



20141200158863

Bogotá, 08-08-2014

Para : JUAN CAMILO GRANADOS RIVEROS
Vicepresidente de Seguimiento, Control y Seguridad Minera

De: Oficina Asesora Jurídica

Asunto: Concepto. Aplicación de la ley contractual.



Cordial Saludo,

En atención a su comunicación N° 20143310123163 del año en curso, en la que solicita un análisis jurídico sobre la normatividad aplicable para liquidar el canon superficiario a los títulos mineros suscritos bajo una normatividad e inscritos bajo otra, procedemos a dar respuesta a su inquietud correspondiente a la normatividad aplicable en contratos suscritos bajo 685 de 2001 e inscritos bajo 1382 de 2010 e igualmente a contratos suscritos en vigencia de la ley 1382 de 2010 e inscritos en vigencia de la Ley 685 de 2001, para que en el marco de su competencia, se analicen, evalúen, y adopten las decisiones sobre el particular de acuerdo con la normatividad vigente¹:

El canon superficiario es una contraprestación económica que se encuentra establecida en el artículo 230 del Código de Minas de la siguiente forma:

"Los cánones superficiarios sobre la totalidad del área de las concesiones durante la exploración, el montaje y construcción o sobre las extensiones de la misma que el contratista retenga para explorar durante el período de explotación, son compatibles con la regalía y constituyen una contraprestación que se cobrará por la entidad contratante sin consideración a quien tenga la propiedad o posesión de los terrenos de ubicación del contrato. Los mencionados cánones serán equivalentes a un salario mínimo día por hectárea y por año pagaderos por anualidades anticipadas a partir del perfeccionamiento del

¹ El Decreto 4134 de 2011 En el artículo 16 del Decreto mencionado, establece como funciones a cargo de la Vicepresidencia de Seguimiento, Control y Seguridad Minera, entre otras, las de "Liquidar, recaudar, administrar y transferir las regalías y cualquier otra contraprestación derivada de la explotación de minerales, de acuerdo con la normativa vigente."

FIRMA RECIBIDO:	FECHA RECIBIDO:

Jina CS
27/08/16



20141200158863

contrato si el área solicitada no excede de 2.000 hectáreas, si excediera de 2.000 y hasta 5.000 hectáreas pagará dos (2) salarios mínimos día por hectárea y por año pagaderos por anualidades anticipadas y si excediera de 5.000 y hasta 10.000 hectáreas pagará tres (3) salarios mínimos día y por año pagaderos por anualidades anticipadas. La liquidación, el recaudo y la destinación de los cánones superficarios le corresponde efectuarlos a la autoridad minera."

Así las cosas, la Ley 685 de 2001, es expresa en señalar el momento en el cual se configura la obligación de pagar canon superficario por parte del titular minero, sin dejar lugar a interpretación alguna al manifestar el artículo citado que el mismo se paga *por anualidades anticipadas a partir del perfeccionamiento del contrato.*

Ahora bien, el artículo 16 de la Ley 1382 de 2010 modificó el artículo 230 del Código de Minas estableciendo unos valores diferentes y señalando 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 contratar².

Al respecto, se debe tener en cuenta que la Ley 1382 de 2010 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.

² *"Canon superficario. El canon superficario sobre la totalidad del área de la concesión durante la exploración, el montaje y construcción o sobre las extensiones de la misma que el contratista retenga para explorar durante el periodo de explotación, es compatible con la regalía y constituye una contraprestación que se cobrará por la entidad contratante sin consideración a quien tenga la propiedad o posesión de los terrenos de ubicación del contrato. El mencionado canon será equivalente a un salario mínimo día legal vigente (SMDLV) por hectárea año, del primero al quinto año; de ahí en adelante el canon será incrementado cada dos (2) años adicionales así: por los años 6 y 7 se pagarán 1.25 salarios mínimos día legal vigente por hectárea año; por el año 8, 1.5 salarios mínimos día legal vigente por hectárea año. Dicho canon será pagadero por anualidades anticipadas. La primera anualidad se pagará dentro de los tres (3) días siguientes al momento en que la Autoridad Minera, mediante acto administrativo, determine el área libre susceptible de contratar. Para las etapas de construcción y montaje o exploración adicional, se continuará cancelando el último canon pagado durante la etapa de exploración. **Parágrafo 1º.** La no acreditación del pago del canon superficario dará lugar al rechazo de la propuesta, o a la declaratoria de caducidad del contrato de concesión, según el caso. 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 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. **Parágrafo 2º.** Las propuestas que a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley se encuentren en trámite y los títulos mineros que no hubieren pagado el canon correspondiente a la primera anualidad, deberán acreditar dicho pago dentro de los tres (3) meses siguientes a la promulgación de la presente ley, so pena de rechazo o caducidad, según corresponda."*

FIRMA RECIBIDO:

FECHA RECIBIDO:



20141200158863

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 normativa³, 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 Ley⁴.

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 mes de mayo de 2013, esta Oficina Asesora considera, como lo ha manifestado en conceptos anteriores⁵, que 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 jurídica⁶.

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.

Al respecto, 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

³ 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).

⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad No. 710 de 2001. MP Jaime Córdoba Triviño.

⁵ Concepto ANM N°20131200305491 del 5/11/13, 20131200335531 del 02/12/13 y 20131200189951 del 11/07/2013.

⁶ Legalidad que solo fue desvirtuada en virtud de la sentencia de la Corte Constitucional que declaró la inexecutable de dicha norma

FIRMA RECIBIDO:

FECHA RECIBIDO:



20141200158863

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.(...)

Así las cosas, 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, en este caso, al consolidarse la situación para el cobro del canon en vigencia de la Ley 1382 de 2010, bajo esta norma es que se regulará la situación consolidada.

En este mismo sentido, la Corte Constitucional mediante sentencia C-402 de 2010 manifestó sobre la declaratoria de inexecutable diferida 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)

Adicionalmente, la Corte Constitucional manifestó en la misma sentencia sobre las normas declaradas inexecutable, lo siguiente: *"En las primeras decisiones de la Corte que asumieron la problemática de la reviviscencia asumieron para sí la conclusión que había sido propuesta por la Corte Suprema y el Consejo de Estado, según la cual la reincorporación operaba de manera automática. Sin embargo, fallos posteriores abandonaron esta postura, a través del establecimiento de condiciones para la procedencia de la reviviscencia. Tales presupuestos tienen que ver con (i) la necesidad de establecer el peso específico que les asiste a los principios de justicia y seguridad jurídica en el caso concreto; y (ii) la garantía de la supremacía constitucional y los derechos fundamentales, lo que remite a la obligatoriedad de la reincorporación cuando el vacío normativo que se generaría sin ella involucraría la afectación o puesta en riesgo de los mismos."*

FIRMA RECIBIDO:

FECHA RECIBIDO:

--	--



20141200158863

Por su parte, en relación con el perfeccionamiento del contrato, esta Oficina Asesora ha considerado⁷ que el artículo 50 de la Ley 685 de 2001⁸ 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 solemnidad⁹ hace que la voluntad de las partes sea insuficiente, debiendo además, para 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 Minas¹⁰ estableció que las normas aplicables al contrato de concesión son las normas que estaban vigentes al momento de perfeccionamiento, sin excepción alguna. En caso de expedición de una nueva ley, posterior a su perfeccionamiento, al concesionario le será aplicables las prerrogativas de las mismas, exceptuando modificaciones a las contraprestaciones económicas.

⁷ Concepto ANM N° 20131200002183 del 18 de enero de 2013

⁸ ***"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."***

⁹ 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 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)

¹⁰ 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 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)

FIRMA RECIBIDO:

FECHA RECIBIDO:



20141200158863

Así las cosas, en dicho artículo se ve claramente que la voluntad del legislador fue definir un efecto ultraactivo¹¹ de las normas vigentes al momento del perfeccionamiento del contrato de concesión minera, determinando que las mismas siempre serán aplicables al contrato, sus prórrogas, pero sobre todo a las contraprestaciones económicas que se causen, aun cuando dichas normas fueren modificadas o adicionadas con posterioridad

Por lo anterior, esta Oficina Asesora considera que si un contrato se perfeccionó, esto es, se inscribió en el Registro Minero Nacional en vigencia de la Ley 1382 de 2010, éste se regirá por dichas normas, incluido lo relativo al canon superficiario, toda vez que el mismo artículo 46 es claro en establecer que cualquier cambio normativo no podrá modificar contraprestaciones económicas del contrato. En este mismo orden de ideas, si se perfeccionó en vigencia de la Ley 685 de 2001, éste se regirá por estas normas durante el tiempo de su ejecución.

Al respecto, se recomienda tener en cuenta lo ya mencionado por la jurisprudencia sobre la inexequidad de una norma, la cual es distinta a la nulidad, pues la inexequidad deja indemnes las situaciones que se consolidaron en su vigencia, la que en este caso se vio extendida por los efectos diferidos atribuidos por la misma Corte Constitucional.

Las partes contratantes incorporaron a sus contratos una norma que a pesar de estar declarada inconstitucional, seguía existiendo en el ordenamiento jurídico, de forma tal que plenos los efectos de la inconstitucionalidad,

¹¹ Corte Constitucional- Sala Plena. M.P. Jaime Araujo Rentería. Sentencia C 763 de 17 de septiembre de 2002. Expediente D-3984. *"La ultraactividad de la ley es un problema de aplicación de la ley en el tiempo y está íntimamente ligada al principio de que todo hecho, acto o negocio jurídico se rige por la ley vigente al momento de su ocurrencia, realización o celebración. Dentro de la Teoría General del Derecho, es clara la aplicación del principio "Tempus regit actus", que se traduce en que la norma vigente al momento de sucederse los hechos por ella prevista, es la que se aplica a esos hechos, aunque la norma haya sido derogada después. Esto es lo que explica la Teoría del Derecho, la denominada ultraactividad de las normas, que son normas derogadas, que se siguen aplicando a los hechos ocurridos durante su vigencia. Este fenómeno se presenta en relación con todas las normas jurídicas, cualquiera que sea su naturaleza: civil, comercial, penal, etc. Y claro, el legislador bien podrá ordenar también que ciertas disposiciones legales formalmente derogadas, continúen produciendo efectos en torno a determinadas hipótesis, dada la favorabilidad que ellas puedan reportar a sus destinatarios. Poniéndose de relieve una coexistencia material de reglas sobre un mismo punto, de suerte que mientras la nueva ley se enerva bajo la figura de la inaplicación, por su parte la antigua ley prolonga su existencia al tenor de la ultraactividad, que es, ni más ni menos, que la metaexistencia jurídica de una norma derogada, por expresa voluntad del legislador. La cláusula general de competencia del Congreso de la República así lo avala, en tanto lo irradia de facultades para crear, mantener, modificar o derogar la legislación que estime oportuna y conveniente; siempre y cuando lo haga en consonancia con los parámetros constitucionales vigentes dentro de los cuales militan el debido proceso y el derecho a la igualdad". (Destacado fuera de texto).*

FIRMA RECIBIDO:

FECHA RECIBIDO:



20141200158863

estos no se retrotraen, y los contratos y obligaciones pactadas en ellos conservan su intangibilidad.

En este aspecto conviene precisar que la obligación del pago de canon superficiario nace al inscribirse el contrato, en la forma prevista por la ley vigente al momento de su inscripción o excepcionalmente para la primera anualidad antes de la inscripción de conformidad con la Ley 1382 de 2010. La obligación y su causación de pago son inescindibles, pues conforme al artículo 1627¹² del Código Civil, *"El pago se hará bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación"*.

En orden a la disposición legal, un cambio en la causación del pago es una alteración de la obligación, lo que equivaldría a desconocer el efecto de la ley en el tiempo, para llegar al absurdo de que la obligación se genera bajo una ley, pero el pago se efectúa bajo otra disposición legal. Debe conservarse el principio de homogeneidad de la ley que genera la obligación y del pago que supone la satisfacción de la misma.

En este orden de ideas, si bien la Ley 1382 de 2010, empezó a regir a partir de su publicación, esto es desde el 9 de febrero de 2010, hasta el 10 de mayo de 2013, fecha en que dicha norma fue sustraída del ordenamiento jurídico como efecto de la sentencia que declaró la inexecutable diferida, los contratos suscritos durante este periodo y que despliegan actuaciones referidas al pago del canon superficiario deben sujetarse a dicha disposición hasta que culminen su ejecución.

Sobre el particular, el Ministerio de Minas y Energía mediante concepto 2013022596 del 11 de abril de 2013 señaló: *" (...) le informamos que los contratos perfeccionados en vigencia de la Ley 1382 de 2010, no se verán afectados por la inexecutable sobreviniente de dicha norma. En efecto, de conformidad con el artículo 46 de la Ley 685 de 2001, para efectos de determinar la legislación aplicable a un Contrato de Concesión Minera, se tendrá en cuenta la fecha de su perfeccionamiento, es decir la fecha de la inscripción en el Registro Minero Nacional" de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 50 de la precitada Ley."*

Lo anterior, es sólo la consagración de todos los principios relacionados con la aplicación de la ley en el tiempo y de la defensa de la estabilidad jurídica que debe primar en los contratos de concesión minera y que fue expresamente resaltado en la exposición de motivos de la ley 685 que al respecto manifiesta:

¹² **ARTICULO 1627. PAGO CEÑIDO A LA OBLIGACION.** El pago se hará bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación; sin perjuicio de lo que en los casos especiales dispongan las leyes.
El acreedor no podrá ser obligado a recibir otra cosa que lo que se le deba, ni aún a pretexto de ser de igual o mayor valor la ofrecida.

FIRMA RECIBIDO:

FECHA RECIBIDO:

--

--



20141200158863

*"Otro criterio que posiblemente sea el pilar básico de toda estabilidad jurídica, es rodear a los compromisos del Estado con los particulares de la suficiente seguridad y aplicabilidad frente a normas nuevas de todo orden. En este sentido, el Proyecto, sin desconocer que puede darse normas posteriores al contrato de concesión, que necesariamente deben aplicársele al contratista v.gr. las normas y reglas de orden técnico y ambiental, hay otras normas posteriores que modifican o derogan términos, condiciones y cargas para el contratista, y que no deben serle aplicadas, para de esta forma respetar la incolumidad del contrato durante su vigencia, inclusive durante sus prórrogas."*¹³

En este orden de ideas, teniendo en cuenta que no existe norma expresa que establezca lo contrario, esta Oficina Asesora reitera¹⁴ que el contrato de concesión minera perfeccionado bajo la Ley 1382 de 2010 continuará rigiéndose por dicha norma y será aplicable al contrato durante todo el término de su vigencia, toda vez que la normatividad aplicable al contrato se consolidó al momento de su inscripción en el Registro Minero Nacional y, por ende, no se puede pretender modificar una situación jurídica consolidada, sin perjuicio de lo señalado en los artículos 46, inciso 2°, y 352 del Código de Minas.

Esperamos haber brindado los argumentos jurídicos necesarios para que sean analizados en el caso 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

Anexo: 0 folios
Proyectó: JFMC
Revisó: AFVT.
Tipo de respuesta

Total (X) Parcial()

¹³ Gaceta del Congreso Año IX Gaceta No 113 de 14 de abril de 2000

¹⁴ Conceptos ANM N°20131200305491 del 5/11/13, 20131200335531 del 02/12/13 y 20131200189951 del 11/07/2013.

FIRMA RECIBIDO:

FECHA RECIBIDO:

Lina Rivadeneira Solano.

27/ Ago / 2014