AGENCIA NACIONAL DE MINERÍA

MEMORANDO

PROSPERIDAD PARA TODOS

20141200074953

Bogotá, 23-04-2014

PARA: **PAULA MELISA CRUZ MORENO**
Coordinadora del Grupo de Regalías

DE: **JEFE OFICINA ASESORA JURÍDICA**

ASUNTO: Concepto sobre derechos económicos en Contrato No 285-95

En atención a su solicitud con radicado No. 20143200033523, en la que requiere concepto jurídico sobre la interpretación de la cláusula trigésima tercera del contrato No 285 de 1995 y la naturaleza de las contraprestaciones, esta Oficina Asesora procede a dar respuesta, previa atención de las siguientes precisiones:

I. De las Contraprestaciones Económicas

El derecho del Estado a percibir una contraprestación económica por los recursos naturales, se deriva, principalmente de lo previsto en el artículo 332 de la Carta Política que establece que *"el Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes"*.

Por su parte, el artículo 360 de la Constitución Política de 1991[1], modificado por el art 1º del Acto Legislativo 005 de 2011, dispone:

> *"La explotación de un recurso natural no renovable causará, a favor del Estado, una contraprestación económica a título de regalía, sin perjuicio de cualquier otro derecho o compensación que se pacte.*
>
> *La ley determinará las condiciones para la explotación de los recursos naturales no renovables.*
>
> *Mediante otra ley, a iniciativa del Gobierno, la ley determinará la distribución, objetivos, fines, administración, ejecución, control, el uso eficiente y la destinación de los ingresos provenientes de la explotación de los recursos naturales no renovables precisando las condiciones de participación de sus beneficiarios. Este conjunto de ingresos, asignaciones, órganos, procedimientos y regulaciones constituye el Sistema General de Regalías"*.

---

[1] *Texto anterior: "La ley determinará las condiciones para la explotación de los recursos naturales no renovables así como los derechos de las entidades territoriales sobre los mismos. La explotación de un recurso natural no renovable causará a favor del Estado, una contraprestación económica a título de regalía, sin perjuicio de cualquier otro derecho o compensación que se pacte. Los departamentos y municipios en cuyo territorio se adelanten explotaciones de recursos naturales no renovables, así como los puertos marítimos y fluviales por donde se transporten dichos recursos o productos derivados de los mismos, tendrán derecho a participar en las regalías y compensaciones".*

FIRMA RECIBIDO:	FECHA RECIBIDO:

El texto del artículo superior confiere, en primera medida, libertad al legislador para regular dentro del marco de las previsiones constitucionales, cualquier aspecto relacionado con las contraprestaciones económicas a favor del Estado por la explotación de los recursos naturales no renovables, y al mismo tiempo prevé la posibilidad de que las partes puedan pactar otros derechos y/o compensaciones. De manera tal que esta Oficina Asesora entiende, con base en la norma en comento, que existen contraprestaciones económicas legales y convencionales.

En desarrollo de lo previsto en el inciso final del artículo 360 de la Constitución Política, el legislador, por iniciativa del gobierno, expidió el régimen general de regalías y compensaciones, que contempla la distribución, objetivos, fines, administración, ejecución, control, uso eficiente y destinación, de los ingresos provenientes de la explotación de los recursos naturales no renovables, cuyo marco jurídico lo integra, inicialmente, la Ley 141 de 1994, "*Por la cual se crean el Fondo Nacional de Regalías, la Comisión Nacional de Regalías, se regula el derecho del Estado a percibir regalías por la explotación de recursos naturales no renovables, se establecen las reglas para su liquidación y distribución y se dictan otras disposiciones*", y posteriormente, la Ley 1530 de 2012 "*Por la cual se regula la organización y el funcionamiento del Sistema General de Regalías*" a la par con sus decretos reglamentarios, en el nuevo contexto de la reforma constitucional del año 2011.

Previa a la modificación efectuada por el artículo 1° del Acto Legislativo 05 de 2011, la Corte Constitucional, tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la interpretación del inciso 2º del artículo 360 de la Constitución, en el siguiente sentido:

> *"(…) De la anterior disposición se concluye que la explotación de recursos naturales no renovables puede generar diferentes rentas en cabeza del Estado. Primero, la explotación de los mencionados recursos genera obligatoriamente una regalía en cabeza del Estado. Segundo, los contratos perfeccionados con el objeto de adelantar actividades relacionadas con la explotación de recursos naturales no renovables, pueden acordar también a favor del Estado, unas rentas llamadas (i) compensaciones o (ii) derechos. Tercero, con base en las normas superiores relativas a la potestad impositiva del Estado, a estas rentas se pueden sumar las tributarias, de conformidad con lo que establezca la ley dentro del marco de la Constitución"*[2] (Subrayado fuera de texto).

En relación con las referidas contraprestaciones, que como se vio también pueden tener origen contractual o convencional, el Ministerio de Minas ha manifestado lo siguiente:

> *"Consagra el artículo 360 de la Constitución Política que La explotación de un recurso natural no renovable causará, a favor del Estado, una contraprestación económica a título de regalía, sin perjuicio de cualquier otro derecho o compensación que se pacte.*

[2] Corte Constitucional Sentencia C-251 de 2003

FIRMA RECIBIDO:	FECHA RECIBIDO:

Por su parte, la ley 141 de 1994 contempla el régimen a las regalías y compensaciones por la explotación de recursos naturales no renovables realizadas en sus respectivos territorios.

Así las cosas concluimos, que la norma constitucional al referirse a contraprestaciones económicas, hace relación al género, y como especies de éste género los derechos y compensaciones que se pacten, y las regalías."[3] (Subrayado fuera de texto)

Esta misma autoridad, en otra oportunidad expresó:

"Sobre su primera inquietud, en cuanto a que se pueda confundir la contraprestación que se establezca con la regalía, esta oficina encuentra válidos los argumentos expuestos en su escrito, toda vez que las diferencias entre uno y otro concepto son evidentes. Las regalías son contraprestaciones que el particular debe pagar por la obtención del derecho a explotar un recurso natural no renovable, de propiedad de la Nación, su origen es constitucional y tienen una destinación específica.

Por su parte, las contraprestaciones económicas se definen como las sumas o especies que recibe el Estado por la explotación de los recursos naturales no renovables, siendo ésta una expresión genérica que comprende las regalías, las compensaciones, las participaciones y cualquier otro derecho que se pacte"[4]. (Subrayado fuera de texto).

En relación con las regalías, la jurisprudencia constitucional las ha definido como una contraprestación que se causa por la explotación de los recursos naturales no renovables de propiedad del Estado, que los recibe por conceder el derecho a explotar dichos recursos. La ley las define como "*un porcentaje fijo o progresivo, del producto explotado objeto del título minero y sus subproductos, calculado o medido al borde o boca de mina, pagadero en dinero o en especie*"[5] y distribuible de acuerdo a las prescripciones normativas aplicables.

Respecto de las compensaciones, mediante sentencia C-1160 de 2000, la Corte Constitucional expresó:

"(…) Así las cosas, si se tiene en cuenta que "...las entidades territoriales, a pesar de no ser propietarias de las regalías y compensaciones causadas por la explotación de recursos naturales no renovables o del transporte de los mismos o de sus derivados, tienen derecho a participar en las mismas..."[6]*, y que los derechos de participación de ellas sobre la regalías deben ser "determinados por la ley", se concluye que el legislador está autorizado para señalar su destinación sin violar con ello, ni la autonomía territorial, ni lo*

---

[3] Ministerio de Minas y Energía concepto con radicado No. 2011001877 del 17 de Enero de 201
[4] Ministerio de Minas concepto con radicado No. 200701678617-de 2007.
[5] Artículo 227 del Código de Minas Ley 685 de 2001.
[6] Corte Constitucional Sentencia C-299 de 1999, M. P. Dr. Fabio Morón Díaz.

FIRMA RECIBIDO:	FECHA RECIBIDO:

dispuesto en el artículo 360 superior"[7].

La Corte ha distinguido entre las compensaciones y las regalías afirmando que "*no es posible asimilar las regalías y las compensaciones a que alude el artículo 360 de la Carta Política.*"[8], aunque del texto constitucional se deduzca que las compensaciones que se pacten son, al igual que las regalías, contraprestaciones causadas a favor del Estado.

A diferencia de las regalías, las compensaciones tienen su fuente en un pacto y, por lo tanto, su fundamento es el acuerdo de voluntades, en las condiciones y dentro del marco fijado por el legislador, por lo que su origen y su medida no residen en un daño sino en el encuentro de las voluntades de las cuales surge el pacto. Al respecto, la misma Corte Constitucional en sentencia C 251 de 2003[9], ha expresado que se infiere que las compensaciones a que hace referencia el artículo 360 de la Carta cumplen la función de compensar el concurso de un ente estatal en el proceso de explotación del recurso de propiedad del Estado, por lo que su función corresponde con la definida en el contrato, dentro del marco de la Ley y la Constitución. En la referida sentencia se señaló:

> *"En sentencias anteriores, esta Corporación ha señalado que puede existir una relación entre la compensación pactada y algún tipo de daño. Es así como la Corte afirmó que las compensaciones son "una contraprestación que busca resarcir los daños, perjuicios o el deterioro que sufran los municipios no productores de esos recursos, por cuyas jurisdicciones atraviesen los oleoductos y gasoductos", en un caso en el cual declaró exequible una norma que cedía el impuesto de transporte por gasoductos y oleoductos en favor de las entidades territoriales, a los municipios no productores, y en la cual sostuvo que tales recursos tributarios "se configuran en una forma de compensación. No obstante, la Corte también ha advertido que la compensación de una consecuencia negativa no se reduce a mitigar un daño. La Corte ha establecido que las actividades en torno a la explotación de recursos naturales no renovables pueden tener diferentes consecuencias negativas. Así, se ha resaltado que éstas pueden manifestarse en diferentes ámbitos como, por ejemplo, en "impactos sociales, económicos o ecológicos, muchas veces irremediables, a causa de las actividades de explotación y transporte de los recursos naturales no renovables o de sus derivados"–.*
>
> *Pero la Corte también ha precisado que la relación entre compensación y consecuencia negativa no es necesaria, puesto que las compensaciones obedecen no a un impacto indeseable sino "al concurso del ente respectivo" en el proceso de la explotación del recurso, de tal forma que cada ente puede estimar el valor de ese concurso, dentro del marco señalado por la ley, sin limitarse a apreciarlo a la luz de las consecuencias negativas que generó la explotación. El ente estatal puede valorar su concurso a partir de criterios diferentes y más amplios que los de daño o perjuicio. Por eso, la Corte ha sostenido que*

---

[7] Corte Constitucional Sentencia 1160 de 2000 septiembre seis (6) de dos mil (2000).Fabio Morón Diaz

[8] Corte Constitucional Sentencia C-127 de 2000, MP Álvaro Tafur Galvis, en la cual la Corte declaró exequible una expresión contenida en el artículo 26 de la ley 141 de 1994 que cedía el impuesto de transporte por gasoductos y oleoductos a los municipios no productores. En el mismos sentido ver la sentencia C-036 de 1996 (MP José Gregorio Hernández Galindo)

[9] Corte Constitucional Sentencia C 251 de 2003 MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

(...) el derecho a obtener compensación no necesariamente proviene de la participación en las regalías ni emana del carácter de productora que tenga la correspondiente entidad territorial, o el puerto marítimo o fluvial. Se compensa el concurso del ente respectivo en la totalidad o en alguna etapa del proceso que surge a propósito de la exploración, explotación, transporte y transformación de los recursos naturales no renovables. Bien puede ocurrir que un municipio que a la vez sea productor y tenga la condición de puerto marítimo o fluvial perciba, además de la participación en las regalías, una compensación con motivo de su contribución al transporte del recurso explotado o de los productos que de él se extractan o derivan, como también puede acontecer que se reciba la compensación sin tener el carácter de productor y, por lo tanto, sin derecho alguno a participar en las regalías

La Carta dispone que la compensación, en sentido estricto, tiene origen en un pacto. Adicionalmente, del texto constitucional se deduce que las compensaciones que se pacten son, al igual que las regalías, contraprestaciones causadas a favor del Estado. Sin embargo, a diferencia de las regalías, las compensaciones no son una contraprestación directa por el agotamiento gradual derivado de la explotación del recurso natural no renovable que pertenece al Estado. La compensación es el objeto de una obligación cuya fuente es un contrato mediante el cual se pactan las sumas que el Estado recibirá por su concurso en el proceso de explotación de un recurso. Ello puede comprender pero no tiene que limitarse a prestaciones que equilibrarían o mitigarían las consecuencias negativas de la explotación de unos recursos naturales no renovables. Además, esta consecuencia negativa no tiene que ser un daño, puesto que puede consistir, por ejemplo, en una carga que se ha debido soportar, un riesgo que se debe afrontar, o una necesidad o expectativa que es preciso atender. Quien debe pagar dicha obligación es la persona contratada para explotar el recurso natural no renovable".

Conforme a los pronunciamientos contenidos en la sentencia citada anteriormente, la Corte Constitucional llegó a la siguiente conclusión "*la Constitución permite que los beneficios provenientes de las compensaciones puedan asignarse a entidades distintas de los municipios y departamentos. Esto, debido a que la Constitución no indica, a diferencia de lo que sucede con las regalías, un tipo de destinatario exclusivo ni excluye a ninguna entidad como posible receptora de las compensaciones*"[10]

Así las cosas, del análisis sistemático de la normativa y de los pronunciamientos citados, se evidencia que existen diferentes clases de contraprestaciones económicas enunciadas desde la Constitución Política, cada una de ellas con un mayor o menor desarrollo legislativo y jurisprudencial, que difieren en su origen y destinación de acuerdo a la naturaleza que les asiste, así, se tiene que las regalías son contraprestaciones de carácter obligatorio en los contratos de concesión por expresa disposición legislativa, y cuya destinación se encuentra detallada y definida también por el legislador, por lo

[10] En esta sentencia se analizó específicamente la posibilidad de que ECOCARBON y MINERCOL fueran destinatarios de las compensaciones pactadas , frente a lo cual se manifestó: *De lo anterior se aprecia que las funciones de las empresas industriales y comerciales del estado mencionadas están dirigidas al desarrollo de actividades de explotación del recurso en cada caso y al fomento del sector dentro del cual se inscriben sus actividades. Por lo tanto, la destinación de rentas por compensaciones a estas empresas no es manifiestamente irrazonable*

que corresponde a las partes acoger la normativa aplicable y cumplir con estricto apego las disposiciones aplicables; mientras que las compensaciones no surgen de la iniciativa legislativa sino que se fundan en el acuerdo de voluntades, pero una vez se pacten deberán acatar la distribución definida en la ley.

Al respecto, la extinta MINERCOL mediante concepto No 7535 del 16 de octubre de 2001 se refirió al régimen aplicable a las contraprestaciones económicas definidas en el contrato de concesión en virtud de aporte estableciendo:

> *"las entidades públicas titulares de aportes mineros, es decir, establecimientos públicos o empresas estatales, del orden nacional, están autorizadas para pactar en ejercicio del régimen contractual previsto constitucional y legalmente, contraprestaciones económicas con sujeción a la ley de regulación de las condiciones de explotación de los recursos naturales no renovables, de esta manera, cuando una contraprestación se encuentre prevista en la ley para una etapa determinada , así hará de consignarse contractualmente, y procederse a su liquidación y distribución en los términos allí consignados. La actitud omisiva de la ley significará que se ha dejado en libertad a la entidad contratante y que los derechos de ésta predominan sobre los de cualquier eventual beneficiario (...)"*[11]

Existe otra clase de contraprestaciones económicas, o rentas del Estado denominadas constitucionalmente como "derechos" cuyo origen y destinación pueden pactarse por las partes en consideración al principio de la autonomía de la voluntad que rige los contratos en virtud de aporte, y cuya habilitación proviene del significado de la expresión "derecho o compensación que se pacte" utilizada por el artículo 360 de la Constitución, que en concordancia con el artículo 1602 del Código Civil[12] le da una categoría superior al pacto entre las partes, que no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

Mediante Concepto No 03884 del 15 de mayo de 2001 MINERCOL reiteró la definición de derecho en el contrato de concesión en virtud de aporte como

> *"la contraprestación económica que negocia la entidad contratante a cargo del contratista y a favor suyo como reconocimiento, ingreso o utilidad por la administración del título minero, en el giro normal de sus negocios"*[13].

Al respecto, es preciso mencionar que el principio de la autonomía de la voluntad abarca la libertad de las partes de realizar actos jurídicos, con sujeción a las normas que los regulan en cuanto a validez y eficacia, considerando las limitaciones impuestas por el orden público y por el derecho ajeno, dichas estipulaciones son válidas y obligatorias para

---

[11] MINERCOL. Concepto No 1011-7535 del 16 de Octubre de 2001 con fundamento en el pronunciamiento del Consejo de Estado en la Adición No 889 de enero 16 de 2001.

[12] Código Civil Artículo 1602 "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

[13] MINERCOL Concepto 1011-03884 del 15 de Mayo de 2001.

las partes[14].

En este orden de ideas, esta Oficina Asesora considera que resultaba posible pactar obligaciones a cargo del concesionario que generaran contraprestaciones con destinación definida para el Estado, distintas de las regalías y compensaciones, siempre que se cumplan los requisitos legales previstos para la validez del pacto, esto es, capacidad, consentimiento, objeto lícito, causa lícita y el cumplimiento de los requisitos o formalidades impuestas por la naturaleza de la obligación[15]. Dichas contraprestaciones distintas de las regalías y compensaciones se rigen estrictamente por el pacto en lo relacionado con su origen, destinación, distribución y liquidación, si fuere del caso.

Finalmente, debe entenderse que la referencia que se haga sobre las diferentes modalidades de contraprestaciones económicas en cada uno de los contratos de concesión suscritos por el Estado debe interpretarse, conforme a las disposiciones legales que le sean aplicables, y a la voluntad de las partes inmersa en cada una de las cláusulas contractuales

II. Naturaleza jurídica del contrato en virtud de aporte 285 de 1995 y régimen legal aplicable

De conformidad con la información recibida del Grupo de Regalías el contrato No 285 de 1995, se suscribió el día 28 de diciembre de 1995, y fue posteriormente inscrito en el Registro Minero el día 24 de abril de 1997, por lo que la fecha de su perfeccionamiento ocurrió en vigencia del Decreto 2655 de 1988, que es la normativa aplicable a éste contrato en virtud de lo previsto en el artículo 46 de la Ley 685 de 2001 según el cual: *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*[16], concordante con lo previsto en el artículo 38 de la Ley 153 de 1987 que dispone que *"en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración"*

El documento objeto de revisión es un contrato de gran minería celebrado para la exploración – explotación carbonífera con explotación anticipada suscrito entre la Empresa Colombiana Carbón Ltda. ECOCARBON, empresa industrial y comercial del Estado, vinculada al Ministerio de Minas y Energía, por una parte, y Carbones del Caribe S.A, por otra, quien cedió el contrato a la sociedad La Jagua Coal Company S.A., mediante Otrosí No. 1 suscrito el 27 de diciembre de 2004, que actualmente se denomina Carbones de la Jagua S.A., sobre un área ubicada en la jurisdicción de La Jagua de Ibirico, Departamento del Cesar, y que hace parte de un área de mayor extensión otorgada por el Ministerio de Minas y Energía y cedida por CARBACOL a ECOCARBON a título de aporte.

---

[14] Lo anterior aunado con lo dispuesto en el artículo 58 del Decreto 2655 de 1988 según el cual los contratos minero deberán interpretarse de acuerdo a lo previsto en sus correspondientes cláusulas

[15] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de Agosto 20 de 1971.

[16] Artículo 46. *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

De acuerdo con lo mencionado, se tiene que el contrato No 285 de 1995 se enmarca en la regulación del artículo 52 del antiguo Código de Minas -Decreto 2655 de 1988-, que disponía:

> *"Artículo 52 Contratos con terceros: La entidad titular del aporte podrá explorar y explotar el área o parte de ella, directamente o mediante contratos con terceros. Igualmente podrá aportar el derecho temporal a realizar dichas actividades como pago de acciones, cuotas o partes de interés que suscriba o tome en sociedades, en las condiciones establecidas en el Código de Comercio*
> *(...)*
> *Las características, condiciones y requisitos de estos contratos con terceros, serán las previstas en el Capítulo IX de este Código"*[17]

El referido Decreto 2655 de 1988, prevé en su artículo 213 las contraprestaciones económicas que se derivan del derecho de explotación minero:

> *"Articulo 213. Clases de Contraprestación Económica. Las contraprestaciones económicas son de cuatro clases.*
>
> *- Canon superficiario.*
> *- Regalías.*
> *- Participaciones.*
> *- Impuestos específicos.*

Sin embargo, el capítulo IX del Decreto 2655 de 1988, al que hizo referencia el artículo 52 antes transcrito, en su artículo 79 dispuso que los contratos que celebren las empresas industriales y comerciales del Estado, vinculadas al Ministerio de Minas, cuyo objeto sea explorar y explotar áreas recibidas en aporte, son administrativos y sus cláusulas serán las que se acuerden en cada caso. Así mismo, precisa que si los mismos versan sobre Gran Minería se ceñirán a las pautas y criterios generales de los artículos 82 y 87 de la misma normativa.

En la misma línea el artículo 84 del Decreto 2655 de 1988, estableció otras contraprestaciones económicas aplicables a dichos contratos:

---

[17] Decreto 2655 de 1988 "por el cual se expide el código de minas" Artículo 52

FIRMA RECIBIDO:	FECHA RECIBIDO:

"Artículo 84 Contraprestaciones Económicas: En los contratos de gran minería las contraprestaciones económicas en favor de la entidad descentralizada y a cargo del contratista, deberán acordarse en condiciones que reflejan en todo tiempo una retribución equitativa al disfrute del derecho a aprovechar el recurso natural no renovable de propiedad nacional y con procedimientos y sistemas de comprobación y liquidación que aseguren su control efectivo (...):"

Dichas contraprestaciones conforme a lo previsto en el mismo artículo podrían revestir entre otras las siguientes modalidades: Participación porcentual progresiva, Ingresos por participación, opción de participar, pago de derechos de entrada o prima de contratación, pago de cánones superficiarios etc. con la aclaración, en el inciso final, de que ***"la enumeración de estas modalidades es enunciativa y en cada caso podrán acordarse en forma concurrente o alternativa o sustituirse por otras, equivalentes o similares"***[18] (Negritas fuera de texto)

Así las cosas, vale la pena mencionar que en la figura del contrato en virtud de aporte, la interpretación sobre la destinación, valor y demás condiciones específicas de las contraprestaciones económicas pactadas, debe realizarse con apego a la expresión de voluntad contenida en el pacto particular entre la entidad descentralizada y el tercero, salvo que se trate de aquellas cuya regulación expresa está contenida en la ley, como es el caso de las regalías o compensaciones.

En este entendido, se llevará a cabo el análisis de la cláusula Trigésima Tercera del contrato en virtud de aporte No 285 de 1995 en la que se estipula:

"Trigésima Tercera: 33.1 Derechos Económicos.- Sin perjuicio de los establecido en la Constitución Política y en la Ley 141 de 1994, EL CONTRATISTA pagará trimestralmente a ECOCARBÓN ***como derecho económico por la administración, seguimiento y control del contrato,*** *una suma equivalente al tres por ciento (3%) del precio en boca de mina, fijado por el Ministerio de Minas y Energía para el carbón de exportación o consumo interno, según el destino de la producción, por tonelada de carbón producida desde el perfeccionamiento del presente contrato.*

En primer lugar, se tiene que las partes pactaron diferentes contraprestaciones económicas e impuestos, como la contenida en cláusula Trigésimo Segunda del mencionado contrato que se titula "Regalías y Contribuciones"[19] y que se diferencia de la cláusula trigésima tercera en la naturaleza de contraprestación económica que contiene, para el efecto, es preciso emplear la interpretación sistemática de las estipulaciones contractuales[20] la cual tiene por objeto "extraer del

[18] Inciso Final artículo 84 del Decreto 2655 de 1988 "por el cual se expide el Código de Minas"

[19] Cláusula Trigésimo Segunda *Regalías, Impuestos y Contribuciones: El contratista deberá pagar a la entidad designada por el Ministerio de Minas y Energía, las regalías de que trata el artículo 16 de la ley 141 de 1994 o el que la sustituya, equivalente al porcentaje fijado por la ley. Igualmente serán de cargo del contratista, los impuesto o gravámenes del orden nacional, departamental o municipal que indirectamente se lleguen a derivar de la actividad que realiza*

[20] El Artículo1622 del código Civil, señala: "INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA *Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras*

FIRMA RECIBIDO:	FECHA RECIBIDO:

texto de la norma un enunciado cuyo sentido sea acorde con el contenido general del ordenamiento al que pertenece[21], y que aplicada sobre el caso en concreto permite determinar que dado que en el documento contractual ya existe un pacto previo a la cláusula trigésimo tercera que regula las rentas del Estado por concepto de regalías, las cuales se remiten a la ley en lo atinente a su liquidación y distribución, la voluntad de las partes respecto de la cláusula trigésimo tercera está dirigida a convenir una modalidad diferente de contraprestación económica.

En segundo lugar, del contenido gramatical de la cláusula trigésimo tercera se extrae que no sólo su origen proviene del pacto expreso entre las partes, sino también su destinación, que es diferente de la prevista en la Constitución y en la ley 141 de 1991 y 1530 de 2012 para las regalías y compensaciones, según se desprende de la expresión "*Sin perjuicio de los establecido en la Constitución Política y en la Ley 141 de 1994"* de la misma cláusula. *(Subrayas fuera de texto).*

Así las cosas, debe entenderse que fueron las partes del contrato quienes definieron la destinación de dichos recursos cuando estipularon que se trataba de un "***derecho económico por la administración, seguimiento y control del contrato"*** adicional a aquellas contraprestaciones que integran el sistema general de regalías y compensaciones, y destinándolo específicamente a *ECOCARBÓN como entidad contratante,* la cual tiene derecho a la mencionada contraprestación siempre y cuando de cumplimiento a las actividades contractualmente pactadas que, para el caso de la Agencia Nacional de Minería, se refiere al efectivo seguimiento y control que haga del contrato.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que la cláusula trigésimo tercera contiene todas las variables generadoras del pago como: el porcentaje del precio en boca de mina para el carbón según el destino de la producción, el plazo fijado para el pago, la base de liquidación, los documentos que deberá presentar el contratista para llevar a cabo la operación que defina el valor final de la contraprestación, y la verificación que la entidad a cargo de la administración, seguimiento y control del contrato debe llevar a cabo sobre la misma, así como los medios de pago y la mora del contratista, los cuales constituyen factores se estricta observancia para la Agencia.

En este sentido, esta Oficina Asesora recomienda previa la recepción del pago de la contraprestación pactada en la cláusula trigésima tercera verificar los presupuestos fijados en el contrato para que su causación, principalmente lo relacionado con el cumplimiento de las obligaciones de la Agencia en materia de administración, seguimiento y control del contrato, y los demás establecidos expresamente en el contrato.

---

dándosele a cada una el sentido que mejor le convenga al contrato en su totalidad. (Destacado fuera del texto) Podrán interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia. O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte."

[21] Congruente con lo aludido por, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de fecha siete de octubre de 1976, señaló: (...) *cuando en el contrato bilateral se señala el orden en que deben cumplirse las obligaciones contraídas por las partes, cada una de ellas debe ajustarse, en la ejecución de las mismas, a la forma y al orden convenidos. Y si se controvierten judicialmente por las partes las cláusulas contractuales y la manera como estas deben cumplirse, entonces le corresponde al juzgador desentrañar el sentido de las declaraciones de voluntad consignadas en la respectiva convención, para lo cual puede acudir a las pautas legales consignadas por el legislador, entre las cuales está la de que " las cláusulas de un contrato se interpretaran unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad" (art. 1622 del Código Civil.)*

FIRMA RECIBIDO:	FECHA RECIBIDO:

AGENCIA NACIONAL DE MINERÍA

MEMORANDO

PROSPERIDAD PARA TODOS

20141200074953

Finalmente, vale la pena concluir que los ingresos provenientes de los derechos económicos pactados en la cláusula trigésimo tercera del contrato en virtud de aporte No 285 de 1995 corresponden con aquellas rentas para el Estado cuyo origen y destinación corresponde fijarlas a las partes, quienes estipularon como finalidad de la contraprestación la administración, seguimiento y control del contrato, que para la fecha de perfeccionamiento le correspondía a ECOCARBON por ser la entidad descentralizada encargada de dichas actividades, pero que hoy en día concierne a la Agencia Nacional de Minería de conformidad con el artículo 3° del Decreto 4134 de 2011, máxime cuando dicha contraprestación hace parte de su patrimonio según lo previsto en el numeral 4 del artículo 5 ibidem, que establece: *"El patrimonio de la Agencia Nacional de Minería, ANM, estará conformado por (…) 4. Los recursos que reciba por concepto de canon superficiario o cualquier otra compensación o contraprestación de origen contractual."*

En los anteriores términos, esperamos haber resuelto sus inquietudes, señalando que el presente concepto se emite con base en la información suministrada y de conformidad con el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, por lo cual su alcance no es de obligatorio cumplimiento o ejecución.

Cordialmente,

ANDRÉS FELIPE VARGAS TORRES

Proyectó:ACJ
Revisó:AFV
Fecha de elaboración: 23/04/2014
Número de radicado que responde: *RAD_E*
Tipo de respuesta Total (x) Parcial( )

FIRMA RECIBIDO:	FECHA RECIBIDO: