



Bogotá D.C., 27-04-2021 16:45 PM

**RESERVADO**

**Asunto:** Respuesta a petición "*Modificación de contraprestaciones de los contratos de aporte*"

Cordial saludo.

Sea lo primero señalar, que en virtud del artículo 12 del Decreto – Ley 4134 de 2011, los pronunciamientos emitidos por la Oficina Asesora Jurídica de la Agencia Nacional de Minería están dirigidos a brindar una ilustración jurídica general, y no particular, sin perjuicio de las actuaciones que consideren pertinente las áreas misionales en cada caso concreto y de conformidad con sus competencias legales. Así mismo, el presente concepto es emitido en los términos establecidos en el artículo 28 de la Ley 1755 de 2015, razón por la cual carece de efectos vinculantes.

Aclarado lo anterior, daremos respuesta a las inquietudes planteadas en su solicitud de consulta, previas las siguientes consideraciones:

### **1. Del Contrato en virtud de aporte**

El contrato de aporte minero, se encuentra definido en el artículo 48 del Decreto - Ley 2655 de 1988, en los siguientes términos:

*"ARTÍCULO 48. APORTE MINERO. El aporte minero es el acto por el cual el Ministerio otorgará en sus entidades adscritas o vinculadas que tengan entre sus fines la actividad minera, la facultad temporal y exclusiva de explorar y explotar los depósitos o yacimientos de uno o varios minerales que puedan existir en un área determinada".*

Por su parte los artículos 52, 78 y 79 del mismo cuerpo normativo se refieren a los términos y condiciones de los contratos mineros celebrados por estas entidades, para la exploración y explotación de las áreas de aporte de conformidad con que en cada caso acuerden los interesados.

*"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. (Subrayado fuera del texto). (...)*

*Las características, condiciones y requisitos de estos contratos con terceros, serán las previstas en el capítulo IX de este Código".*

*"ARTÍCULO 78. LOS CONTRATOS MINEROS DE LOS ESTABLECIMIENTOS PÚBLICOS. Los contratos que celebren los establecimientos públicos adscritos al Ministerio de Minas y Energía, para explorar o explotar áreas que les hayan sido aportadas, son administrativos. Sus términos y condiciones serán los que en cada caso acuerden con los interesados. (Subrayado fuera del texto). (...)"*



*ARTÍCULO 79. LOS CONTRATOS MINEROS DE LAS EMPRESAS VINCULADAS. Los contratos que celebren las empresas industriales y comerciales del Estado, vinculadas al Ministerio de Minas y Energía, cuyo objeto sea explorar y explotar áreas recibidas en aporte, son administrativos y sus cláusulas serán las que se acuerden en cada caso. (...)" (Subrayado fuera del texto).*

De la lectura de las normas parcialmente transcritas, se puede señalar las siguientes características del sistema de aporte:

1. El aporte consiste en un derecho que otorgaba el Estado a través del Ministerio de Minas y Energía, a una entidad pública para explorar y explotar yacimientos mineros de propiedad estatal.
2. La exploración y explotación de los yacimientos de las áreas de aporte puede hacerse directamente por la entidad pública directamente, o mediante contratos con terceros.
3. Los contratos que celebren las entidades titulares de las áreas de aporte con los terceros se caracterizan por tener una amplia libertad para negociar los términos y condiciones de aquellos, esto es, por el ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad.
4. Los contratos que se celebren entre las entidades titulares y los terceros no se rigen por las normas de contratación estatal ordinaria.<sup>1</sup>

En ese orden de ideas, se tiene que los contratos en virtud de aporte son contratos de naturaleza especial que se celebran sobre las denominadas áreas de aporte, y cuyas condiciones generales están previstas en el Decreto 2655 de 1988, pero que en sus cláusulas específicas se rigen por lo pactado entre la entidad adscrita o vinculada al Ministerio de Minas y Energía y el tercero contratante. Así, es una figura jurídica en la que se cuenta con una amplia autonomía de las partes, en la que el clausulado del contrato se pacta bilateralmente<sup>2</sup>.

En este punto, es importante mencionar que de conformidad con lo establecido en el artículo 351 en concordancia con el artículo 14 de la Ley 685 de 2001, los contratos sobre áreas de aporte celebrados bajo el amparo del Decreto - Ley 2655 de 1988, permanecen vigentes, en especial los derechos y las obligaciones que hubieren pactado, así como lo relativo a la subrogación por causa de muerte, uno de los supuestos planteados en su comunicación.

Así las cosas, teniendo en cuenta que estos contratos de aporte se rigen fundamentalmente por el principio de la libre autonomía de la voluntad, lo cual permite a las partes contratantes reglamentar sus relaciones jurídicas, que les permiten detallar las etapas de los negocios jurídicos, pre contractual, contractual y post contractual, así como los derechos y obligaciones a los que se sujetarán durante la vigencia del contrato<sup>3</sup>. De esta manera, las partes pueden fijar lo relativo a la subrogación o cesión de los contratos por causa de muerte y la forma como deben cumplirse las obligaciones derivadas de esa relación contractual, relacionada con la explotación de los minerales. Así entonces, el cumplimiento de las obligaciones contractuales, como las contraprestaciones económicas, deberá ceñirse a lo previsto en el clausulado contractual.

**2. Del Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto Jurídico del 13 de agosto de 2009, Radicación No.: 11001-03-06-000-2009-00033-00 (1952), Consejero Ponente Enrique José Arboleda Perdomo.**

<sup>1</sup> Concepto Oficina Asesora Jurídica ANM 20181200263843 del 12 de febrero de 2018

<sup>2</sup> Ver concepto Oficina Asesora Jurídica ANM 20191200273391 del 19 de diciembre de 2019.

<sup>3</sup> Ibídem.



Radicado ANM No: 20211230304811

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha sostenido que la modificación de los contratos estatales es un mecanismo con el que cuentan las entidades públicas para que la finalidad de estos prevalezca sobre los demás elementos que componen dichos negocios jurídicos, así:

*“En general, es válido afirmar que **la actividad de la administración está determinada por la realización de los fines que le son propios, no sólo en cuanto a los genéricos del Estado, sino de aquellos concretos que le son asignados a cada estructura pública.** La organización del Estado, los procedimientos, el reparto de competencias, la actuación material de sus agentes, etc., están concebidos para el cumplimiento de sus fines, como aparece en el artículo 2° de la Constitución Política.*

*La contratación estatal responde de múltiples maneras a ese mandato y, en cuanto al concepto que se emite, **se resalta que la posibilidad de modificar los contratos estatales es una especial forma de hacer prevalecer la finalidad del contrato sobre los restantes elementos del mismo.** Por mutabilidad del contrato estatal se entiende el derecho que tiene la administración de variar, dadas ciertas condiciones, las obligaciones a cargo del contratista particular, cuando sea necesario para el cumplimiento del objeto y de los fines generales del Estado.”*<sup>4</sup>(Resaltado fuera del texto).

De tal forma, es posible afirmar que para modificar un contrato estatal no se requiere únicamente la mera voluntad de las partes<sup>5</sup>, sino que es indispensable la ocurrencia de causas reales y ciertas que justifiquen la misma, pues aquella tiene una naturaleza excepcional, de conformidad con los principios de planeación y seguridad jurídica<sup>6</sup>.

Al respecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha establecido lo siguiente:

*“Con mucha frecuencia se justifica la modificación de los contratos estatales, con el argumento de que basta que las partes estén de acuerdo para ello, sin que sea necesario que exista una causa o fin determinado o una norma positiva que la regule.*

*(...)*

*Estima la Sala que la anterior argumentación según la cual por regla general cuando hay común acuerdo pueden modificarse los contratos estatales, no es de recibo, por las siguientes razones:*

*(...)*

*De lo expuesto, y a manera de solución al interrogante planteado, surgen estas dos ideas que han servido de hilo conductor al análisis que aquí se hace: **el mutuo acuerdo es una forma de modificación del contrato estatal, la más usada en la práctica y preferida por la legislación vigente; advirtiendo, y esta es la segunda idea, que toda modificación debe tener una causa real y cierta, contemplada en la ley, diferente de la mera voluntad de los contratantes.**”*<sup>7</sup> (Resaltado fuera del texto).

De acuerdo con lo anterior, se puede afirmar que los contratos estatales pueden ser objeto de modificación, pero la misma, debe tener una causa real y cierta, diferente a la mera voluntad de las partes.

4 CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto jurídico del 13 de agosto de 2009. Radicación No.: 11001-03-06-000-2009-00033-00(1952). Consejero Ponente Enrique Jose Arboleda Perdomo.

5 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”.

6 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-300 del 25 de abril de 2012. Referencia: expediente D-8699. Magistrado Ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

7 CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto jurídico del 13 de agosto de 2009. Radicación No.: 11001-03-06-000-2009-00033-00(1952). Consejero Ponente Enrique José Arboleda Perdomo



Radicado ANM No: 20211230304811

**2. Del Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto Jurídico del 25 de septiembre de 2012, Radicación No.:11001-03-06-000-2012-00079-00 (2122), Consejero Ponente Augusto Hernández Becerra.**

El señor Ministro de Minas y Energía formuló consulta al Consejo de Estado sobre la posibilidad de renegociar las condiciones económicas del Contrato de Exploración y Explotación No. 051-96M, ante lo cual el alto tribunal se pronunció de la siguiente manera:

*“En este orden de ideas, dada la particular naturaleza de esta figura contractual y pese a encontrarse regulado de manera general en el Decreto 2655 de 1988, las consideraciones a que haya lugar en relación con los contratos en virtud de aporte deberán desprenderse para cada caso particular de la lectura del clausulado propuesto por la entidad adscrita al Ministerio de Minas y Energía que haya negociado con el tercero contratante, toda vez que con esta figura contractual nuestro legislador quiso **dotar de mayor autonomía a las entidades concesionarias a la hora de suscribir contratos con terceros para desarrollar las actividades mineras en zonas aportadas.**”*

*(...)*

*“El contrato No. 051-96M **es renegociable en todos sus aspectos**, por las razones aquí expuestas, siendo deber constitucional del Gobierno velar porque este contrato, en sus términos, guarde armonía con los modernos estándares de la legislación minera y ambiental, y proteja eficazmente la integridad del patrimonio de la Nación y los derechos sociales implicados en la actividad de la gran minería.”* (Subrayado fuera del texto original)

En este sentido, el Consejo de Estado ha señalado que es posible la renegociación de los contratos en virtud de aporte siempre y cuando se privilegie el interés general sobre el particular.

**3. Del Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto jurídico del 2 de diciembre de 2015, Radicación No.: 11001-03-06-000-2015-00059-00 (2252), Consejo Ponente Álvaro Namén Vargas, respecto de la prórroga de los contratos.**

El Ministerio de Minas y Energía solicitó concepto al Consejo de Estado - Sala de Consulta Civil sobre la viabilidad de prorrogar el contrato de exploración y explotación minera No. 078-88 suscrito el 23 de agosto de 1988.

En esta oportunidad el Alto Tribunal se pronunció sobre la figura de la prórroga en los contratos celebrados en virtud del régimen de aporte, señalando que la misma no resulta extraña en materia administrativa y que se podía celebrar si constituía en cada caso concreto un medio adecuado, eficiente y obedeciera no solamente a la voluntad de las dos partes, sino, en especial, a la decisión consiente, informada, razonada y deliberada de la autoridad pública contratante, luego de evaluar las opciones jurídicas y de analizar cuidadosamente sus costos, riesgo, ventajas y, en general, sus pros y contras. A continuación, se transcriben algunos apartes de la sentencia:

*“(ii) Sin embargo, resulta en inconstitucional e ilegal la prórroga automática de tales contratos, porque desconocen varios principios que deben regir la actividad contractual de todas las entidades, órganos y organismos del Estado, como la libre competencia económica, el derecho de la persona de participar en la vida económica de la nación en igualdad de condiciones, la prevalencia del interés público, el deber de planeación y los principios de selección objetiva, economía, transparencia y eficiencia entre otros. (...)*

*(iv) En todo caso, tanto la decisión de prorrogar un contrato celebrado por alguna entidad pública,*



Radicado ANM No: 20211230304811

como la duración y las condiciones de dicha prórroga, deben obedecer a lo previsto en la Ley y a la aplicación de los principios generales que gobiernan la contratación estatal entre ellos el de planeación. En general, la prórroga puede celebrarse si constituye en cada caso concreto un medio adecuado, eficiente, económico y eficaz para realizar el interés público o general involucrado en el respectivo contrato, y no exclusiva ni principalmente para favorecer al contratista respectivo.

**(v) En consecuencia, la prórroga de cualquier contrato celebrado por una entidad estatal debe obedecer, no solamente a la voluntad de las partes, sino en especial, a la decisión consiente, informada, razonada y deliberada de la entidad pública contratante, luego de evaluar las opciones jurídicas que tenga a su disposición en cada caso, con relación a la terminación o a la continuación del contrato, y de analizar cuidadosamente sus costos, riesgos, ventajas y, en general, sus pros y contras.** (Subrayado fuera del texto original).

De tal forma, el Consejo de Estado destaca que para poder prorrogar el contrato en virtud de aporte es indispensable tener en cuenta los principios de la contratación estatal, los cuales señalan que la prórroga será posible, si ésta no se encuentra prohibida por la ley, no es automática, sucesiva, perpetua, y la ampliación del plazo resulta necesaria o adecuada para alcanzar la finalidad del interés público que busca con la ejecución del contrato. Además, se debe demostrar que, en esas condiciones, las obligaciones que el contratista adquiere y que justifican la prórroga que la Autoridad Minera otorga, atienden a temas mineros con las repercusiones sociales y ambientales que le son inherentes y que aumentan la responsabilidad social del titular minero.

Así mismo, el Consejo de Estado, en el mismo análisis, se refirió a lo manifestado por la Sala de Consulta y Servicio Civil, en el concepto N° 889 de 1996, dentro del cual se analizó los efectos jurídicos que la Constitución Política de 1991 y la Ley 141 debían generar en el contrato N° 078-88, celebrado entre Carboacol y Drummond, particularmente en lo referente al cálculo y pago de las regalías. A este respecto se afirmó:

*“Por todo ello, la Sala estima que las regalías del 15% pactadas en el contrato No. 078/88 (ECO-CARBON - DRUMMOND), participan de los elementos esenciales de la descripción contenida en el inciso segundo del artículo 25 de la ley 141 de 1994 y deben distribuirse en su integridad entre los beneficiarios a que se refiere el artículo 32 de la misma ley y en los porcentajes allí señalados.*

*En cuanto a compensaciones, en dicho contrato se pactaron las siguientes: canon superficiario (que ya cumplió su función), una partida de dos millones de dólares para desarrollo regional, que está siendo pagada en cuotas anuales de doscientos mil dólares, y participación en las ganancias. Respecto de esta última, que es la única que subsiste, lo pertinente es que sea liquidada y pagada de conformidad con las respectivas cláusulas del contrato y distribuida en la forma indicada por el artículo 40 de la ley 141 de 1994.*

**La Sala responde:**

*Teniendo en cuenta el marco jurídico con fundamento en el cual se pactaron las contraprestaciones económicas del contrato número 078/88, celebrado entre CARBOCOL (hoy ECO-CARBON) y la sociedad DRUMMOND LTD., así como una interpretación sistemática de la ley 141 de 1994, la tesis que se estima válida para efectos de hacer la distribución de las **regalías** dispuestas en la ley citada, consiste en considerar que las regalías contractuales coinciden con las regalías de la ley y que las mismas deberán distribuirse en la forma dispuesta por el artículo 32, ibídem, que asigna las derivadas de la explotación del carbón, según que las explotaciones sean menores o mayores de tres millones de toneladas anuales, a los siguientes beneficiarios :*



(...)"

Al respecto, la Sala, respecto de este concepto consideró:

*"(...) en el citado concepto, que la fórmula de liquidación y pago de las regalías pactada en el contrato N° 078-88, no solamente se ajustaba a las normas que se encontraban vigentes al momento de su celebración (1988), sino que también resultaba compatible con las disposiciones que en materia de regalías introdujo la Ley 141 de 1994, con fundamento en la Carta Política de 1991, debiéndose efectuar, en todo caso, la distribución de dichos recursos conforme a lo preceptuado por dicha ley y por aquellas que la han modificado.*

*Todo lo anterior debe entenderse sin perjuicio de que, ante la eventualidad de prorrogar el contrato y **con el fin exclusivo de mejorar la posición del Estado** en el citado negocio, la Agencia Nacional de Minería pueda solicitar a Drummond la revisión y renegociación de cualquiera de los elementos o factores que conforman la fórmula para la liquidación de las regalías estipulada en dicho contrato, a la luz de la realidad jurídica, económica y técnica actual, del grado de explotación del respectivo yacimiento carbonífero y de la situación del mercado local e internacional, entre otros factores."* (Negrilla fuera del texto original.

En dicho sentido, y dando respuesta al interrogante elevado por el Ministerio de Minas y Energía, en el sentido que si la Autoridad Minera Nacional Concedente, podía renegociar las condiciones económicas, técnicas, sociales y ambientales inicialmente acordadas en el contrato 078-88 para hacerlas más favorables al Estado, incluyendo la posibilidad de cobro de contraprestaciones económicas (fuera de las regalías) adicionales a las inicialmente pactadas, el Consejo de Estado concluyó:

*"Teniendo en cuenta que no es obligatorio para el Estado colombiano prorrogar el citado contrato, ni hacerlo por treinta (30) años o por un plazo inferior, **las partes pueden revisar y renegociar los términos y condiciones estipulados en el contrato 078-88, incluyendo las condiciones ambientales, económicas, técnicas, operativas y sociales aplicables a dicho acto jurídico, para hacerlas más favorables al Estado.***

*En todo caso, en dicha renegociación deberán tenerse en cuenta y respetarse las normas de orden público y de carácter imperativo que regulan hoy en día la actividad minera ejecutada por el sistema de concesión, incluyendo las disposiciones ambientales que resulten aplicables."*

En tal sentido, y de conformidad con la solicitud, me permito dar respuestas a sus interrogantes:

1. *¿Es modificable el clausulado de los contratos de aporte, incluidas las contraprestaciones?*

**RI:** De conformidad con lo analizado y definido por la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, el clausulado de los contratos en virtud de aporte son renegociables en todos sus aspectos, siempre y cuando, además de buscar una mejor posición del Estado dentro del negocio jurídico, se privilegie el interés general sobre el particular y cuando sea necesario para el cumplimiento del objeto y de los fines generales del Estado.

2. *¿Cómo debe la ANM evaluar el beneficio para el Estado derivado de una modificación? ¿Los beneficios sociales para la comunidad deben (sic) ser tenidos en cuenta en esta evaluación?*



Radicado ANM No: 20211230304811

**R/:** De conformidad con lo expuesto, y de acuerdo a lo manifestado por la jurisprudencia relacionada en el presente escrito, la Agencia evalúa las condiciones de modificación, teniendo en cuenta los aspectos técnicos, legales, ambientales, sociales y económicos, para poder adoptar la decisión consiente, informada, razonada y deliberada por parte de esta entidad, luego de evaluar las opciones jurídicas que tenga a su disposición en cada caso, y de analizar cuidadosamente sus costos, riesgos, ventajas y, en general, sus pros y contras, además de analizar si dicha modificación resulta necesaria o adecuada para alcanzar la finalidad del interés público que busca con la ejecución del contrato.

En ese mismo orden, se debe demostrar que, en esas condiciones, las obligaciones que el contratista adquiere y que justifican la modificación contractual, atienden a temas mineros con las repercusiones sociales y ambientales que le son inherentes.

Respecto del segundo interrogante, es decir, sobre si los beneficios sociales para la comunidad son tenidos en cuenta para la evaluación, me permito informar que, tal y como se relacionó anteriormente, dichos aspectos sociales hacen parte de los elementos que se deberán analizar, pero no el único, para adoptar una decisión en cada caso en particular.

Cordialmente,



**JUAN ANTONIO ARAUJO ARMERO**  
Jefe de la Oficina Asesora Jurídica

Anexos: 0

Copia: "No aplica".

Elaboró: Laureano Cerro – Asesor Oficina Asesora Jurídica 

Revisó: No aplica

Fecha de elaboración: 27-04-2021 16:34 PM .

Número de radicado que responde: N/A

Tipo de respuesta: Total

Archivado en: Correspondencia Conceptos Jurídicos