



Memorando

Bogotá, D.C.

PARA: Adwar Moises Casallas Cuellar

Dirección De Hidrocarburos

DE: Oficina Asesora Jurídica

ASUNTO: Respuesta a su memorando 3-2024-012291 del 22-04-2024 “Solicitud Aclaración Contrato de Estabilidad Jurídica EJ 09-2010”.

Nos referimos al memorando citado en el asunto, mediante la cual solicita concepto relacionado con el Contrato de Estabilidad Jurídica EJ 09 de 2010 suscrito entre el Ministerio de Minas y Energía y Ecodiesel Colombia S.A., el 30 de julio de 2010, especialmente, frente al cálculo de las primas de estabilidad jurídica aplicables al contrato.

En particular, desde la Dirección de Hidrocarburos se requiere concepto acerca del (i) porcentaje de prima aplicable, en especial, en virtud de lo indicado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público en la Resolución 1732 del 22 de junio de 2012, (ii) la aplicación de ajuste y pago de retroactivo, si hubiese lugar a reliquidación, (iii) los periodos a los que aplicaría dicho ajuste, hasta la fecha, (iv) el cobro de intereses moratorios, y (v) el responsable de emitir la liquidación de la prima de estabilidad jurídica para cada vigencia.

1. Información del Contrato de Estabilidad Jurídica EJ 09 de 2010

1.1. Información general del Contrato

La cláusula primera señala que el objeto del Contrato es la construcción de una planta de producción de biodiesel de 100.000 toneladas año en la ciudad de Barrancabermeja, complejo industrial de Ecopetrol S.A. Señala que vincula a la agroindustria de la palma de aceite de la región del Magdalena Medio, a través de la obtención del aceite crudo de palma de las siete fincas extractoras de propiedad de



los socios, las cuales procesarán 917.126 toneladas / año de fruto de palma. Involucra procesos que van desde el cultivo hasta la transformación de la palma de aceite.

En la citada cláusula se dispone que la Nación, por su parte, garantiza la estabilidad jurídica sobre las normas identificadas como determinantes para la inversión, señaladas en la cláusula tercera del contrato, que son las normas del Régimen Franco y Estatuto Aduanero (Ley 1004 de 2005, artículo 5; Decreto 2685 de 1999, artículo 406), Disposiciones Tributarias (Ley 939 de 2004, artículos 1 y 2 (con la precisión hecha por la DIAN dado que se trata de una disposición con vigencia limitada).

Firma del contrato: 30 de julio de 2010.

Acta de inicio: 24 de septiembre de 2010.

La cláusula segunda del contrato señala que el monto total de la inversión corresponde a \$70.059.000.000, ejecutada en su totalidad en 2009.

La cláusula décima señala que el contrato tendrá una duración de 15 años, contados a partir de la suscripción de las partes del Acta de Inicio del Contrato, término que corresponde a la vigencia prevista en la Resolución 5686 del 27 de junio de 2008 expedida por la DIAN, que declaró para Ecodiesel Colombia S.A. la denominada Zona Franca Permanente Especial Ecodiesel Colombia.

1.2. Prima de estabilidad jurídica en el CEJ 09 de 2010

De acuerdo con lo señalado en la cláusula séptima, el contratista pagará a la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público por concepto de la prima de estabilidad jurídica, 0,5% del valor de la inversión, es decir \$350.295.000,00, conforme lo establece el artículo 5 de la Ley 963 de 2005.

1.3. Normatividad aplicable

La cláusula décima cuarta dispuso que el contrato se sujetó lo establecido en la Ley 963 de 2005 y los Decretos 2950 de 2005 y 1474 de 2008, así como las demás normas que las sustituyan, modifiquen o deroguen. Es importante mencionar que el régimen de estabilidad jurídica fue derogado por el artículo 166 de la Ley 1607 de 2012.

2. Referencias normativas y jurisprudenciales sobre la vigencia y la aplicación de las normas, en particular frente al Contrato de Estabilidad Jurídica EJ 09 de 2010.

Ministerio de Minas y Energía

Reporte cualquier irregularidad en el correo electrónico lineaetica@minenergia.gov.co

Dirección: Calle 43 No.57 – 31 CAN, Bogotá D.C., Colombia

Conmutador: (60) +1 220 0300

Línea Gratuita: 01 8000 910 180



En la medida en que la consulta de la Dirección de Hidrocarburos sugiere la necesidad de tener claridad sobre la normatividad que aplicaría al cálculo de la prima de estabilidad jurídica, en especial, frente a la expedición de la Ley 1450 de 2011, que modificó la Ley 963 de 2005, es preciso traer a colación algunas consideraciones de orden normativo y jurisprudencial sobre la vigencia y la aplicación de las normas que sustentan la base legal de los contratos de estabilidad jurídica.

La Ley 963 de 2005 fue promulgada el 8 de julio de 2005, estableciéndose en su artículo 5 lo siguiente:

“Artículo 5. Prima en los contratos de estabilidad jurídica. El inversionista que suscriba un contrato de estabilidad jurídica pagará a favor de la Nación -Ministerio de Hacienda y Crédito Público- una prima igual al uno por ciento (1%) del valor de la inversión que se realice en cada año.

Si por la naturaleza de la inversión, esta contempla un período improductivo, el monto de la prima durante dicho período será del cero punto cinco por ciento (0.5%) del valor de la inversión que se realice en cada año.”

Los artículos 3¹ y 5 de la Ley 963 de 2005 fueron modificados por los artículos 49 y 48 de la Ley 1450 de 2011, en ese orden. En la modificación del artículo 5 de la Ley 963 se introdujo un cambio sustancial respecto del valor de las primas en los contratos de estabilidad jurídica, señalando lo siguiente:

“Artículo 48. Prima en los contratos de estabilidad jurídica. El artículo 5 de la Ley 963 de 2005, quedará así:

“Prima en los contratos de estabilidad jurídica. El inversionista que suscriba un Contrato de Estabilidad Jurídica pagará a favor de la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público, una prima que se definirá sobre las normas tributarias que el Gobierno Nacional determine que sean sujetas de estabilización.

Para ello, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público gestionará, en un término de tres meses a partir de la aprobación de la Ley del PND, la elaboración y puesta en marcha de una metodología de definición de primas que refleje cada

¹ Frente al contenido del artículo 3 original, la Ley 1450 dispuso modificar el alcance del concepto de “inversiones nuevas” señalando que éstas serían aquellas que se realicen en proyectos que entren en operación con posterioridad a la suscripción del respectivo contrato, y ya no, únicamente, con posterioridad a la vigencia de la Ley 963.



uno de los riesgos asumidos por la Nación y las coberturas solicitadas por los inversionistas".

Ahora bien, al hacer un análisis respecto de la vigencia del artículo 5 de la Ley 963 de 2005 en su tenor original, se tiene que esta norma aún no había sido modificada por la Ley 1450 de 2011 al momento de la suscripción e inicio de la ejecución del Contrato de Estabilidad Jurídica EJ 09 de 2010; es decir, el 30 de julio y el 24 de septiembre de 2010, respectivamente.

Pues bien, el Código Civil en su artículo 11 señala que la ley es obligatoria y surte sus efectos desde el día en que en ella lo dispone y, en todo caso, después de su promulgación. Asimismo, el artículo 38 de la Ley 153 de 1887 dispone que en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración.

Los citados preceptos, apoyados en los pronunciamientos jurisprudenciales que se citarán a continuación, nos llevarán a concluir que no es procedente aplicar al cálculo de la prima del Contrato de Estabilidad Jurídica 09 de 2010, las reglas establecidas en el artículo 48 de la Ley 1450 de 2011, como se mencionó anteriormente.

En efecto, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-069 de 2019, se refirió a la irretroactividad en la aplicación de la ley en los siguientes términos:

"...Con fundamento en las normas constitucionales transcritas, puede afirmarse que la regla general en relación con los efectos de la ley en el tiempo es la irretroactividad, entendida como el fenómeno según el cual la ley nueva rige todos los hechos y actos que se produzcan a partir de su vigencia. De suerte que, si una situación jurídica se ha consolidado completamente bajo la ley antigua, no existe propiamente un conflicto de leyes, como tampoco se da el mismo cuando los hechos o situaciones que deben ser regulados se generan durante la vigencia de la nueva ley.

La necesidad de establecer cuál es el marco normativo que debe regir un determinado asunto, se presenta cuando un hecho tiene nacimiento bajo la ley antigua pero sus efectos o consecuencias se producen bajo la nueva, o cuando se realiza un hecho bajo la ley antigua, pero la nueva señala otras condiciones para el reconocimiento de sus efectos. La fórmula que surge del mencionado artículo 58 Superior para solucionar estos conflictos, como ya se dijo, es la de exigir el respeto por el principio de irretroactividad de la ley, pues a través de él se garantiza que se respeten los derechos legítimamente adquiridos bajo la ley anterior, sin perjuicio de que se afecten las meras expectativas. Esta regla opera bajo la excepción expresa que se prevé en el artículo 29 de la Carta, en la que se permite la aplicación



retroactiva de las leyes penales que sean favorables para el sindicado o el condenado.

Ahora bien, cuando se trata de situaciones jurídicas en curso, que no estén consolidadas ni que hayan dado lugar al surgimiento de derechos adquiridos al momento de entrar en vigencia la nueva ley, esta Corporación ha explicado que ella entra a regular esas situaciones en el estado en que se encuentren, sin perjuicio de que se respete lo ya surtido bajo la ley antigua. Este fenómeno se conoce con el nombre de retrospectividad. (...)

Por su parte, en la Sentencia C-207 de 2019, la Corte Constitucional hizo el siguiente pronunciamiento:

“...Por lo tanto, la aplicación retroactiva de la ley resulta extraña al ordenamiento constitucional, que dispone en general que ella solo entra a regir a partir de su puesta en vigencia, cobijando en adelante y por entero los fenómenos que se subsuman en sus supuestos jurídicos, en particular los contratos, en los que se entienden incorporadas las leyes vigentes al momento de su celebración. Esto implica también que las situaciones jurídicas consolidadas bajo el imperio de una ley se tornan intangibles frente a los cambios legales posteriores. (...)

Es por lo tanto evidente para esta Sala que la retroactividad de las normas en materia contractual es una excepción a la regla general, y que, si bien es una cuestión que hace parte de la libertad de configuración normativa del legislador, en lo que atañe a la contratación pública, está sometida a los límites propios del interés general, que como ya se ha expuesto, constituyen el objetivo y guía de toda la normatividad en la materia. En consecuencia, una norma que pretenda aplicarse de forma retroactiva a los contratos celebrados por el Estado debe tener una justificación basada en el interés público y acorde con los postulados constitucionales que se relacionan con esta actividad...”

En el mismo sentido, el Consejo de Estado también ha hecho mención sobre la aplicación de la ley vigente al momento de la celebración del contrato y hasta su terminación²:

3.2. Así las cosas, en materia de contratos imperan las reglas generales de la prohibición del efecto retroactivo y la supervivencia de la ley antigua. (...)

A su turno, en nuestro orden jurídico, a la par de que en la Constitución Política se garantizan los derechos adquiridos de acuerdo con la ley civil (art. 58 C.P.) con las excepciones en ella prescritas, noción dentro de la cual se comprenden los derechos que emanan de un contrato, en el artículo 38 de la 153 de 1887, se

² Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, sentencia del 11 de febrero de 2009, rad. No. 25000-23-31-000-2000-13018-01(16653).



consagra la regla de que en todo contrato se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, excepto las concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos resultantes del mismo (procesales) y las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado, que se castigará con arreglo a la ley vigente bajo la cual se hubiere cometido. (...)

Por lo demás, la citada norma jurídica, que obstruye el efecto general inmediato de una nueva ley y privilegia la irretroactividad de la misma en el ámbito de los contratos, se justifica en cuanto ellos no pueden estar sujetos a los constantes cambios o vaivenes de la Legislación, sino que deben gozar de estabilidad y seguridad, como presupuesto que genera confianza en los negocios y relaciones dentro del tráfico jurídico, y si bien puede ser reformada o alterada por una ley posterior que indique expresamente su retroactividad para determinado aspecto de algún tipo de contrato, ello constituye una excepción que debe estar fundamentada en razones de orden público o interés general.

En definitiva, la regla general es que a los contratos en lo relativo a sus elementos de existencia, validez y sus efectos (derechos y obligaciones), se les aplica la ley existente y que rige al momento de su nacimiento o celebración, lo cual implica que, en principio, la ley nueva no puede entrar a suprimirlos o modificarlos, so pena de una ilegítima retroactividad.

De otra parte, el artículo 34 (sic) de la Ley 153 de 1887, determina que los actos y contratos celebrados en vigencia de la norma antigua podrán demostrarse con los medios probatorios que esa norma establecía para su justificación (tempus regit actum), pero la forma de rendirse se sujeta a la nueva ley. (...)

En este orden de ideas, la regla de acuerdo con la cual se entienden incorporadas las normas existentes al tiempo de celebración del contrato, tiene por efecto que ellas se aplican durante toda la vida del contrato, es decir, hasta su terminación por agotamiento del plazo acordado y el de sus prórrogas celebradas.”.

3. Conclusiones

En virtud las consideraciones expuestas, las normas citadas y los apartes jurisprudenciales transcritos, es procedente señalar que el cálculo del valor de la prima aplicable al Contrato de Estabilidad Jurídica EJ 09 de 2010, suscrito entre el Ministerio de Minas y Energía y la sociedad Ecodiesel Colombia S.A., es el que se indica en la Cláusula Séptima del Contrato, en concordancia con lo establecido en el artículo 5 de la Ley 963 de 2005, sin la modificación del artículo 48 de la Ley 1450 de 2011.

De conformidad con lo expuesto, esta Oficina considera que no es procedente la aplicación de la Resolución 1732 del 22 de junio de 2012 “Por la cual se establece la



metodología para el cálculo de la prima en los contratos de estabilidad jurídica”, expedida en cumplimiento a lo establecido en el artículo 48 de la Ley 1450 de 2011, a través del cual se modificó el artículo 5 de la Ley 963 de 2005.

Lo anterior, por cuanto al no ser aplicable el artículo 48 de la Ley 1450 de 2011, consecuentemente no le sería aplicable la norma que reglamenta y/o desarrolla su tenor, en este caso, la Resolución 1732 del 22 de junio de 2012.

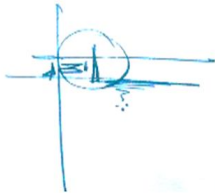
Finalmente, en relación con la consulta sobre el responsable de emitir la liquidación de la prima de estabilidad jurídica para cada vigencia, es preciso señalar que la Cláusula Décima Segunda del contrato EJ 09 de 2010 indica que la interventoría es ejercida por el Ministerio de Minas y Energía – Dirección de Hidrocarburos, dependencia que *“...verificará el cumplimiento de las obligaciones del INVERSIONISTA, con base en los informes de auditoría que le serán presentados al Ministerio cada año por el auditor. En los mismos se detallará el avance en las obligaciones consagradas en la cláusula quinta de este contrato.”*³.

Lo expuesto, se encuentra acorde con lo señalado en el numeral 7 del artículo 16 del Decreto 381 de 2012 que dispone que a la Dirección de Hidrocarburos le corresponde *“Expedir conceptos de estabilidad jurídica y zonas francas, relacionadas con el sector de hidrocarburos y hacer seguimiento a los Contratos de Estabilidad Jurídica existentes.”*. En consecuencia, será esa Dirección la encargada de liquidar la prima de estabilidad jurídica, como lo ha hecho en los diferentes contratos bajo su supervisión.

En los anteriores términos se emite el concepto solicitado, recomendando que las inquietudes que se puedan presentar sean evaluadas por el supervisor del contrato, con el apoyo del equipo técnico y jurídico de la Dirección de Hidrocarburos. De persistir las inquietudes, consideramos que éstas deberán presentarse al Comité de Estabilidad Jurídica para el análisis pertinente, conforme a las competencias previstas en el Decreto 2950 de 2005 y demás disposiciones aplicables.

Cordialmente,

³ Cláusula Décima Segunda del Contrato de Estabilidad Jurídica EJ 09 de 2010.



Jorge Eduardo Salgado Ardila
Jefe
Oficina Asesora Jurídica

Documento firmado electrónicamente amparado en las disposiciones referidas por la Ley 527 de 1999.
Radicado Padre: 3-2024-012291

Elaboró: Juan Guillermo Garzón Martínez
Revisó: Jorge Luis Yarce Tamayo, Yolanda Patiño Chacón
Aprobó: Jorge Eduardo Salgado Ardila