidad que estableció la Corte para la ley 1382 de 2010

⁵ Agencia Nacional de Minería, Concepto 20122700166393 del 29 de Octubre de 2012. (Concepto con aplicación suspendida)



NIT.900.500.018-2



Para contestar cite:
Radicado ANM No.: 2013120033531

Pág. 4 de 6

Minas y Energía ha señalado lo siguiente:

*" (...) la Autoridad Minera puede retener los cánones pagados que no se encuentren en las dos situaciones anteriores, es decir por superposición total o parcial de áreas. El fundamento jurídico que encuentra la Autoridad Minera para su actuación, se encuentra establecido en el mismo artículo 16 de la ley 685 de 2001 antes citado, en la medida en que este Únicamente establece expresamente la posibilidad de reintegrar las sumas pagadas por concepto de cánones superficiarios en las mencionadas dos ocasiones. Así mismo, de esta manera fue como nuestro legislador quiso otorgar la posibilidad a la Autoridad Minera para que dispusiese del dinero recaudado en aquellas ocasiones en las que la razón para no continuar el iter contractual, que debe culminar con la celebración del contrato de concesión minera, haya sido por hechos atribuibles al proponente, como se evidencia claramente en los casos de desistimiento de la propuesta de contrato de concesión minera."*⁶

Así las cosas, al ser la norma sujeta a interpretación y no encontrarse en la misma la facultad expresa de reintegrar dichas sumas de dinero que no se encuentran expresamente señaladas en la ley, la Autoridad Minera no puede exceder las facultades conferidas por la legislación y proceder a devolver dineros sin un fundamento legal que goce de meridiana claridad o disponer del mismo para que sean aplicados a otras solicitudes mineras.

Por lo que, le informamos que la entidad se encuentra a la espera de pronunciamientos de diferentes entidades estatales para adoptar una posición determinante sobre el particular, incluyendo el Consejo de Estado. Una vez la posición sea definida, la Autoridad Minera procederá de conformidad.

No obstante lo anterior, se procederá a remitir su solicitud a la Vicepresidencia de Titulación y Contratación para que determine en cada caso concreto, esto es, en cada propuesta relacionada por Usted, si se configuran los eventos previstos en la Ley 1382 de 2010 para la devolución de canon superficiario que no son objeto de discusión. (Superposición total o parcial de áreas y negativa de la Autoridad Ambiental competente para la sustracción de la zona de reserva forestal para la etapa de exploración).

- 2. Solicitamos una vez devueltos los cánones que por ley se cobran bajo una ley declarada inexecutable (hace mas de 6 meses) sean aplicados los mismos al contrato de concesión FHP-162, en cumplimiento de lo preceptuado Constitucionalmente como derechos fundamentales a la Igualdad y al debido proceso entre otros y específicamente a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia calendada marzo 26 de 1958, y que permito nuevamente citar "El enriquecimiento injusto se produce toda vez que un patrimonio reciba a expensas de otro, sin causa que lo justifique. El enriquecimiento sin causa debe reunir tres elementos conjuntos: a) Un enriquecimiento o aumento de un patrimonio. b) Un empobrecimiento correlativo. C) Que el enriquecimiento se haya realizado sin causa, es decir, sin fundamento jurídico". Es claro que para el caso que nos ocupa es evidente y exacto que estas**

Ministerio de Minas y Energía. Concepto 2012019565 del 11 abril del 2012.



NIT.900.500.018-2



Para contestar cite:
Radicado ANM No.: 20131200335531

Pág. 5 de 6

condiciones se cumplen al pie de la letra, por lo tanto la no aplicación de esta sentencia, podría considerarse no solo como falta de funcionario público, sino violación de al menos tres derechos fundamentales referidos textualmente en los hechos extractados nuestra Constitución Nacional norma de normas.

Tal como se ha mencionado a lo largo de este documento, al ser el artículo 16 de la Ley 1382 de 2010 una norma sujeta a interpretación y no encontrarse en la misma la facultad expresa de reintegrar dichas sumas de dinero que no se encuentran expresamente señaladas en la ley, la Autoridad Minera no puede exceder las facultades conferidas por la legislación y proceder a devolver dineros sin un fundamento legal que goce de meridiana claridad.

Por lo anterior, únicamente cuando la Vicepresidencia de Contratación y Titulación verifique en cada caso-propuesta- si se configuran los eventos previstos en la Ley 1382 de 2010 para la devolución de canon superficiario que no son objeto de discusión, podría entrarse a analizar si dichos valores pueden ser aplicados a las sumas por concepto de canon superficiario que deba cancelarse en el Contrato de Concesión FHP-162, de conformidad con su solicitud.

Finalmente, se considera pertinente aclarar que dichos recursos no han ingresado al presupuesto de la Agencia Nacional de Minería, por no encontrarse fundamento legal claro para disponer de dichos recursos. Así las cosas, es claro que no se presenta un enriquecimiento como usted lo menciona en su comunicación, pues dichos recursos se mantienen en cuentas separadas sin hacer parte del haber patrimonial del Estado, hasta tanto se resuelva la situación de los mismos.

- 3. En cumplimiento de lo preceptuado en los artículos 54 y 55 de la ley 685 de 2001, código de minas y en razón a que circunstancias ajenas a Minergéticos S.A. pero de orden técnico como es el otorgamiento o mejor respuesta a la solicitud de licencia ambiental no obstante haber entregado toda la documentación exigida para tal propósito y acogiéndonos a lo establecido en el artículo 54 de la ley 685 de 2001, solicitamos comedidamente sea suspendido transitoriamente el contrato FHP - 162, hasta que la autoridad ambiental se pronuncie de fondo sobre la solicitud de licencia ambiental, requisito contractual para iniciar labores de explotación, para lo cual nos permitimos anexar oficio calendado 15 de abril de 2013 de Corpochivor en tal sentido.***

Teniendo en cuenta que la suspensión del Contrato de Concesión FHP-162 obedece a una actuación administrativa que se encuentra reglada, esta Oficina Asesora, mediante memorando 20131200163763 de 2 de diciembre remitió copia de su solicitud a la Vicepresidencia de Seguimiento, Control y Seguridad Minera para que proceda según su competencia⁷.

⁷ Artículo 16 del Decreto 4134 de 2011

NIT.900.500.018-2



Para contestar cite:
Radicado ANM No.: 20131200335531

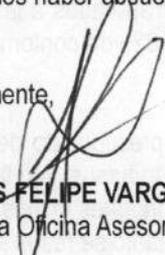
Pág. 6 de 6

- 4. En razón a las presuntas violaciones a derechos fundamentales y faltas que pueden considerarse como gravísimas por parte de los funcionarios públicos solicitamos expresamente que copia de este documento así como su respuesta sean remitidas al Ministerio de Minas y Energía y a la Procuraduría General de la Nación para lo de su competencia.**

Dado que las afirmaciones planteadas no resultan claras para concluir que existe una presunta violación o trasgresión del ordenamiento jurídico por parte de los funcionarios de esta Agencia, ni los individualiza, respetuosamente, de conformidad con lo establecido en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso, le solicitamos precisar o aclarar sus afirmaciones o ponerlas en conocimiento de los organismos competentes.

Esperamos haber absuelto sus inquietudes sobre el particular.

Cordialmente,


ANDRES FELIPE VARGAS TORRES
Jefe de la Oficina Asesora Jurídica

CC. Jorge Alberto Arias Hernandez – Vicepresidencia de Contratación y Titulación.
Juan Camilo Granados Riveros- Vicepresidencia de Seguimiento, Control y Seguridad Minera.

Proyectó: AMBT
Revisó: AFVT.
Número de radicado que responde: 20135000350212
Tipo de respuesta: Total (x) Parcial ()
Archivado en: Oficina Asesora Jurídica