

NIT.900.500.018-2



Para contestar cite:
Radicado ANM No.: 20131200305491

Pág. 1 de 8

Bogotá, 05-11-2013

Señor
EDISON ANTONIO RESTREPO
CALLE 3 SUR No.41-8
edison_restrepo@hotmail.com
Medellín-Antioquia.

Asunto. Concepto. Canon Superficial.

En atención a su comunicación remitida por el Punto de Atención Medellín con radicado N° 20139020012203, en la que realiza una consulta sobre el canon superficial, esta Oficina Asesora procede a dar respuesta a la misma en los siguientes términos:

- 1. Solicito que me den las respuestas de las consultas radicadas con los números E201200159513, E201300003409, E201300054387 y E201300066246, para dar constancia de lo solicitado anexo pago realizado el día 05 de septiembre de 2013, por un valor de CINCO MIL PESOS (\$5000), mediante consignación No. 59394783-0.**

Los radicados E201200159513, E201300003409, E201300054387 y E201300066246 no corresponden a oficios elaborados por esta Agencia. A la fecha se ha logrado aclarar que los mismos corresponden a la Gobernación de Antioquia por lo que es esa entidad la que deberá suministrar copia de las respectivas respuestas.

- 2. Si una Propuesta de Contrato de concesión pagó el canon superficial anticipado a los tres días siguientes que la autoridad por medio de acto administrativo determino el área libre para ser contratada con base a la vigencia a la Ley 1382 de 2010 y hasta el momento no sea perfeccionado el contrato de concesión minera, el solicitante podrá pedir que se le restituya al valor pagado, ya que la obligación de pagar el canon superficial anticipado es con base al artículo 230 de la Ley 685 del 2011 y no con la Ley 1382 de 2010.**

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.

NIT.900.500.018-2



Para contestar cite:
Radicado ANM No.: 20131200305491

Pág. 2 de 8

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 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

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).

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.: 20131200305491

Pág. 3 de 8

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 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 inexecutable diferida⁴ lo siguiente:

"la declaratoria inexecutable 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 inexecutable 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 cubre 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 inexecutable en el ordenamiento jurídico, es que la normas vigentes no tienen efectos retroactivos sobre hechos consolidados y que la regla general es que la declaratoria de inexecutable opera únicamente hacia futuro, razón por la cual, en la hipótesis por usted planteada, 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.

3. *Si las partes firmaron minuta contrato de concesión minera y se pago el canon superficiario anticipado con base de a (SIC) a la Ley 1382 del 2010 y hasta el momento no se ha perfeccionado el contrato de concesión Minera, el titular puede pedir que se restituya el valor pagado, ya que la obligación de pagar es con base a la Ley 685 de 2001.*

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

NIT.900.500.018-2



Para contestar cite:
Radicado ANM No.: 20131200305491

Pág. 4 de 8

Esta inquietud fue resulta en la respuesta a la pregunta numero 2.

4. ***Si el solicitante de una Propuesta de contrato de Concesión Minera pago el canon superficario anticipado con base a la Ley 1382 del 2010, la cual se pagó a los tres días del acto administrativo que determino el área libre para ser contratada, posteriormente por estudios de prospección el cual no requiere del otorgamiento de títulos minero, se determinó que el área no era de potencial geológico por lo cual no cumplía con las expectativas del solicitante, motivo que llevo a determinar el deseo de desistir de la propuesta de contrato de concesión, el solicitante tendrá el derecho de pedir que se le restituya lo pagado, teniendo en cuenta que la Autoridad solo podrá disponer del dinero que reciba a título de canon superficario una vez celebrado el contrato de concesión.***

El artículo 16 de la Ley 1382 de 2010 en relación a la devolución de canon superficario estableció lo siguiente:

"(...) La Autoridad sólo podrá disponer del dinero que reciba a título de canon superficario 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 reintegrara 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 superficario debe realizarse en los casos en que no se celebra contrato de concesión, ya que el canon superficario 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 Minas y Energía ha señalado porejemplo 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

⁵ Agencia Nacional de Minería, Concepto 20122700166393 del 29 de Octubre de 2012.

NIT.900.500.018-2



Para contestar cite:
Radicado ANM No.: 20131200305491

Pág. 5 de 8

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 superficarios 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, razón por la cual solicitó al Ministerio de Minas elevar consulta ante el Consejo de Estado para definir la situación en que quedan los recursos.

Por lo anterior, tan pronto se obtenga respuesta del Consejo de Estado, la Autoridad minera podrá entrar a definir sobre el particular.

- 5. Por medio de una Resolución se acepta el desistimiento de una Propuesta de Contrato de Concesión minera y se ordena archivarla, la cual fue proferida el día 23 de julio de 2013 en vigencia el de la Ley 685 del 2001, pero el proponente pago canon superficario anticipado con base a la Ley 1382 del 2010, la cual fue declarada inexecutable por la sentencia C-366 del 2011, el solicitante puede pedir que se restituya el canon pagado.**

Esta pregunta fue contestada en respuesta anterior y en la primera.

- 6. Si la presupuesta (SIC) anterior es negativa cual sería el sustento jurídico para retener el canon superficario anticipado por parte de la autoridad minera, teniendo en cuenta (SIC) que la Ley 1382 del 2010, decía que la Autoridad solo podrá disponer del dinero que reciba a título de canon superficario una vez celebrado el contrato de concesión y este presupuesto nunca se cumplió.**

Esta pregunta fue contestada en respuesta a la pregunta 4 y 1.

⁶ Ministerio de Minas y Energía. Concepto 2012019565 del 11 abril del 2012.

NIT.900.500.018-2



Para contestar cite:
Radicado ANM No.: 20131200305491

Pág. 6 de 8

7. **Por medio de una Resolución se acepta el desistimiento de una Propuesta de Contrato de Concesión minera y se ordena archivarla, la cual fue proferida con vigencia en (SIC) de la Ley 1382 del 2010, pero el proponente pago canon superficialario anticipado con base a la Ley 1382 del 2010, la cual fue declarada inexecutable por la sentencia C-366 del 2011 el solicitante puede pedir que se restituya el canon pagado.**

Esta pregunta plantea el mismo escenario descrito en el punto 5, al cual ya se le dio respuesta

8. **Si la presupuesta (SIC) anterior es negativa cual sería el sustento jurídico para retener el canon superficialario anticipado por parte de la autoridad minera, teniendo en cuenta (SIC) que la 1382 del 2010, decía que la Autoridad solo podrá disponer del dinero que reciba a título de canon superficialario una vez celebrado el contrato de concesión y este presupuesto nunca se cumplió.**

Esta pregunta plantea el mismo escenario descrito en el punto 6, al cual ya se le dio respuesta.

9. **Si la autoridad no restituyen (sic) el canon superficialario de manera anticipada pagados con la Ley 1382 de 2010, y que aún no sean (sic) perfeccionado el contrato de concesión minera, la autoridad está generando un enriquecimiento sin causa, a favor del Estado, dada la configuración de cada uno de sus elementos que son i) existencia de un aumento patrimonial a favor de una persona (Estado); ii) existencia de una disminución patrimonial en contra de una persona (proponente minero), la cual es inversamente proporcional incremento patrimonial de la primera; y iii) ausencia de una causa eficiente y justa que justifique las dos primeras, puesto que el solicitante tiene el deber de cancelar el valor del canon superficialario anticipado, cuando se perfeccione el contrato y tal situación no sea configurado o sea desistido de ella.**

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.

Adicionalmente, 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, 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..

NIT.900.500.018-2



Para contestar cite:
Radicado ANM No.: 20131200305491

Pág. 7 de 8

10. Si la autoridad por medio de una resolución rechaza una propuesta de contrato de concesión minera con base a la 1382 del 2010, el titular de la propuesta de contrato de concesión minera tendrá el derecho de solicitar la devolución del canon, ya que por su naturaleza es una contraprestación económica a cargo del proponente de manera anticipada quien al momento de perfeccionarse el contrato se deberá cancelar lo debido, y no se podrá efectuarse donde no hay contrato de concesión minera, ni va a existir, por lo tanto la autoridad minera deberá restituirlo.

Esta pregunta fue contestada en respuesta a la pregunta 4.

11. Si la propuesta anterior es negativa cual sería el sustento jurídico para retener el canon superficario anticipado por parte de la autoridad minera, teniendo en cuenta que la Ley 1382 de 2010, decía que la Autoridad sólo podrá disponer del dinero que reciba a título de canon superficario una vez celebrado el contrato de concesión y este presupuesto nunca se cumplió sin implicar un enriquecimiento sin causa a favor del estado.

Esta pregunta fue contestada en respuesta a la pregunta 4.

12. Los (sic) minutas que se firmaron con vigencia de la Ley 1382 del 2010 y que aún no se ha perfeccionado, se perfeccionará con la Ley 1382 del 2010, teniendo en cuenta que la voluntad de las partes sea suficiente para perfeccionarlo o se perfeccionaría con la Ley 685 del 2001, si es así, cuál sería el procedimiento que emplearía la Autoridad para perfeccionar el contrato con Ley 685 del 2001

Esta Oficina Asesora ha considerado que el artículo 50 de la Ley 685 de 2001⁷ determina que la inscripción del contrato de concesión minera en el Registro Minero Nacional es una formalidad de la que depende el perfeccionamiento del contrato, por lo que el registro más que ser un instrumento de publicidad que determina la oponibilidad de los contratos a terceros, es un elemento sustantivo que determina la **existencia del contrato de concesión.**

En efecto, se ha considerado que los requisitos contenidos en el artículo 50 del Código de Minas marcan la construcción de una formalidad al exigir, además de la suscripción del contrato en idioma castellano, la inscripción en el registro minero nacional, constituyendo ley como una condición “*ad substantiam actus*” del contrato de concesión minera la inscripción en tal registro, razón por la cual al imponer de manera expresa la ley una solemnidad⁸ hace que la voluntad de las partes sea insuficiente, debiendo además, para

⁷ “El contrato de concesión debe estar contenido en documento redactado en idioma castellano y estar a su vez suscrito por las partes. **Para su perfeccionamiento y su prueba sólo necesitará inscribirse en el Registro Minero Nacional.**”

⁸ El artículo 1500 del Código Civil define qué se entiende por contrato solemne: “El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la”

NIT.900.500.018-2



Para contestar cite:
Radicado ANM No.: 20131200305491

Pág. 8 de 8

constituir un contrato, ceñirse a la exigencia legal; si las partes no cumplen con el requisito legal exigido que solemniza el contrato, la sanción al incumplimiento de dicha forma es la imperfección, la cual trae como consecuencia que el acuerdo no logra materializarse en un contrato minero, por lo que no produce efectos en derecho. En este caso significa **que la firma de la minuta de contrato de concesión no es suficiente para que el mismo nazca a la vida jurídica y surta los efectos que le son propios.**

Ahora bien, el artículo 46 del Código de Minas⁹ estableció que las normas aplicables al contrato de concesión son las normas que estaban vigentes al momento de perfeccionamiento sin excepción alguna. Por lo que, esta Oficina Asesora considera que si un contrato se perfeccionó estando vigente la Ley 1382 de 2010 éste se regirá por dichas normas durante todo el término que esté en ejecución, y si se perfeccionó en vigencia de la Ley 685 de 2001, éste se regirá por estas normas durante el tiempo de su ejecución.

Esperamos haber absuelto sus inquietudes sobre el particular, señalando que el presente concepto se emite en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, razón por la cual, su alcance no es de obligatorio cumplimiento o ejecución.

Cordialmente,



ANDRES FELIPE VARGAS TORRES
Jefe de la Oficina Asesora Jurídica

CC. Jorge Arias Hernandez. Vicepresidente de Contratación y Titulación.

Proyectó: AMBT
Revisó: AFVT.
Número de radicado que responde: 20139020012203
Tipo de respuesta: Total (x) Parcial ()
Archivado en: Oficina Asesora Jurídica

cosa a que se refiere; es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento." (subrayado fuera de texto)

⁹El artículo 46 del Código de Minas señaló "Normatividad del contrato. Al contrato de concesión le serán aplicables durante el término de su ejecución y durante sus prórrogas, **las leyes mineras vigentes al tiempo de su perfeccionamiento, sin excepción o salvedad alguna.** Si dichas leyes fueren modificadas o adicionadas con posterioridad, al concesionario le serán aplicables estas últimas en cuanto amplíen, confirmen o mejoren sus prerrogativas **exceptuando aquellas que prevean modificaciones de las contraprestaciones económicas previstas en favor del Estado o de las de Entidades Territoriales.**" (Negrilla fuera de texto)