

NIT.900.500.018-2



Para contestar cite:
Radicado ANM No.: 20141200080491

Pág. 1 de 3

Bogotá, 18-03-2014

Doctora:
Xiomara Neira Sanchez
Director de Titulación Minera
GOBERNACION DE ANTIOQUIA
Calle 42 B 52-106 Piso 6, Of. 607
Medellín – Antioquia

Asunto: Consulta Canon Superficial

Cordial saludo:

En atención a su comunicación con radicado N° 20145500099862 del año en curso, en la cual realiza una consulta sobre el pago del canon superficial y la posibilidad de reajuste del mismo por el cambio de normatividad, procedemos a dar respuesta la misma forma en que fue planteada:

Para el caso de propuestas de contrato de concesión minera en las cuales se hubiera acreditado el pago de la primera anualidad anticipada de canon superficial en los términos y plazos establecidos para ello en su momento por la Ley 1382 de 2010, y que llegaren a contrato de concesión debidamente inscrito en el Registro Minero Nacional, deberá requerirse al concesionario minero para que actualice las sumas pagadas? Así mismo, ¿para que complemente o reajuste la suma pagada por dicho concepto para aquellos casos equivalentes a 2 y 3 salarios mínimos día por hectárea por año. En caso de ser procedente el complemento de las sumas pagadas ¿ellos deberá hacerse con el salario mínimo diario vigente al momento de surtirse el respectivo pago?

En cuanto al cobro y pago del canon superficial durante la vigencia de la Ley 1382 de 2010 y su posterior declaratoria de inexecutable por la Corte Constitucional, esta Oficina Asesora ya se ha pronunciado al respecto mediante conceptos N° 20131200335531 y 20131200905491 del 2013 los cuales se adjuntan.

En estos conceptos se resaltó que mientras estuvo vigente el artículo 16 de la Ley 1382 de 2010 que modificaba el artículo 230 del Código de Minas, en virtud del principio de legalidad, consustancial al Estado Social de Derecho consagrado en el artículo 1° de la Constitución Política, para asegurar el respeto y la vigencia de la jerarquía normativa¹, la Administración y los proponentes debieron desarrollar todas sus actuaciones con apego a lo establecido en dicha norma, por cuanto no existe facultad, función o acto que

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).

NIT.900.500.018-2



Para contestar cite:
Radicado ANM No.: 20141200080491

Pág. 2 de 3

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 por la declaratoria de inexecutable de la Corte Constitucional mediante sentencia C-366 de 2011, 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 los cánones superficiarios causados y pagados durante su vigencia, 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, creando una situación consolidada que no puede ser desconocida actualmente por las partes.

Lo anterior, se encuentra ampliamente desarrollado por la jurisprudencia del H. Consejo de Estado que 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.

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 las 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, al consolidarse la situación para el cobro y pago del canon en vigencia de la Ley 1382 de 2010 de la primera anualidad, este requisito se entiende cumplido en los términos legales, por lo que tras la

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

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.: 20141200080491

Pág. 3 de 3

caída de la Ley 1382 de 2013, no es procedente el reajuste del canon para una situación que ya estaba consolidada tanto para el proponente como para la administración, pues su cumplimiento fue de tal entidad que el contrato se materializó y perfeccionó.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el artículo 46 del Código de Minas señala claramente que la norma aplicable al contrato de concesión minera es la del momento de su perfeccionamiento, esto es al momento de realizar la inscripción en el Registro Minero Nacional, en caso de que existan contratos celebrados en vigencia de la Ley 1382 de 2010 y perfeccionados en vigencia de la Ley 685 de 2001, o en todo caso celebrados y perfeccionados bajo el amparo de la ley 685 de 2001 pero que cancelaron el canon superficario de la primera anualidad en los términos de la Ley 1382 de 2010, se considera que se debe respetar el hecho consolidado en vigencia de la Ley 1382 de 2010, pero para los cánones subsiguientes se deberá dar aplicación a la norma vigente al momento de perfeccionamiento, esto es la Ley 685 de 2001, razón por la cual, por ministerio de la Ley⁵, el Canon superficario que el concesionario deberá pagar al Estado será el establecido en ésta última norma.

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. Dr. Juan Camilo Granados Riveros. Vicepresidente de Seguimiento, Control y Seguridad Minera.

Anexos: 7 folios
Proyectó: JFMC.
Revisó: AFVT.
Número de radicado que responde: 20141200080491
Tipo de respuesta: Total (x) Parcial ()
Archivado en: Oficina Asesora Jurídica

⁵ Artículo 46 y 230 del Código de Minas

PROCESO DE
EVALUACION

INFORME DE
EVALUACION

INFORME DE
EVALUACION

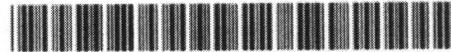
El presente informe tiene como finalidad informar a la Comisión de Evaluación de la Gestión y el Rendimiento de los Funcionarios Públicos sobre los resultados de la evaluación de desempeño del funcionario/a evaluado/a durante el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2011 y el 31 de diciembre de 2011.

La evaluación de desempeño se realizó de acuerdo a lo establecido en el artículo 10 de la Ley N° 28002, Ley Orgánica de Evaluación, y en el artículo 10 de la Ley N° 27960, Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, así como en el artículo 10 de la Ley N° 27960, Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, y en el artículo 10 de la Ley N° 27960, Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

El presente informe se elaboró de acuerdo a lo establecido en el artículo 10 de la Ley N° 28002, Ley Orgánica de Evaluación, y en el artículo 10 de la Ley N° 27960, Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, así como en el artículo 10 de la Ley N° 27960, Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, y en el artículo 10 de la Ley N° 27960, Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Comité de

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:

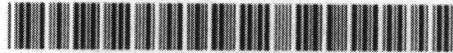
1. **Solicito que me den las respuestas de las consultas radicadas con los números E201200159513, E201300003409, E201300054387 y E201300066246, para dar constancia de lo solicitado anexo pago realizado el día 05 de septiembre de 2013, por un valor de CINCO MIL PESOS (\$5000), mediante consignación No.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

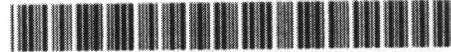
"(...) Con relación a los efectos de la sentencia de inexecutable la Sala reitera la copiosa jurisprudencia contenida en innumerables fallos en los que se explican que estos fallos de inexecutable son decisiones definitivas y declarativas de inconstitucionalidad, que claramente enuncian ese estado, no 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 las 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



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 superficiario 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 titulo de canon superficiario una vez celebrado el contrato de concesión.*

El artículo 16 de la Ley 1382 de 2010 en relación a la devolución de canon superficiario 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 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 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 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 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 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 superficialario 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 superficialario 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.



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 superficario anticipado con base a la Ley 1382 del 2010, la cual fue declarada inexequible 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 superficario 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 superficario 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 superficario 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 superficario 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 superficiario 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 superficiario 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



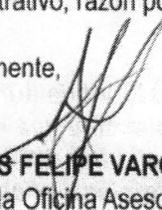
Pág. 8 de 8

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 registrará 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 registrará 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

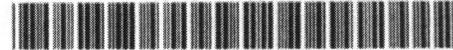
CC. Jorge Arias Hernandez. Vicepresidente de Contratación y Titulación.

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)

El 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 amplien, 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)

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



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 superficario 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 superficario *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:

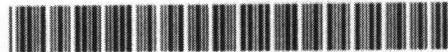
"(...) Con relación a los efectos de la sentencia de inexecutable la Sala reitera la copiosa jurisprudencia contenida en innumerables fallos en los que se explican que estos fallos de inexecutable son decisiones definitivas y declarativas de inconstitucionalidad, que claramente enuncian ese estado, no 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 la 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)



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 superficiales 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

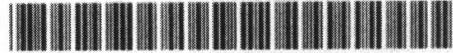
Así las cosas, al ser la norma sujeta a interpretación y no encontrarse en la misma la facultad expresa de reintegrar dichas sumas de dinero que no se encuentran expresamente señaladas en la ley, la Autoridad Minera no puede exceder las facultades conferidas por la legislación y proceder a devolver dineros 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 superficial 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 calendarada 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**

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 anexas oficio calendarado 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 20

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.

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