

ANÁLISIS TÉCNICO SOBRE EL OTROSÍ NO. 4 AL CONTRATO
NO. 051-96M SUSCRITO ENTRE LA AGENCIA NACIONAL MINERA –ANM-
Y LA EMPRESA CERRO MATOSO S. A.

TABLA DE CONTENIDO

1. ANTECEDENTES.....	3
2. CONSIDERACIONES GENERALES AL OTROSÍ.....	4
2.1. Sobre la propiedad de los recursos naturales no renovables.....	4
2.2. Sobre la aplicación de normas derogadas.....	7
2.3. Sobre explotación minera en las áreas de los contratos 866 y 1727.....	10
2.4. Sobre la consulta previa.....	10
2.5. Sobre la reversión de bienes acordada en los contratos 866 y 1727.....	13
3. CONSIDERACIONES SOBRE CLÁUSULAS ESPECÍFICAS DEL OTROSÍ.....	17
3.1. Sobre el inventario de bienes de los contratos 866 y 1727.....	17
3.2. Sobre la aplicación del régimen de transición en materia ambiental.....	17
3.3. Sobre la explotación de hierro en liga íntima con el níquel.....	18
3.4. Sobre el área contratada y las actividades de exploración.....	20
3.5. Sobre la prórroga del Contrato 051-96M por quince años más.....	23
3.6. Sobre las actividades relacionadas con el control ambiental.....	24
3.7. Sobre la licencia ambiental.....	24
3.8. Sobre el plan de cierre y la póliza minero-ambiental.....	25
3.9. Sobre el manejo de la canga y otros minerales.....	29
3.10. Sobre las causales de caducidad.....	30
3.11. Sobre la condiciones de auditoría.....	31
3.12. Sobre un eficiente aprovechamiento de los minerales.....	31
3.13. Sobre los reconocimientos técnicos de la Autoridad Minera.....	31
3.14. Sobre el canon superficiario.....	32
3.15. Sobre incremento en regalías de níquel como contraprestación adicional.....	33
3.16. Sobre la inversión social regional.....	35
3.17. Sobre la producción mínima exigida.....	35
3.18. Sobre la facultad de Cerro Matoso de ceder, gravar o subcontratar.....	36
3.19. Sobre resolución de controversias.....	37
3.20. Sobre condiciones de modificación del Contrato.....	37
3.21. Sobre las funciones que asume la Agencia Nacional Minera.....	38
3.22. Sobre la reserva de información.....	38
4. CONCLUSIONES FINALES.....	39
4.1. Desde la perspectiva de la regulación ambiental.....	39
4.2. Desde la perspectiva de regalías y compensaciones.....	39
4.3. Desde la perspectiva de la regulación minera.....	41



CONSIDERACIONES SOBRE OTROSÍ NO. 4 AL CONTRATO
NO. 051-96M CON CERRO MATOSO S. A.

Una vez efectuado el análisis del Otrosí No. 4 al Contrato No. 051-96M, suscrito por la Agencia Nacional de Minería (ANM) con la empresa Cerro Matoso S.A, la Contraloría General de la República (CGR) en cumplimiento del artículo 267 de la Constitución Política en ejercicio del control financiero, de gestión y de resultados que le corresponde, ha identificado una serie de situaciones que van en contravía de los intereses del Estado.

1. ANTECEDENTES.

El 12 de septiembre de 1996, el Ministerio de Minas y Energía expidió la Resolución 701076 a través de la cual otorgó a la empresa industrial y comercial del Estado denominada Minerales de Colombia S. A. Mineralco S. A. el Aporte Minero 20853 “para la exploración y explotación de minerales de níquel y asociados y metales preciosos y asociados existentes en un área de 218.700 hectáreas, ubicada en jurisdicción de los municipios de Montelíbano, Puerto Libertador y Planeta Rica en el Departamento de Córdoba”.

Conforme al artículo segundo de esta Resolución, se dejaron a salvo del mencionado Aporte Minero 20853 “las áreas cubiertas por solicitudes y títulos mineros de terceros que se hallan vigentes” a la fecha de expedición de dicha Resolución. Lo anterior se tradujo en que, según se establece en el artículo tercero de la misma Resolución, las áreas correspondientes de los contratos de concesión 866 de 1963 y 1727 de 1971, cuyo titular era Cerro Matoso S. A., se mantenían en cabeza de esta empresa y entrarían a ser parte del mismo Aporte (denominado como 051-96M) una vez vencido su término contractual.

Conforme a lo anterior, el Estado colombiano representado por Mineralco S. A. recibiría de Cerro Matoso S. A. las áreas correspondientes a los contratos 866 y 1727 antes referidos, una vez culminara la vigencia de los mismos y sus respectivas prórrogas, esto es el 1 de octubre de 2012.

El 28 de octubre de 1996, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1938 que autorizó a Mineralco S. A., titular del Aporte Minero 20853, para contratar directamente con Cerro Matoso S. A. un proyecto de gran minería para la exploración y explotación de minerales de níquel y asociados dentro del área de dicho Aporte (hoy 051-96M).

El 13 de noviembre de 1996, dos meses después de la expedición de la Resolución 701076 del Ministerio de Minas y Energía, ese Ministerio, Mineralco S. A. y Cerro Matoso S. A. suscribieron el

contrato de exploración y explotación 051-96M1 sobre parte del área del Aporte Minero No. 20853, del cual era titular Mineralco S. A. Este contrato está inscrito en el Catastro Minero Colombiano bajo la modalidad de “contrato en virtud de aporte” con fecha de inscripción del 2 de agosto de 1999, con un área total contratada de 77.484 hectáreas y un área neta contratada de 63.184 hectáreas.

El 27 de diciembre de 2012, la Agencia Nacional de Minería, en su calidad de Autoridad Minera, y Cerro Matoso S. A. suscriben el Otrosí No. 4 el cual establece en su cláusula cuadragésima que “sustituye en su integridad al Contrato 051-96M y a sus Otrosíes No. 1, 2 y 3, y rige retroactivamente a partir del 1 de octubre de 2012”. En la consideración 40 de este Otrosí se establece que el mismo “se atiene a las disposiciones legales aplicables al Contrato No. 051-96M en virtud del artículo 351 de la Ley 685 de 2001, particularmente las contenidas en los artículos 78, 79, 82, 83, 84 y 86 del Decreto 2655 de 1988, y de conformidad con las reglas incorporadas en el Decreto 1938 del 28 octubre de 1996”.

2. CONSIDERACIONES GENERALES AL OTROSÍ

2.1. Sobre la propiedad de los recursos naturales no renovables.

Frente al tema de la propiedad del mineral explotado, la cláusula sexta del Otrosí No. 4 dispone que “[t]oda la producción de mineral que CERRO MATOSO obtenga por la explotación de los yacimientos de propiedad estatal en el Área Total Contratada es y será de su exclusiva propiedad”.

A fin de comprender el alcance de esta disposición, se cita lo que al respecto establece la Constitución Política:

Artículo 102. *El territorio, con los bienes públicos que de él forman parte, pertenecen a la Nación.*

Artículo 332. *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 Decreto 2655 de 1988 por medio del cual se expide el Código de Minas vigente a la fecha de suscripción del Contrato 051-96M y derogado por el artículo 361 de la Ley 685 del 15 de agosto de 2001, disponía:

Artículo 3o. Propiedad de los recursos naturales no renovables. *De conformidad con la Constitución Política, todos los recursos naturales no renovables del suelo y del subsuelo pertenecen a la Nación en forma inalienable e imprescriptible. En ejercicio de esa*

¹ Contrato de Exploración y Explotación Minera No. 051-96M, considerado como válido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado a través del concepto rendido al Ministerio de Minas y Energía de fecha 25 de septiembre de 2012 (Radicación interna número único 2120. 11001-03-06-000-2012-00079-00).

propiedad, podrá explorarlos y explotarlos directamente, a través de organismos descentralizados, o conferir a los particulares el derecho de hacerlo, o reservarlos temporalmente por razones de interés público, todo de acuerdo con las disposiciones de este Código.

Lo dispuesto en el presente artículo se aplica sin perjuicio de los derechos constituidos a favor de terceros. Esta excepción sólo comprende las situaciones jurídicas, subjetivas y concretas, debidamente perfeccionadas y que antes del 22 de diciembre de 1969, fecha en que entró a regir la Ley 20 de ese mismo año, hubieren estado vinculadas a yacimientos descubiertos y que conserven su validez jurídica.

Artículo 13. Naturaleza y contenido del derecho a explorar y explotar. *El acto administrativo que otorga a una persona la facultad de explorar y explotar el suelo o subsuelo minero de propiedad nacional, confiere a su titular el derecho exclusivo y temporal a establecer la existencia de minerales en cantidad y calidad aprovechables, a apropiárselas mediante su extracción y gravar la propiedad superficiaria de terceros con las servidumbres y usos necesarios para el ejercicio de aquellas actividades. Dicho acto en ningún caso confiere la propiedad de los minerales in situ.*

Sobre este mismo aspecto, la Corte Constitucional a través de la Sentencia C-216/93, entre otras cosas, expresó (subrayado fuera de texto):

“En lo relativo a los ataques formulados contra el artículo 3° demandado sobre propiedad de los recursos naturales no renovables, tampoco tienen justificación, pues dicha norma no hace nada distinto de reiterar lo declarado por la Constitución Política -tanto la de 1886 como la actual- en el sentido de que todos los recursos naturales no renovables del suelo y del subsuelo pertenecen a la Nación en forma inalienable e imprescriptible, lo cual implica que pueda ella explorarlos y explotarlos directa o indirectamente o reservarlos en forma temporal por razones de interés público.

[...] No es inconstitucional, como lo creen los demandantes, que el título minero conceda a su beneficiario el derecho a explorar y a explotar el suelo minero y a gravar la propiedad superficiaria de terceros con las servidumbres y usos necesarios para dichas actividades, pues por una parte los recursos no renovables objeto de exploración y explotación son de propiedad pública con independencia del lugar en que se encuentren [...]”..

A su vez, la Ley 685 de 2001 -Código de Minas actualmente vigente, establece (subrayado fuera de texto):

Artículo 5o. Propiedad de los recursos mineros. *Los minerales de cualquier clase y ubicación, yacientes en el suelo o el subsuelo, en cualquier estado físico natural, son de la exclusiva propiedad del Estado, sin consideración a que la propiedad, posesión o tenencia de los correspondientes terrenos, sean de otras entidades públicas, de particulares o de comunidades o grupos.*

Quedan a salvo las situaciones jurídicas individuales, subjetivas y concretas provenientes de títulos de propiedad privada de minas perfeccionadas con arreglo a las leyes preexistentes.

Artículo 6o. Inalienabilidad e imprescriptibilidad. La propiedad estatal de los recursos naturales no renovables es inalienable e imprescriptible. El derecho a explorarlos y explotarlos sólo se adquiere mediante el otorgamiento de los títulos enumerados en el artículo 14 de este Código. Ninguna actividad de prospección, exploración o explotación o de posesión material de dichos recursos, sea cual fuere su antigüedad, duración o características, conferirá derecho o prelación alguna para adquirir el título minero o para oponerse a propuestas de terceros.

Artículo 7o. Presunción de propiedad estatal. La propiedad del Estado sobre los recursos minerales yacentes en el suelo o el subsuelo de los terrenos públicos o privados, se presume legalmente.

Artículo 14. Título minero. A partir de la vigencia de este Código, únicamente se podrá constituir, declarar y probar el derecho a explorar y explotar minas de propiedad estatal, mediante el contrato de concesión minera, debidamente otorgado e inscrito en el Registro Minero Nacional. Lo dispuesto en el presente artículo deja a salvo los derechos provenientes de las licencias de exploración, permisos o licencias de explotación, contratos de explotación y contratos celebrados sobre áreas de aporte, vigentes al entrar a regir este Código. Igualmente quedan a salvo las situaciones jurídicas individuales, subjetivas y concretas provenientes de títulos de propiedad privada de minas perfeccionadas antes de la vigencia del presente estatuto.

Artículo 15. Naturaleza del derecho del beneficiario. El contrato de concesión y los demás títulos emanados del Estado de que trata el artículo anterior, no transfieren al beneficiario un derecho de propiedad de los minerales "in situ" sino el de establecer, en forma exclusiva y temporal dentro del área otorgada, la existencia de minerales en cantidad y calidad aprovechables, a apropiárselos mediante su extracción o captación y a gravar los predios de terceros con las servidumbres necesarias para el ejercicio eficiente de dichas actividades.

A través de un contrato de concesión minera, el Estado como propietario del subsuelo faculta a un particular para que explore y explote los recursos naturales no renovables existentes en el suelo y el subsuelo y disponga de ellos, previo cumplimiento de las disposiciones ambientales (permisos y licencia ambiental) y el pago de las contraprestaciones al Estado (tales como son el canon superficiario y regalías). Sin embargo, no traslada o cede la propiedad sobre dichos recursos, como bien lo expresa la Constitución Política y la ley, puesto que ellos son inalienables e imprescriptibles.

De acuerdo con lo anterior, especialmente atendiendo la claridad efectuada por la Corte Constitucional a través de la Sentencia C-216/93, "los recursos no renovables objeto de exploración y explotación son de propiedad pública con independencia del lugar en que se encuentren" tal y como está previsto en la Constitución Política. Esto no puede ser desconocido, ni por una ley ni mucho menos por un acuerdo de voluntades entre una entidad del Estado y un particular, como ocurre con el Otrosí No. 4. Esto permite concluir que lo expuesto en la cláusula sexta de dicho Otrosí excede el marco constitucional y legal que regula el régimen de propiedad de los recursos naturales no renovables.

2.2. Sobre la aplicación de normas derogadas.

De acuerdo con lo establecido en la consideración 40 del Otrosí No. 4, el mismo se ampara en el Decreto 2655 de 1988, antiguo Código de Minas, norma que se encontraba vigente a la fecha de suscripción del Contrato 051-96M y que fue derogada expresamente a través del artículo 361 de la Ley 685 de 2001, por lo que desde esa fecha desapareció del ámbito jurídico.

En ese sentido, si bien es claro que las situaciones jurídicas consolidadas durante la vigencia del Código de Minas de 1988 podían llevarse a cabo, resulta evidente que en el área que comprende el contrato aludido solamente se iniciaron actividades de *exploración* minera durante la vigencia de esta norma. De esta manera, las actividades de *explotación* que pretenden iniciarse en virtud de lo dispuesto en el Otrosí No. 4 y en las áreas de los contratos 866 y 1727 que entraron a hacer parte del respectivo Aporte Minero el 1 de octubre de 2012, es decir de manera posterior a la derogatoria de la norma de 1988, deben ajustarse a lo dispuesto a las normas actualmente vigentes, esto es la Ley 99 de 1993, sus decretos reglamentarios y la Ley 685 de 2001 (Código de Minas). Esto adquiere mayor preponderancia, por cuanto el artículo 246 del referido Código de Minas de 1988, que disponía que la licencia ambiental se otorgaba de manera implícita con el título minero, fue declarado inexecutable a través de la Sentencia C-216/93 de la Corte Constitucional.

Desde el 22 de diciembre de 1993, según se dispone en el artículo 52 de la Ley 99 de 1993 y sus decretos reglamentarios, y reiterado por la Ley 685 de 2001 – Código de Minas, es necesario contar con una licencia ambiental para adelantar actividades de explotación minera.

La sujeción del Contrato 051-96M a la Ley 99 de 1993 se encuentra expresa en la cláusula cuarta del mismo. Al respecto se dispone (subrayado fuera de texto):

“Control Ambiental: (1) CERRO MATOSO queda obligado, conforme a la Ley 99 de 1993 y a sus decretos reglamentarios, a tomar las medidas técnicas y científicas tendientes a conservar el medio ambiente, y a propender por la arborización y conservación de las fuentes y corrientes de agua que utilice en sus labores. Igualmente CERRO MATOSO se compromete a no realizar trabajos que puedan afectar en forma grave obras de beneficio común, como puentes, carreteras, ferrovías, caminos, etc., sin autorización de las autoridades competentes. Queda establecido también que CERRO MATOSO se compromete a acatar todas las normas que al respecto pueda establecer el Ministerio del Medio Ambiente (...) (3) CERRO MATOSO hará los esfuerzos que fueren razonables para la conservación, restauración y sustitución morfológica del medio ambiente intervenido con la explotación y dará cumplimiento a las normas ambientales aplicables a la exploración y explotación que adelante Cerro Matoso en el Área Total Contratada”.

Es decir que el mismo Contrato 051-96M señala, de manera expresa, su sujeción a la normativa ambiental vigente y por tanto, quedando la empresa sometida a la necesidad de contar con licencia ambiental para desarrollar las actividades de explotación minera.

Precisado lo anterior, a través de un contrato de concesión minera y de un otrosí que *“sustituye en su integridad”* al mismo, no se pueden mantener vigentes normas que están expresamente

derogadas, tales como el Decreto 2655 de 1988, como se realiza a través del Otrosí No. 4, especialmente cuando se introducen modificaciones estructurales a lo pactado cuando estaba vigente la norma derogada y cuando en su vigencia no se desarrollaron todas las actividades allí previstas, como es la explotación.

Introducir modificaciones estructurales a un contrato de concesión minera, aplicando una norma derogada hace más de once (11) años, va en contravía de los fines esenciales del Estado, del principio de legalidad, de la seguridad jurídica y de la presunción de legalidad de los actos administrativos; por tanto, no se encuentra ajustado a la Constitución Política y a los principios que rigen el derecho y la función administrativa.

Además de lo anterior, en las consideraciones iniciales del Otrosí No. 4 se indica que se atiene a la Ley 685 de 2001 y, simultáneamente, al Decreto 2655 de 1988, expresamente derogado por artículo 361 de dicha ley.

Por otra parte, en la cláusula cuadragésima de este Otrosí se dispone que este *“sustituye en su integridad al Contrato 051-96M y sus Otrosíes No. 1, 2 y 3 y rige retroactivamente a partir del 1 de octubre de 2012”*. Con esto se establece que en las nuevas condiciones estipuladas en el Otrosí No. 4 del 27 de diciembre de 2012 se continúa aplicando en parte el Decreto 2655 de 1988 y no la Ley 685 de 2001 en su totalidad. Lo anterior, se traduce en que el Otrosí No. 4, desborda el marco constitucional y legal en que debe soportarse, y se jerarquiza como una norma supraconstitución, no sujeta a ninguna disposición constitucional, ni legal.

En ese mismo contexto, se evidencia una contradicción en el Otrosí No. 4, por cuanto en sus apartes hacen referencia al Plan de Trabajos y Obras (PTO), creado por la Ley 685 de 2001, y no al Plan de Trabajo e Inversiones (PTI), previsto en el Decreto 2655 de 1988². Es decir en algunos apartes del documento es aplicado el Código de Minas de 2001 y en otros el Código de Minas de 1988, expresamente derogado por el primero.

De igual forma, en el Otrosí No. 4 se desconoce que las áreas de los contratos 866 y 1727 en donde actualmente se desarrolla la explotación de níquel y que desde el 1 de octubre de 2012 se encuentran incorporadas al contrato 051-96M, es decir que hacen parte de ese Contrato, se acogieron expresamente a partir del año 2005 a la Ley 685 de 2001. Esta situación se consolidó el 11 de agosto de 2005, fecha en la cual se perfeccionó el contrato denominado *“Modificación al*

² CLAUSULA CUARTA.- CONTROL AMBIENTAL: [...] (5) CERRO MATOSO, dentro del PTO que se presentará antes del vencimiento del plazo de exploración de conformidad con lo previsto en la Cláusula Séptima del presente Otrosí, deberá incluir el plan de cierre identificando las acciones a adelantar para mitigar, recuperar o compensar, según corresponda, los impactos ambientales y sociales relacionados con el cierre de la mina, el cronograma de las actividades respectivas y su presupuesto, todo de conformidad con lo establecido en sus autorizaciones ambientales relevantes y los términos de referencia adoptados por el Ministerio de Minas y Energía mediante Resolución No. 18 0859 de 2002 o las normas que la modifiquen o sustituyan. CLÁUSULA SÉPTIMA. [...] Con una antelación no inferior a treinta (30) días hábiles a la terminación del período de exploración, CERRO MATOSO deberá presentar para la aprobación de la AUTORIDAD MINERA el PTO actualizado a desarrollar en el Área Neta Contratada durante el montaje y período de explotación para carbón (sic), ajustándose a los Términos de Referencia adoptados por el Ministerio de Minas y Energía mediante Resolución No. 18059 de 2002, [...].

Contrato de Concesión 866”, a través del cual Ingeominas y Cerro Matoso S. A. *“acuerdan modificar integralmente el contrato de concesión 866 y su contrato adicional, con base en la facultad otorgada a LA CONCEDENTE en el artículo 317 del Código de Minas (Ley 685 de 2001), y por la Resolución No. 18 0074 del 27 de enero de 2004 [...]”* (subrayado fuera de texto). Esto fue resuelto, previa solicitud efectuada por Cerro Matoso S. A. el 12 de octubre de 2001, para que se modificara el régimen jurídico aplicable a las concesiones 866 y 1727 y para que en adelante se rigieran por el nuevo Código de Minas (Ley 685 de 2001)³.

Lo expuesto en el Otrosí No. 4 lleva a concluir que en el Contrato 051-96M existen áreas que se encuentran reguladas por el Decreto 2655 de 1988 y otras que se rigen por la Ley 685 de 2001 (antiguas áreas de los contratos 866 y 1727), lo cual no se ajusta a la integralidad con que se deben manejar las áreas que conforman un contrato de concesión minera y a los instrumentos administrativos ambientales aplicables para este tipo de proyectos, en el entendido que un proyecto solamente puede contar con una licencia ambiental.

Los anteriores argumentos son coincidentes con el concepto emitido por el Consejo de Estado el 25 de septiembre de 2012, sobre las condiciones legales que regían para los contratos 866 y 1727 que quedaron incorporados al Contrato No. 051-96M. En efecto, al Consejo de Estado se le formuló la siguiente pregunta:

4.3. ¿Lo pactado entre el Estado y Cerro Matoso S. A. al momento en que esta última solicitó acoger los contratos Nos. 866 y 1727 a las previsiones de la Ley 685 de 2001, sustituyó integralmente cualquier pacto anterior celebrado entre las mismas sobre los mismos contratos?

Al respecto, el Consejo de Estado emitió el siguiente concepto⁴:

“En cuanto al artículo 349 de la Ley 685 de 2001 estipula que los contratos de concesión que hubieren sido objeto de modificación integral serán ejecutados “como de concesión para explorar y explotar, en los términos y condiciones establecidos en este Código”, lo pactado en los contratos modificatorios de 2005 sustituye lo que estuviera acordado en los contratos de concesión precedentes.”

No se encuentra entonces ajustado a la ley pretender que un contrato minero está compuesto por tres contratos, como son el 866, el 1727 y el 051-96M. Legalmente, el único contrato existente en la actualidad es el Contrato 051-96M, al cual se incorporaron únicamente *las áreas* de los otros dos contratos ya extinguidos (866 y 1727) a partir del 1 de octubre de 2012.

³ En los considerandos (9) y (10) del contrato de *Modificación al Contrato de Concesión No. 866*, suscrito el 22 de julio de 2005 entre Ingeominas y Cerro Matoso S.A. y perfeccionado el 11 de agosto de 2005, se establece *“que el 12 de octubre de 2001 EL CONCESIONARIO presentó solicitud a la Autoridad Minera para modificar el régimen jurídico aplicable a las concesiones 866 y 1727 para que en adelante se rijan por el Nuevo Código Minero”,* es decir la Ley 685 de 2001; y *“que mediante resolución No. 109000410 del 10 de marzo de 2003 y auto del 2 de enero de 2003, la autoridad minera aprobó dicha solicitud”.*

⁴ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. C.P. (E) Augusto Hernández Becerra. Bogotá, D.C. 25 de septiembre de 2012. Radicación interna 2122. Pág. 22 de 23.

2.3. Sobre explotación minera en las áreas de los contratos 866 y 1727.

En consonancia con el anterior argumento, se evidencia que a través del Otrosí No. 4 que nos ocupa, se da vía libre a la explotación de las áreas que estaban cobijadas por los contratos 866 y 1727⁵, los cuales contaron con “licencia” otorgada por la CVS en 1981, desconociendo que, por expreso mandato del Contrato 051-96M y tal como lo reconoció la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en su concepto del 25 de septiembre de 2012 y del mismo Otrosí No. 4, éstas áreas fueron incorporadas al Contrato 051-96M, con lo cual legalmente se extinguen los contratos originales (866 y 1727). En consecuencia, quedó sin efecto la “licencia” concedida por la CVS en 1981, que en el entender de la ANLA amparaba su explotación. Este aspecto no puede ser desconocido por un contrato, ni por sus respectivos otrosíes, todos los cuales deben sujetarse a las disposiciones de carácter superior.

Lo anterior tiene su razón de ser en el hecho que solamente quien se encuentra legitimado a través de un contrato de concesión minera, o título minero, puede legalmente solicitar las autorizaciones ambientales que se requieran para adelantar las actividades de exploración (permisos) y explotación (licencia ambiental global). De tal manera, al extinguirse, por cualquier razón, la autorización minera, también consecuentemente queda sin efecto la licencia ambiental, y viceversa. Esta situación se encuentra expresa en el artículo 208 de la Ley 685, norma a la cual se acogieron en 2005 los dos contratos citados:

Artículo 208. Vigencia de la Licencia Ambiental. *La Licencia Ambiental tendrá vigencia desde su expedición hasta el vencimiento definitivo de la concesión minera, incluyendo sus prórrogas. En caso de terminar la concesión en forma anticipada por caducidad, renuncia, mutuo acuerdo o imposibilidad de ejecución, también terminará dicha licencia.*

De acuerdo con lo anterior, el desarrollo de actividades de explotación minera en el área del Contrato 051-96M, incluyendo las áreas que correspondían a los contratos 866 y 1727, requieren de la obtención de licencia ambiental. La “licencia” “concedida por la CVS a través de la Resolución 224 de 1981, con las dificultades jurídicas que implicaba su aplicación, dejó de producir efectos jurídicos el 1 de octubre de 2012, cuando las áreas de los contratos 866 y 1727 se incorporaron al Contrato 051-96M, y los primeros contratos se extinguieron.

2.4. Sobre la consulta previa.

Sobre este aspecto debe señalarse que en el municipio de San José de Uré existen comunidades negras, que han sido objeto de procesos de consulta previa por parte de la empresa Cerro Matoso S. A., de manera tal que este Otrosí No. 4, a través del cual se “sustituye en su integridad al Contrato 051-96M y sus Otrosíes No. 1, 2 y 3 y rige retroactivamente a partir del 1 de octubre

⁵ En los numerales (2) y (3) de la cláusula primera de este Otrosí se señala que, como consecuencia de la incorporación del Área de las Concesiones 866 y 1727 al Área Neta Contratada (Contrato 051-96M), Cerro Matoso tiene el derecho a seguir realizando sus labores de exploración, explotación y procesamiento en el Área de las Concesiones 866 y 1727.

de 2012”, se prorroga el término del Contrato que vencía en 2029, por quince (1) años más; y se varían condiciones establecidas desde el año 1996, relacionadas con la exploración y explotación del área concesionada (52.850 ha). De allí que se requiera de la realización de un proceso de consulta previa, por cuanto se trata de una decisión que afecta a dichas comunidades.

Lo anterior se encuentra previsto en el Convenio 169 de la OIT, aprobado por Colombia a través de la Ley 21 de 1991, el cual por tratarse de un Convenio internacional sobre derechos humanos, hace parte del bloque de constitucionalidad y por tanto prevalece sobre otras disposiciones internas.

Sobre la necesidad de adelantar el proceso de consulta previa con comunidades étnicas⁶, la Corte Constitucional a través de la Sentencia C891/02, entre otras cosas, expresó:

“31. El hecho de que las normas demandadas no indiquen de manera expresa que las disposiciones constitucionales -incluyendo los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, como es el caso del Convenio 169 de la OIT- se deben respetar en tratándose de asuntos mineros y de explotación de recursos naturales yacientes en territorios indígenas, en nada contradice la Carta Política, toda vez que la prevalencia del ordenamiento superior no requiere del reconocimiento legal expreso.

[...] Así pues, los artículos citados, en la forma vista, no vulneran la Constitución ni el Convenio 169 de la OIT, ya que no contradicen el principio según el cual en asuntos mineros se deben respetar no sólo la participación y la protección de los pueblos indígenas, sino todos los demás preceptos que integran el ordenamiento constitucional, dada la superioridad de estas últimas sobre las normas de rango ordinario.

[...] 41. No le asiste razón a la demandante, entonces, cuando afirma que la disposición acusada abre la posibilidad de que el derecho a explorar y explotar recursos mineros se ejerza con prescindencia de la participación indígena, por cuanto la norma simplemente se refiere al requisito de obtener un título minero para poder desarrollar legalmente tales actividades. De ahí que no puede sostenerse, con razón, que la suscripción del contrato de concesión sea óbice para desconocer los derechos de los pueblos indígenas, particularmente su participación en materia de exploración y explotación de recursos yacientes en sus territorios, como se verá en su momento al analizar las normas relativas a la figura jurídica de la concesión minera aquí demandadas [...].”

Así mismo, a través de la Sentencia T-769/09, la Corte Constitucional, señala:

“El derecho de propiedad colectiva ejercido sobre los territorios que ellos habitan reviste una importancia esencial para la cultura y valores espirituales, que es reconocida en convenios internacionales aprobados por el Congreso, donde se resalta la especial relación de las comunidades indígenas con su hábitat, no solo por encontrar allí su principal medio de subsistencia, sino porque constituye un elemento integrante de la cosmovisión y la religiosidad

⁶ Dentro de estas comunidades se encuentran las indígenas, negras, raizales, palenqueras y Rom.

de los pueblos aborígenes. Adicionalmente, el constituyente resaltó la importancia fundamental del derecho de las comunidades indígenas sobre su territorio.

Teniendo en cuenta que la explotación de recursos naturales en los territorios tradicionalmente habitados por las comunidades indígenas debe hacerse compatible con la protección que el Estado debe dispensar a su integridad social, cultural y económica, que configura un derecho fundamental para la comunidad, por estar ligada a su subsistencia como grupo humano y como cultura, esta corporación ha custodiado la protección que debe el Estado a tales pueblos y de manera muy especial ha considerado que en esos casos, su derecho a ser previamente consultados tiene carácter fundamental.

[...] La exploración y explotación de los recursos naturales en estos territorios protegidos, debe hacerse compatible con la protección que el Estado debe dispensar a la integridad social, cultural y económica de las comunidades nativas, integridad que como se ha visto antes configura un derecho fundamental para la comunidad, por estar ligada a su subsistencia como grupo humano y como cultura. Y precisamente, para asegurar dicha subsistencia se ha previsto, cuando se trate de realizar la explotación y exploración de recursos naturales en su hábitat, la participación de la comunidad en las decisiones que se adopten para autorizar dicha actividades.

De este modo, el derecho fundamental de la comunidad a preservar la referida integridad se garantiza y efectiviza a través del ejercicio de otro derecho que también tiene el carácter de fundamental, en los términos del numeral 2° del artículo 40 de la Constitución, como es el de participación de la comunidad en la adopción de las referidas decisiones.

Con fundamento en los artículos superiores 40-2 y 330 (parágrafo) y las normas 6 y 7 del Convenio 169, estimó la Corte que "la institución de la consulta a las comunidades indígenas que pueden resultar afectadas con motivo de la explotación de los recursos naturales, comporta la adopción de relaciones de comunicación y entendimiento, signadas por el mutuo respeto y la buena fe entre aquéllas y las autoridades públicas", tendientes a buscar, como se indicó en el anterior acápite:

- a) Que la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución.
- b) Que igualmente la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares.
- c) Que se le dé la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda, mediante la convocación de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierna a la defensa de sus intereses, y pronunciarse sobre la viabilidad del mismo. Se busca así, que la comunidad tenga

una participación activa y efectiva en la toma de la decisión que deba adoptarse, la cual en la medida de lo posible debe ser acordada o concertada.

[...] Se entiende también, como aparejada a la consulta, la información o notificación que se le hace a la comunidad indígena sobre un proyecto de exploración o explotación de recursos naturales. Es necesario que se cumplan las directrices antes mencionadas, que se presenten fórmulas de concertación o acuerdo con la comunidad y que finalmente ésta se manifieste, a través de sus representantes autorizados, su conformidad o inconformidad con dicho proyecto y la manera como se afecta su identidad étnica, cultural, social y económica."

De manera tal que, en el presente caso, se hacía necesario realizar un proceso de consulta previa, antes de suscribir el Otrosí No. 4, por cuanto lo allí resuelto afecta a las comunidades negras de Uré. Así mismo, se requiere de dicho proceso cuando se pretenda iniciar el trámite de obtención de licencia ambiental de las áreas cobijadas por el Contrato 051-96M.

2.5. Sobre la reversión de bienes acordada en los contratos 866 y 1727.

El contrato de *Modificación al Contrato de Concesión No. 866*, suscrito el 22 de julio de 2005, establece (subraya fuera de texto):

*"Cláusula vigésima. **Reversión y obligaciones en caso de terminación.** 20.1. Al vencimiento del término de duración del contrato y su prórroga si la hubiere, todos los bienes muebles e inmuebles adquiridos o construidos por el CONCESIONARIO, o por quien represente sus derechos, y destinados al servicio de la Empresa, así como los equipos y maquinaria de exploración y explotación de las minas, las plantas de procesamiento y transformación de minerales, el material en laboreo o en tratamiento, los elementos de transporte, las vías de comunicación locomoción, y en general todo lo destinado a la exploración y explotación de los yacimientos y al beneficio y procesamiento de los minerales explotados, pasaran al dominio del Estado a título de reversión, sin pago ni indemnización de ninguna especie a cargo de la Nación. [...] 20.2. Producida la reversión, EL CONCESIONARIO tendrá derecho de tomar en arriendo la totalidad de los bienes muebles e inmuebles revertidos. [...] LA CONCEDENTE mediante el presente Contrato se obliga irrevocablemente frente a EL CONCESIONARIO a que, en el mismo momento en que este ejercite el derecho de que trata la presente Cláusula, dará en arrendamiento a EL CONCESIONARIO la totalidad de los bienes revertidos, en la forma aquí prevista.[...] LA CONCEDENTE podrá tomar posesión inmediata de tales bienes y elementos. También operará la reversión cuando se declare la caducidad del contrato y como consecuencia de ella; en este caso, la posesión la tomará LA CONCEDENTE tan pronto como esté ejecutoriada la providencia en que se declare la caducidad".*

A su vez y exactamente en el mismo sentido, el contrato de *Modificación al Contrato de Concesión No. 1727*, suscrito igualmente el 22 de julio de 2005, establece (subraya fuera de texto):

“Cláusula décima novena. Reversión y obligaciones en caso de terminación. 19.1 Al vencimiento del término de duración del contrato y su prórroga si la hubiere, todos los muebles e inmuebles adquiridos o construidos por el CONCESIONARIO, o por quien represente sus derechos, y destinados al servicio de la Empresa, así como los equipos y maquinarias de exploración y explotación de las minas, las plantas de procesamiento y transformación de los minerales, el material en laboreo o en tratamiento, los elementos de transporte, las vías de comunicación y locomoción y, en general, todo lo destinado a la exploración y explotación de los yacimientos y al beneficio y procesamiento de los minerales, pasarán al dominio del Estado a título de reversión, sin pago ni indemnización de ninguna especie a cargo de la Nación. [...] 19.2 Producida la reversión, EL CONCESIONARIO tendrá el derecho de tomar en arriendo la totalidad de los bienes muebles e inmuebles revertidos. [...] LA CONCEDENTE mediante el presente Contrato se obliga irrevocablemente frente a EL CONCESIONARIO a que, en el mismo momento en que este ejercite el derecho de que trata la presente cláusula, dará en arrendamiento a EL CONCESIONARIO la totalidad de los bienes revertidos, en la forma aquí prevista.”

A pesar de este mandato obligante, en las consideraciones al Otrosí No. 4 del Contrato 051-96M se parte de reseñar en el numeral 44 que *“en la Cláusula Vigésima de la Modificación al Contrato de Concesión 866 y en la Cláusula Décima Novena de la Modificación al Contrato de Concesión 1727, se reglamentó la reversión de los bienes muebles e inmuebles adquiridos o construidos por CERRO MATOSO destinados a las Concesiones No. 866 y 1727”,* Y adicionalmente se establece (subraya fuera de texto):

“46. Dado que uno de los aspectos relevantes dentro de la negociación que adelantaron las Partes y que se perfecciona mediante el presente Otrosí No. 4 es el relativo al diferimiento de la reversión de los bienes de que trata el considerando 44, su utilización por CERRO MATOSO y la compensación correspondiente por ello; en aras a concluir dicha negociación, el 26 de septiembre de 2012 la AUTORIDAD MINERA Y CERRO MATOSO suscribieron un Otrosí No. 3 al Contrato mediante el cual la AUTORIDAD MINERA difirió temporalmente la exigibilidad de su derecho a la reversión de los bienes muebles e inmuebles provenientes de la terminación de los Contratos de Concesión Nos. 866 y 1727, por el término comprendido entre el día octubre de 2012 y el 30 de diciembre del mismo año, ambas fechas inclusive.

47. Las Partes han acordado diferir hasta la terminación del Contrato No. 051-96M la exigibilidad del derecho a la reversión de la totalidad de los bienes muebles e inmuebles adquiridos o construidos por CERRO MATOSO que deben revertir a la NACIÓN de acuerdo con lo descrito en el Considerando 44, a cambio del pago de una contraprestación económica que hace parte de la contraprestación adicional definida en el presente Otrosí, para compensar el ingreso al Estado que representaba el canon de arrendamiento de dichos bienes pactado en el Contrato 051-96M durante el período de la extensión del plazo contractual, compensación ésta que se entenderá causada a partir del 1° de octubre de 2012, con la incorporación del Área de las Concesiones al Área Neta Contratada indicada en el Contrato No. 051-96M, de conformidad con lo establecido en la Cláusula Décima del presente Otrosí No. 4.”

A su vez, en la anunciada cláusula se establece, entre otros, lo siguiente:

Cláusula vigésima sexta. Reversión de bienes: (1) *La reversión de los bienes muebles e inmuebles destinados por CERRO MATOSO a la explotación de yacimientos dentro del Área de las Concesiones o, dado el caso, dentro del Área Neta Contratada operará de la siguiente forma: a. Área de las Concesiones: Al vencimiento del presente Contrato, incluidas sus prórrogas, o su terminación por cualquiera de las causas contempladas en el presente Otrosí y en las disposiciones legales aplicables habrá una reversión gratuita a favor de la Nación, de todos los muebles e inmuebles adquiridos o construidos por CERRO MATOSO, o por quien represente sus derechos, y destinados al servicio de la empresa, así como de todos los equipos y maquinarias de exploración y explotación de las minas, las plantas de procesamiento y transformación de los minerales, el material en laboreo o en tratamiento, los elementos de transporte, las vías de comunicación y locomoción y, en general, todo lo destinado a la exploración y explotación de los yacimientos y al beneficio y procesamiento de los minerales. [...]*

En síntesis, mediante el Otrosí No. 4 al Contrato 051-96M, suscrito el 27 de diciembre de 2012 y cuando ya habían expirado los contratos 866 y 1727, se modifican de fondo las obligaciones establecidas en estos dos contratos de revertir todos los bienes comprometidos, la cual se había establecido en cada uno de los dos contratos que debería darse “*al vencimiento del término de duración del contrato*”. Es decir, en un Otrosí al Contrato 051-96M, de naturaleza jurídica totalmente distinta a los contratos 866 y 1727, se modifican las condiciones de fondo de dichos contratos, casi tres meses después de que dichos contratos habían expirado.

Al respecto, el arriba citado concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado emitido el 25 de septiembre de 2012, establece: (subraya fuera del texto)

“Consecuente con la vigencia de los contratos 866 y 1727 y la explotación que desde 1982 venía adelantando en sus respectivas áreas, Cerro Matoso S. A. hizo la solicitud de incorporación de estas áreas al nuevo contrato 051-96M, en los términos del artículo 51 del decreto ley 2655 de 1988, de manera que efectivamente este mandato legal operara a la terminación de los mencionados contratos de concesión 866 y 1727.”

Para el efecto, el contrato 051-96M no introdujo modificación alguna a los contratos 866 y 1727, ni era necesario hacerlo, puesto que la propia ley expresó que las áreas de las concesiones entrarían a formar parte del aporte ipso facto, esto es, automáticamente. En cambio, sí se ocupó de regular prolijamente, en diversas cláusulas, el régimen bajo el cual se continuarían explotando las áreas de las concesiones cuando operara su incorporación automática, y es reiterativo en precisar la condición legal para el ingreso automático de las áreas: la expiración del término de explotación de los contratos 866 y 1727.”

A juicio de esta Contraloría, ni el Contrato 051-96M ni su respectivo Otrosí No. 4 pueden cambiar el plazo de reversión automática a la Nación de los bienes de la empresa que se había ordenado en los contratos 866 y 1727, antes de que dicha reversión se hubiese concretado en cumplimiento de lo establecido en dichos contratos.

Si la empresa Cerro Matoso no ha revertido a la Nación los bienes establecidos en los contratos 866 y 1727, a pesar de haberse declarado la expiración del término de explotación establecido en dichos contratos, está incumpliendo de facto los términos establecidos en ellos. Igualmente, si la Nación no formaliza la respectiva reversión en los términos establecidos en los contratos 866 y 1727, como de hecho no lo ha hecho, está incurriendo en un detrimento patrimonial en el monto equivalente al valor de dichos activos y de su respectivo costo de oportunidad al renunciar al producto que se hubiese generado al operar estos activos en beneficio del patrimonio nacional. Esta obligación no puede ser desconocida o aplazada por otro contrato, totalmente distinto, ni se puede "diferir hasta la terminación del Contrato No. 051-96M la exigibilidad del derecho a la reversión [...] a cambio del pago de una contraprestación económica que hace parte de la contraprestación adicional definida en el presente Otrosí", es decir, el otrosí No. 4 del Contrato 051-96M. Independientemente de cual sea el valor de la "contraprestación adicional" definida en el Contrato 051-96M, esta nunca puede ser sustitutiva sino a lo más complementaria, de las obligaciones de reversión establecidas en contratos previos, ya expirados.

Por otra parte, atendiendo lo dispuesto en el artículo 74 del Decreto Ley 2655 de 1988, al vencimiento de los contratos de concesión de gran minería, el contratista está obligado a dejar en estado de funcionamiento los equipos, instalaciones y obras mineras que para entonces estén en uso o actividad y a entregar al Estado, a título de reversión gratuita, todas las propiedades muebles e inmuebles adquiridas con destino o en beneficio exclusivo de la explotación y de las operaciones anexas de transporte externo y embarque de minerales, siempre que estas últimas no estuvieren también destinadas al servicio de otras explotaciones del mismo concesionario o de sus filiales y subsidiarias. Sin embargo, y pese a que en los contratos 866-63 y 1727-71 se establece la cláusula de reversión, y a que el plazo de los mismos expiró, Cerro Matoso S. A. no efectuó la reversión de los bienes muebles e inmuebles, desapareciendo en el otro si número 4, la reversión tal y como estaba establecida en el Decreto 2655 de 1988 y se establece en el considerando número 47 del mismo, en donde se señala, que las partes han acordado diferir hasta la terminación del contrato 051-96M, la exigibilidad del derecho a la reversión de la totalidad de los bienes muebles e inmuebles adquiridos o construidos por Cerro Matoso.

Lo anterior a cambio del pago de una contraprestación económica del 1% adicional a la regalía del 12% por la explotación de níquel prevista en la Ley 141 del 1994, que hace parte de la contraprestación adicional definida en el numeral 4 de la cláusula décima del Otrosí, para compensar el ingreso al estado que representaba el canon de arrendamiento de dichos bienes pactado en el Contrato 051-96M. De esa forma, se está desviando el ingreso que debe percibir el Estado por concepto de arrendamiento, pues ese porcentaje adicional, al contemplarse como contraprestación económica a título de compensación, cuenta con un destino diferente al establecido inicialmente.

Se debe añadir, que la Contraloría General de la República, no conoce estudio alguno que justifique esta decisión.

3. CONSIDERACIONES SOBRE CLÁUSULAS ESPECÍFICAS DEL OTROSÍ

3.1. Sobre el inventario de bienes de los contratos 866 y 1727.

En el numeral segundo de la cláusula primera del Otrosí se le otorga a Cerro Matoso S. A. la facultad de seguir realizando labores de exploración, explotación y procesamiento en el área de las concesiones 866 de 1963 y 1727 de 1971, en las mismas condiciones y con los mismos derechos contemplados, comprometiéndose la Autoridad Minera a tomar las medidas pertinentes para que Cerro Matoso S. A. pueda disfrutar de los derechos conferidos por el Contrato 051-96M. Sobre este aspecto, tal como se expresó en la función de advertencia de la CGR del 23 de agosto de 2010, a la cual se le dio alcance mediante documento del 1 de agosto de 2012, se reitera lo expresado en el hallazgo No. 24 de la Auditoria Especial efectuada a los Contratos de Gran Minería en la vigencia de 2008, en el sentido de señalar que al haberse acordado mediante el Contrato 051-096M la integración de las áreas de las concesiones 866 y 1727 al Aporte Minero 20853, la Autoridad Minera se arrogó la potestad de disponer del área de las mismas, sin que se hubiese surtido el trámite legal establecido para tal fin.

Entre las acciones a efectuar antes de la reversión e integración al Aporte Minero, se encontraba la realización de un inventario de los bienes de cubiertos por los contratos 866 y 1727, incluyendo dentro de este inventario el estado del patrimonio natural, el yacimiento, los minerales y los bienes dedicados a la exploración y la explotación. Bajo estas condiciones, se contaría con la línea base que permitiría conocer la situación actual del área, de manera previa a la negociación del nuevo contrato. Al no contar con este inventario no se tienen elementos suficientes para haber pactado acuerdos que beneficien la Nación. En consecuencia, considera la Contraloría que se debe establecer una posible implicación disciplinaria, por no haber realizado inventario requerido a la expiración de los contrato 866 y 1727, antes de la reversión, desconociendo la reglamentación existente para tal fin.

3.2. Sobre la aplicación del régimen de transición en materia ambiental.

En el numeral tercero de la cláusula primera del Otrosí se plantea que la Autoridad Minera tomará *“todas las medidas que fuesen necesarias para asegurar que CERRO MATOSO pueda disfrutar los derechos que se le confieren por el Contrato 051-96M”*. Y establece que estos derechos contractuales corresponden a los aplicables a la firma del Contrato 051-96M *“con excepción de las normas en materia ambiental, incluidos sus regímenes de transición”*. Al margen de las observaciones ya planteadas en las secciones precedentes del presente documento sobre la inconveniencia e ilegalidad al desconocer la aplicabilidad de la Ley 685 de 2001, se anota aquí que, por unidad de materia, un contrato minero no puede incluir temas sobre los que, por su objeto, desbordan su alcance; ni sobre los que la autoridad minera concedente no tiene competencia.

Así, la cláusula contempla aspectos desconocidos y no suscritos ni avalados por la Autoridad Ambiental, quien es la que cuenta con la facultad legal y los elementos para verificar si los regímenes de transición aplican y, en dado caso, de qué manera. En los términos en que quedó la cláusula citada, se pretenden avalar los *“instrumentos de manejo y control ambiental”* que han venido siendo aplicados, respecto a los cuales esta Contraloría ha venido insistiendo en su inexistencia por haber sido declarada nula la norma que los establece (caso de los documentos de evaluación y manejo ambiental -DEMA); por haber sido presentados los documentos extemporáneamente; por no haberse ajustado a los instrumentos contemplados en la Ley 99 de 1993; y por exceder el alcance del instrumento de manejo y control que han venido aplicando a unos proyectos que, en un todo, difieren de los que fueron inicialmente autorizados a través de la Resolución 224 de 1981 expedida por la CVS.

3.3. Sobre la explotación de hierro en liga íntima con el níquel.

En el numeral (1) de la cláusula décima del otrosí No. 4 se establece que las *“regalías y compensaciones pagaderas, derivadas de la explotación adelantada por CERRO MATOSO en el Área Total Contratada, así como su forma de pago son las que se contemplan en la Ley 141 de 1994 según el texto vigente en la fecha de la firma del Contrato 051-96M y los precios base que para el efecto fije la autoridad competente de conformidad con dicha ley”*.

Al respecto se llama aquí la atención que el Estado Colombiano no cuenta con información sobre la mineralogía, geoquímica y metalurgia de los materiales considerados como en *liga íntima* al explotar el yacimiento de Cerro Matoso y que se ha venido desconociendo la importante participación del hierro en dicha liga, para efectos de pagar las regalías correspondientes, además de otros minerales.

Sin embargo, desde el inicio de la producción de ferroníquel por Cerro Matoso a partir del 1 de octubre de 1982 y hasta el primer vencimiento del contrato 866 (30 de septiembre de 2007), el pago de las regalías se rigió únicamente por lo establecido en el respectivo contrato: el 8% del valor a boca de mina del mineral de níquel empleado para producir el ferroníquel. Pero a partir del cuarto trimestre del 2007, cuando se renueva el contrato 866 por cinco años, y según lo establecido en el contrato suscrito el 11 de agosto de 2005 cuando se perfecciona con la inscripción en el Registro Minero Nacional el acuerdo de modificar integralmente el contrato de concesión 866 y su contrato adicional, se establece en su cláusula séptima (numeral 7.2) que *“el monto de las regalías y el sistema para liquidarlas y reajustarlas serán los establecidos en la ley 141 de 1994 modificada por la ley 256 de 2002”*. A su vez, la Ley 141 de 1994 establece de manera explícita (subrayado fuera de texto):

“Artículo 16. Monto de las regalías. Establécese como regalía por la explotación de recursos naturales no renovables de propiedad nacional, sobre el valor de la producción en boca o borde de mina o pozo, según corresponda, el porcentaje que resulte de aplicar la siguiente tabla: [...] Níquel.... 12% Hierro y cobre....5% [...]

Parágrafo 2o. Del porcentaje (%) por regalías y compensaciones pactadas en el contrato vigente para la explotación del níquel en las minas de níquel en Cerromatoso, Municipio de Montelíbano, se aplicará el primer cuatro por ciento (4%) a regalías y el cuatro por ciento (4%) restante a compensaciones. Para los contratos futuros o prórrogas del contrato vigente, si las hubiere, se aplicará el porcentaje de regalías establecido en este artículo [...]»

En consecuencia, de acuerdo con lo establecido en este artículo de la ley, es claro que desde el momento de la renovación del contrato 866 (el 1 de octubre de 2007), la empresa Cerro Matoso S. A. estaba obligada a pagar por concepto de regalías asociadas a la producción del ferroníquel un 12% del valor a boca de mina del mineral de níquel y un 5% del valor a boca de mina del mineral de hierro que extrae en liga íntima para adelantar dicha producción.

Para efectos de la liquidación de regalías en metales contenidos en concentrados polimetálicos, el Ministerio de Minas y Energía (MME) determina el siguiente criterio que debe tenerse en cuenta para la fijación del precio base⁸:

“Precio base para la liquidación de regalías de metales preciosos y no preciosos exportados en concentrados polimetálicos. Para la liquidación de las regalías de metales preciosos y no preciosos exportados en concentrados polimetálicos, se tomará como base el precio de cada metal en el mercado externo fijado por la Bolsa de Londres, teniendo presente los fletes que correspondan en cada caso y la certificación de la cantidad exacta de metales exportados, expedida por la entidad que realizó la operación de refinación en el exterior, siguiendo en un todo los criterios, definiciones y procedimientos aquí establecidos para los metales preciosos.”

Teniendo en cuenta este mandato normativo y para calcular las regalías por níquel pagadas por Cerro Matoso S. A., históricamente se ha tomado como referencia el valor a boca de mina del mineral equivalente para producir las cantidades de níquel (expresadas en libras) contenidas en el ferroníquel producido. Análogamente, y aplicando el referido criterio establecido por el MME, para calcular las regalías causadas por el hierro contenido en el ferroníquel, se puede tomar como referencia el valor a boca de mina del mineral equivalente para producir las cantidades de hierro contenidas en el ferroníquel producido. Aplicando este criterio, la Contraloría estimó los valores totales a pagar por Cerro Matoso S. A. por concepto de regalías no pagadas por el hierro desde el 1 de octubre de 2007 hasta el 31 de septiembre de 2012.

Hasta la fecha, la información suministrada por las autoridades mineras competentes nunca han reportado pago alguno de la empresa Cerro Matoso S. A. por concepto de regalías del hierro explotado en liga íntima con el níquel al producirse el ferroníquel. Todo esto, a pesar de que la Unidad de Planeación Minero Energética (UPME) informa que la fase de producción de níquel en Colombia se lleva a cabo mediante la producción de ferroníquel (aleación entre hierro y níquel) que se destina finalmente y de manera principal a la producción de aceros inoxidables⁹; a su vez,

⁷ En la modificación introducida por el artículo 16 de la Ley 756 de 2002 al artículo 16 de la ley 144 de 1994 mantiene este mismo parágrafo, pero renumerándolo como parágrafo 4°.

⁸ Ministerio de Minas y Energía. *Resolución 8 0760 del 27 de junio de 2001* (Art. 1, numeral 3).

⁹ Unidad de Planeación Minero Energética – UPME. *El níquel en Colombia*. Bogotá, Nov. de 2009 (págs. 19 y 22).

en el mercado internacional el uso más importante del ferroníquel es igualmente la producción de aceros inoxidables, representando alrededor de dos terceras partes del uso de níquel en su primer uso¹⁰.

El ferroníquel que se exporta de Colombia tiene alrededor del 35% de contenido de níquel, pudiéndose asumir que el 65% restante es hierro. Si se tiene en cuenta que su principal uso es para la producción de aceros inoxidables, es evidente que el ferroníquel exportado tiene un alto contenido de hierro que se emplea en la producción de este tipo de acero. Este hierro es entonces un componente significativo del producto exportado (el ferroníquel) y tiene que regirse por la legislación general de regalías de los recursos no renovables del subsuelo vigente en el país. Esto significa que debieron liquidarse regalías por el hierro contenido en el ferroníquel de acuerdo con lo establecido en la ley 141 de 1994, al menos desde el cuarto trimestre del año 2007 cuando entró a regir la prórroga por cinco años de la concesión 866. En consecuencia, Cerro Matoso S. A. debería estar pagando regalías no sólo por el níquel, sino también por el hierro contenido en el ferroníquel producido.

De allí que no se entiende cómo el Otrosí No. 4 retoma este mandato de pagar las regalías de acuerdo en lo establecido en la Ley 141 de 1994, sin especificar nada que ponga fin a este incumplimiento sistemático de la ley por parte de la empresa, lo cual redundaría en pérdidas económicas a la Nación por el no cobro de regalías de acuerdo con el mandato legal. Por ello era necesario hacer las caracterizaciones requeridas antes de haber pactado el Otrosí, para establecer en el mismo las acciones adecuadas de pago de las regalías por todos los minerales que están siendo aprovechadas en la mina de Cerro Matoso, tal como lo establecen las normas vigentes sobre el pago de regalías (Ley 141 de 1994 y sus reglamentaciones respectivas).

Esta es una posición que esta Contraloría ha planteado desde el año 2009, de la cual es concedora la Agencia Nacional de Minería que suscribió el respectivo Otrosí No. 4 omitiendo referencia alguna a este tema.

3.4. Sobre el área contratada y las actividades de exploración.

La cláusula segunda del Otrosí No. 4 se refiere al área total contratada, definiendo que *“con la incorporación del Área de las Concesiones No. 866 y 1727 al Área Neta Contratada, esto es, a partir del primero de octubre de 2012, el Área Neta Contratada es igual al Área Total Contratada. CERRO MATOSO continuará desarrollando en el Área de las Concesiones las actividades que a la fecha ha venido adelantando en ellas, mientras que el Área Total Contratada restante permanecerá en etapa de exploración por el término señalado en la Cláusula Tercera del Contrato 051-96M según se modifica en presente Otrosí, hasta el 1 de agosto del año 2020...”*

Sobre este aspecto, debe recordarse que las actividades exploratorias del Contrato 051-96M se iniciaron en esa área, con fundamento en un documento de evaluación y manejo ambiental (DEMA) radicado por Cerro Matoso en el Ministerio del Medio Ambiente el 22 de julio de 1997, para la exploración geológica regional correspondiente a dicho contrato.

¹⁰ International Nickel Study Group. *Production, usage and prices* (www.insg.org/prodnickel.aspx)

Como se apreciará más adelante, cuando ya se había declarado nulo el Decreto 883 de 1997 por parte del Consejo de Estado¹¹, el Ministerio autorizó los trabajos de exploración en el sector sur de este contrato. Así mismo, a pesar de la declaratoria de nulidad del Decreto 883 de 1997, Cerro Matoso S. A. reporta al Ministerio actividades de exploración amparados en el DEMA durante los años 2002 a 2005 en el área del Contrato 051-96M.

Con la suscripción del Otrosí No. 4, se extienden dichas actividades exploratorias hasta el año 2020, lo cual no se compadece con el marco normativo que regula estas actividades, que máximo pueden ser por el término de once (11) años y para cuya ejecución se requiere aplicar guías minero ambientales adoptadas por los ministerios de Minas y Energía y de Ambiente a través de la Resolución 18-0861 del 20 de agosto de 2002 y obtener los permisos para el uso, aprovechamiento y/o afectación de los recursos naturales renovables. Aspectos estos que no están previstos en el Otrosí No. 4.

Al respecto se debe señalar que de acuerdo con los artículos 71 y 74 de la Ley 685 el período de exploración es de tres años, prorrogables por dos años más. En virtud de la adición efectuada por el artículo 5 de la Ley 1382 de 2010¹² si resulta necesaria una prórroga superior a la prevista en el presente artículo, el concesionario podrá continuar las exploraciones, solicitando prórrogas adicionales de dos años cada una, hasta por un término total de once años, para lo cual deberá sustentar las razones técnicas y económicas respectivas, demostrar los trabajos de exploración realizados, el cumplimiento de las Guías Minero-Ambientales, describir los trabajos que ejecutará, especificando su duración, las inversiones que realizará y pagar el canon superficiario respectivo". Como se puede apreciar, en este aspecto, nuevamente el otrosí No. 4 desconoce el marco legal que regula los contratos de concesión minera.

En relación con la aplicación de un instrumento como el documento de evaluación y manejo ambiental (DEMA), se resaltan los siguientes aspectos:

1) El 31 de marzo de 1997, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 883 por medio del cual se regularon, de manera general, algunas actividades y se definió un instrumento administrativo para la prevención o el control de los factores de deterioro ambiental. A través de este Decreto se creó el DEMA, el cual aplicó a proyectos que el Gobierno Nacional consideró que ocasionaban bajo impacto ambiental y que, consecuentemente, se excluyeron de la obtención de licencia ambiental.

En los considerandos de este Decreto se señala que *"es necesario definir y regular el instrumento administrativo al cual deben someterse aquellas actividades que no causan un deterioro grave a los recursos naturales renovables o al medio ambiente, ni modificaciones notorias al paisaje y por lo tanto no requieren licencia ambiental; así como aquellos proyectos, obras o actividades que forman parte de otros que ya cuentan con licencia ambiental o plan de manejo, recuperación o restauración ambiental y que para su ejecución deben ajustar o complementar el estudio*

¹¹ 20 de agosto de 1998.

¹² Declarada inexecutable por la Corte Constitucional a través de la Sentencia C-366 del 11 de mayo de 2011; efectos diferidos por el término de dos (2) años

ambiental realizado y el plan de manejo ambiental, con el objeto de prevenir, evitar y controlar los factores que puedan producir deterioro ambiental” (subrayado fuera de texto). En el Artículo 3° establece que:

“Los proyectos, obras o actividades de que trata el presente Decreto, son los siguientes:

[...] 2. Proyectos de minería:

a. Actividades de exploración geológico-minera por métodos de subsuelo que no impliquen la construcción de vías que permitan el tránsito de vehículos. b. Ampliación, mejoramiento y rehabilitación de infraestructura para proyectos mineros que cuenten con licencia ambiental o plan de manejo, recuperación o restauración ambiental, en las siguientes actividades:

- Sistemas de transporte: Pistas de aterrizaje, carreteras y vías férreas internas.*
 - Sistemas de manejo de insumos: Almacenamiento de combustibles y lubricantes, estaciones de abastecimiento y almacenamiento de explosivos.*
 - Infraestructura interna asociada: Campamentos e instalaciones, sistemas para beneficio, transformación, acopio y almacenamiento de minerales.*
- c. Ejecución de planes de operación minera en áreas que cuenten con licencia ambiental global.”*

2) A través del Auto 851 del 24 de noviembre de 1997, el Ministerio ordenó la complementación del DEMA radicado por Cerro Matoso el 22 de julio de 1997, para la exploración geológica regional correspondiente a dicho contrato, en los aspectos culturales y subcomponente étnico de la comunidad negra del Corregimiento de Uré.

A través de la Resolución 701 del 30 de julio de 1998, el Ministerio aceptó el DEMA para la primera fase de exploración geológico – minera regional, salvo en el sector sur. El 24 agosto de 1998, la empresa presentó la información complementaria solicitada sobre los aspectos socioculturales de la mencionada población y copia de las actas del taller de concertación del día 18 de julio y de la protocolización de la consulta previa.

Mediante el Auto 675 del 26 de noviembre de 1998, el Ministerio del Medio Ambiente aceptó el DEMA para la exploración en la zona sur.

El 7 de mayo de 2001, más de dos años después de haber sido declarado nulo el Decreto 883 de 1997, la empresa Cerro Matoso S. A. radicó en el Ministerio del Medio Ambiente un documento denominado “Complementación DEMA de exploración Fase II” que correspondía a la fase de exploración de detalle y complementación de la parte sur del proyecto de exploración minera, el cual complementó el DEMA de exploración radicado el 22 de julio de 1997 y que se refiere al Contrato 051-96M.

3) El 26 de febrero de 1998 (Ref. Exp. 4500. Acción nulidad) y 20 de agosto de 1998 (Ref. Exp. 4599), la Sección Primera, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, declaró nulo el Decreto 883 de 31 de marzo de 1997, a través del cual se creó el DEMA. En virtud de esta declaratoria de nulidad, las actividades listadas en la norma citada, nuevamente quedaron sujetas a licencia ambiental.

4) El 24 de agosto de 1998, cuatro (4) días después de haber sido declarado nulo el Decreto 883 de 1997, Cerro Matoso S. A. radicó ante el Ministerio del Medio Ambiente un DEMA para el proyecto de ampliación de la planta de beneficio de ferroníquel que conllevó a que durante la fase de operación se duplicara la capacidad productiva de la planta existente hasta entonces. Es decir se pasó de una producción de 26.000 a 53.000 toneladas anuales de níquel.

El 15 de junio de 2001, Cerro Matoso S. A. hizo entrega al Ministerio del Medio Ambiente del “Informe Final de Actividades del proyecto Ampliación de la Planta de Beneficio de Ferroníquel”. Esta actividad se encuentra dentro de las actividades de explotación que desarrollaba la empresa Cerro Matoso S. A. amparada en las Concesiones 866 y 1727.

Como se puede apreciar, se utilizó un instrumento por fuera del marco legal que lo cobijaba. Por otra parte, de las sesenta y siete (67) acciones planteadas en el DEMA de Ampliación de la Planta de Beneficio se identifica que solo once (11) corresponden con medidas para esta ampliación de la capacidad industrial y las restantes cincuenta y seis (56) acciones corresponden a medidas asociadas con la operación minera, las cuales no podían ser incluidas, por cuanto no eran el objeto del DEMA, como instrumento de manejo y control.

3.5. Sobre la prórroga del Contrato 051-96M por quince años más.

En la cláusula tercera del Otrosí No. 4 el Contrato 051-96M “se prorroga por quince (15) años más, es decir hasta el 1° de agosto de 2044” sujeto a un incremento de “su capacidad de procesamiento de mineral en planta de 3 millones de toneladas secas por año a 4.5 millones de toneladas secas por año”; y, adicionalmente, se establece que *“al vencimiento del plazo contenido en el presente Otrosí, siempre y cuando CERRO MATOSO hubiere dado cumplimiento a sus obligaciones bajo el Contrato 051-96M y hubiere solicitado por escrito la prórroga con no menos de dos (2) años de anticipación al vencimiento del término inicial, podrán convenirse nuevas prórrogas, la primera por un término de veinte (20) años, en los términos y condiciones que se acuerden en el respectivo momento”*. Se hace referencia así a una prórroga contractual por el lapso de 15 años adicionales, otorgando al titular minero la posibilidad de extender su actividad hasta el año 2044, y establecer múltiples prórrogas sucesivas cada una de ellas por 20 años más.

Se pactan nuevas prórrogas, una de quince años y luego otras no determinadas en tiempo que podrían acordarse tan solo con el hecho que Cerro Matoso las solicite seis meses antes de terminadas las prórrogas anteriores.

Estas prórrogas están sujetas a que se cumplan unas metas de procesamiento de mineral, las cuales deberán ser comprobadas mediante la expedición por parte de un auditor externo, quien será subcontratado o mediante empresas vinculadas. Esto representa una aprobación casi automática de las prórrogas. Hay que tener en cuenta que es clara la normatividad al establecer que todo auditor minero externo deberá estar registrado en el Registro Único de Auditores Mineros Externos, circunstancia que no se ha tenido en cuenta al contemplar la figura del auditor externo en el clausulado que se comenta. Igualmente establece la figura del silencio administrativo positivo en caso de que la Autoridad Minera no se pronuncie dentro de los tres

meses siguientes a la solicitud de prórroga de la etapa de construcción y montaje. Se debe tener en cuenta que en el marco del Decreto 2655 de 1988, la figura del silencio administrativo positivo no está prevista para ese caso en particular, considerando de manera equivocada el Otrosí No. 4 un silencio administrativo positivo en virtud de la voluntad interpartes y no de manera legal, lo cual es contrario a las disposiciones normativas vigentes.

Finalmente y de acuerdo con el análisis realizado en la sección segunda del presente documento, según los mandatos del Decreto 2655 de 1988 no es posible que dicha prórroga se dé, dado que dicha norma no establece la prórroga contractual. Es de aclarar que la figura de la integración o captura automática de aéreas de un contrato en otro, no existe en el Decreto 2655 de 1988, en donde el plazo máximo es de 30 años y con reversión automática y total de los bienes, sin costo, a favor del Estado.

3.6. Sobre las actividades relacionadas con el control ambiental.

En el numeral (3) de la cláusula cuarta del Otrosí No. 4 se establece que Cerro Matoso S. A. *"adelantará la conservación, restauración, sustitución y/o readecuación morfológica del medio ambiente intervenido con la explotación, según corresponda de acuerdo con el instrumento de control ambiental correspondiente, y dará cumplimiento a las normas ambientales aplicables a la exploración y explotación que adelante en el Área Total Contratada"*.

Estas acciones que se establecen en materia ambiental desconocen la unidad de materia del Contrato, por cuanto este tipo de detalles no son del resorte de un contrato minero, ya que estas determinaciones se encuentran reguladas de manera mucho más integral y detallada en la normativa ambiental vigente, y radicada en cabeza de las autoridades ambientales.

Además de lo anterior, lo previsto en el Otrosí No. 4 genera conflicto frente a las decisiones que deben adoptar las autoridades ambientales, que son las entidades creadas por la ley para regular estas situaciones y señalar los términos, condiciones y obligaciones bajo las cuales, de ser factible, se pueden autorizar este tipo de actividades. El tema minero debe circunscribirse a los aspectos y competencias establecidos en el marco constitucional, legal y jurisprudencial pertinente.

3.7. Sobre la licencia ambiental.

En el numeral (4) de la cláusula cuarta del Otrosí No. 4 se establece que *"la ejecución de actividades mineras de construcción y montaje, y explotación, en nuevas áreas diferentes a las del Área de las Concesiones amparada por licencia otorgada por la Corporación Autónoma Regional de los Valles del Sinú y de San Jorge - CVS de acuerdo con la Resolución 224 del 30 de septiembre de 1981 y sus modificaciones, dentro del área del Contrato N° 051-96M, se considerarán ampliación de área y por tanto CERRO MATOSO deberá obtener licencia ambiental de que trata la Ley 99 de 1993 reglamentada actualmente por el Decreto 2820 de 2010 conforme lo dispuesto en su artículo 38"*.

En este aparte se establece que deberán obtener la licencia ambiental sólo para las nuevas áreas que entren en explotación. No obstante, como se evidenció previamente, en la actualidad el

proyecto minero no cuenta con licencia ambiental para la explotación minera, ni para las áreas de los antiguos contratos 866 y 1727, ni para el área original del Contrato 051-96M.

Por otra parte, en el Otrosí No. 4, al referirse a acciones relacionadas con la “licencia” otorgada por la CVS en 1981 a través de la Resolución 224, se está avalando este instrumento para realizar la operación minera actual, sin tener en cuenta que este instrumento correspondía a los antiguos contratos (866 y 1727) que, como se señaló en secciones previas de este documento, dejó de tener vigencia el 1 de octubre de 2012 al expirar los contratos 866 y 1727 e incorporarse estas áreas a la del Contrato 051-96M.

Además, es evidente que las condiciones establecidas por la CVS en 1981 para las 686 hectáreas que se encontraban cobijados por los Contratos 866 y 1727, son sustancialmente diferentes a las actuales, que cobijan un área de 52.850 hectáreas que, según el Otrosí No. 4, corresponden al área neta y total contratada del Contrato 051-96M.

No es factible que en el área cobijada por un contrato minero (051-96M), que no cuenta con licencia ambiental, se pretenda justificar y mantener la explotación de unas áreas que correspondían a unos contratos (866 y 1727) cuyas áreas se incorporaron al Contrato 051-96M, que es 76 veces mayor.

3.8. Sobre el plan de cierre y la póliza minero-ambiental.

De acuerdo con lo señalado en el numeral (5) de la cláusula cuarta del Otrosí No. 4, se establece que *“CERRO MATOSO, dentro del PTO que se presentará antes del vencimiento del plazo de exploración de conformidad con lo previsto en la Cláusula Séptima del presente Otrosí, deberá incluir el plan de cierre identificando las acciones a adelantar para mitigar, recuperar o compensar, según corresponda, los Impactos ambientales y sociales relacionados con el cierre de la mina, el cronograma de las actividades respectivas y su presupuesto, todo de conformidad con lo establecido en sus autorizaciones ambientales relevantes y los Términos de Referencia adoptados por el Ministerio de Minas y Energía mediante Resolución No. 18 0859 de 2002 o las normas que la modifiquen o sustituyan” (subraya fuera de texto).*

Según este enunciado y la información disponible, Cerro Matoso S. A. no cuenta con un plan de cierre aprobado por las autoridades competentes, aun cuando dicha obligación está consignada en la Ley 685 de 2001 y en la reglamentación expedida por el Ministerio de Minas. Esta situación queda inmersa en el citado numeral como de cumplimiento a futuro, sin que medie justificación al respecto, a pesar de que actualmente se están adelantando actividades de explotación en el área del actual Contrato 051-96M.

Por otra parte, en la cláusula décimo cuarta del mismo Otrosí se establece:

Para garantizar el cumplimiento de la totalidad de las obligaciones que CERRO MATOSO adquiere por el Contrato 051-96M, constituirá con una compañía de seguros legalmente establecida en el país una póliza única que ampare el cumplimiento de dichas obligaciones, por una cuantía equivalente al valor del diez por ciento (10%) del resultado de multiplicar el volumen de producción anual estimada de los minerales explotados, con base en lo establecido en el Programa de Trabajos y Obras aprobado, por el precio base de regalías

fijado por la UPME o la entidad que haga sus veces. La garantía se constituirá con vigencia de un (1) año y deberá renovarse anualmente dentro de los treinta (30) días hábiles anteriores al vencimiento de cada anualidad. La última póliza sobre la vigencia del Contrato 051-96M deberá constituirse por el término necesario para cubrir lo que resta de dicho período y tres años más. La póliza única podrá substituirse por una garantía equivalente, incluyendo una garantía bancaria, o una personal de CERRO MATOSO que sea aceptable para LA AUTORIDAD MINERA”.

Sin embargo, en el numeral (5) de la cláusula cuarta se establece que *“en caso de que cinco (5) años antes a la terminación de este Contrato, CERRO MATOSO no hubiese desarrollado las actividades que correspondan de conformidad con el cronograma del plan de cierre progresivo, y provisto los recursos necesarios para el cierre de mina, deberá constituir un patrimonio autónomo con los recursos que cubran las acciones identificadas en el plan de cierre más un veinte por ciento (20%) adicional de los recursos identificados pendientes para finalizar el plan de cierre”.*

Para entender lo expuesto en esta cláusula, se debe tener en cuenta que, en relación con el plan cierre de la explotación, la Ley 685 de 2001 establece (subrayados fuera de texto):

***“Artículo 84. Programa de trabajos y obras.** Como resultado de los estudios y trabajos de exploración, el concesionario, antes del vencimiento definitivo de este período, presentará para la aprobación de la autoridad concedente o el auditor, el Programa de Trabajos y Obras de Explotación que se anexará al contrato como parte de las obligaciones. Este programa deberá contener los siguientes elementos y documentos: [...] Plan de cierre de la explotación y abandono de los montajes y de la infraestructura.*

***Artículo 204. Estudio de impacto ambiental.** Con el Programa de Obras y Trabajos Mineros que resultare de la exploración, el interesado presentará, el Estudio de Impacto Ambiental de su proyecto minero. Este estudio contendrá los elementos, informaciones, datos y recomendaciones que se requieran para describir y caracterizar el medio físico, social y económico del lugar o región de las obras y trabajos de explotación; los impactos de dichas obras y trabajos con su correspondiente evaluación; los planes de prevención, mitigación, corrección y compensación de esos impactos; las medidas específicas que se aplicarán para el abandono y cierre de los frentes de trabajo y su plan de manejo; las inversiones necesarias y los sistemas de seguimiento de las mencionadas medidas. El Estudio se ajustará a los términos de referencia y guías ambientales previamente adoptadas por la autoridad ambiental en concordancia con el artículo 199 del presente Código.*

***Artículo 205. Licencia ambiental.** Con base en el Estudio de Impacto Ambiental, la autoridad competente otorgará o no la Licencia Ambiental para la construcción, el montaje, la exploración cuando requiera la construcción de vías que a su vez deban tramitar licencia ambiental, la explotación objeto del contrato y el beneficio y para las labores adicionales de exploración durante la etapa de explotación [...].”*

Y para garantizar el cumplimiento de estas obligaciones ambientales, la misma Ley 685 de 2001 establece lo siguiente (subrayados fuera de texto):

“Artículo 280. Póliza minero-ambiental. Al celebrarse el contrato de concesión minera el interesado deberá constituir una póliza de garantía de cumplimiento, que ampare el cumplimiento de las obligaciones mineras y ambientales, el pago de las multas y la caducidad. En el evento en que la póliza se haga efectiva, subsistirá la obligación de reponer dicha garantía.

El valor asegurado se calculará con base en los siguientes criterios:

a) Para la etapa de exploración, un 5% del valor anual de la cuantía de la inversión prevista en exploración para la respectiva anualidad; b) Para la etapa de construcción y montaje el 5% de la inversión anual por dicho concepto; c) Para la etapa de explotación equivaldrá a un 10% del resultado de multiplicar el volumen de producción anual estimado del mineral objeto de la concesión, por el precio en boca de mina del referido mineral fijado anualmente por el Gobierno.

Dicha póliza, que habrá de ser aprobada por la autoridad concedente, deberá mantenerse vigente durante la vida de la concesión, de sus prórrogas y por tres (3) años más. El monto asegurado deberá siempre corresponder a los porcentajes establecidos en el presente artículo.

Artículo 202. Garantía. Al celebrarse el contrato de concesión y constituirse la garantía de cumplimiento, con esta quedarán aseguradas, además de las obligaciones mineras las de carácter ambiental.”

De acuerdo con esta legislación vigente y el Decreto 2820 de 2010, una de las obligaciones ambientales de un proyecto de explotación minera es contar con un plan de cierre aprobado por la autoridad ambiental, debidamente presupuestado y garantizado por la póliza de cumplimiento minero-ambiental. De acuerdo con esta norma, dicha póliza tiene que constituirse al celebrar el contrato de concesión y debe cubrir todas las obligaciones ambientales incluyendo “las medidas específicas que se aplicarán para el abandono y cierre de los frentes de trabajo y su plan de manejo”, así como “las inversiones necesarias y los sistemas de seguimiento de las mencionadas medidas”.

Según lo expuesto, no tiene explicación que el Otrosí No. 4 excluya la referencia explícita al cumplimiento de las obligaciones ambientales que deben ser cubiertas por la póliza minero-ambiental, tal como se establece en la ley vigente. Más aún cuando, la denominada *Modificación al Contrato de Concesión No. 866*, suscrita el 22 de julio de 2005 y cuya área se incorporó al Contrato 051-96M, sí hacía referencia explícita a esta obligación cuando estableció (subrayados fuera de texto):

“Cláusula sexta. Autorizaciones Ambientales. La gestión ambiental está incluida como una obligación del contrato. Para las etapas de exploración, beneficio y para las labores adicionales de exploración durante la etapa de explotación se debe contar con el acto administrativo ejecutoriado y en firme, en que la autoridad ambiental competente haya otorgado la autorización ambiental correspondiente, así como los permisos y concesiones para el uso y aprovechamiento de los recursos naturales, si fue el caso”.

Cláusula décima tercera. Póliza Minero-Ambiental. 13.1 Dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha de celebración del presente contrato, EL CONCESIONARIO deberá constituir una póliza de garantía, que ampare el cumplimiento de las obligaciones mineras y ambientales, el pago de las multas y la caducidad. El valor asegurado equivaldrá a un diez por ciento (10%) del resultado de multiplicar el volumen de producción anual estimada del mineral objeto de la concesión, con base en lo establecido en el Programa de Trabajos y Obras aprobado para dicha etapa, por el precio a boca de mina del referido mineral fijado anualmente por el Gobierno. 13.2 La póliza de que trata esta cláusula deberá ser aprobada por LA CONCEDENTE, deberá mantenerse vigente durante la vida de la concesión, de sus prórrogas y por tres (3) años más. En el evento de que la póliza se haga efectiva, subsistirá la obligación de reponer dicha garantía”

Por otra parte, cuando se establece como garantía del cumplimiento del plan de cierre la constitución de un patrimonio autónomo “cinco (5) años antes a la terminación de este Contrato”, de ninguna manera esta obligación puede entenderse como sustituta, sino como complementaria a la obligación de constituir a la suscripción del contrato una “garantía de cumplimiento, con esta quedarán aseguradas, además de las obligaciones mineras las de carácter ambiental”.

Además, esta decisión contraría el alcance de la licencia ambiental, que según el Decreto 2820 de 2010 comprende “*la planeación, emplazamiento, instalación, construcción, montaje, operación, mantenimiento, desmantelamiento, abandono y/o terminación de todas las acciones, usos del espacio, actividades e infraestructura relacionados y asociados con su desarrollo*”. Este es un asunto del resorte de la autoridad ambiental, a quien corresponde establecer o aprobar el cronograma de cierre de las actividades mineras y la garantía que se requieren para ese fin, según se dispone en el artículo 40 del Decreto 2820 citado, sin perjuicio de la constitución de la póliza a que se refiere el Código de Minas, antes señalada. Así mismo, este aspecto podría excluir la posibilidad de exigir la recuperación de los pasivos minero-ambientales que ocasiona el explotador minero, con graves consecuencias para el patrimonio del Estado.

Llama la atención el hecho de que en Expediente LAM1459 remitido por la ANLA a la CGR no se haga mención alguna a estas pólizas y a su respectiva vigencia, como condición expresa de las obligaciones ambientales establecidas en la ley vigente. No hay evidencia en la documentación disponible de que el contratista haya cumplido con el mandato legal y lo establecido expresamente en el contrato perfeccionado el 11 de agosto del 2005, en el sentido de constituir una póliza de garantía que ampare el cumplimiento de las obligaciones ambientales (además de las obligaciones mineras) y de “mantenerse vigente durante la vida de la concesión, de sus prórrogas y por tres (3) años más” como lo establece el contrato. En efecto, en el Expediente LAM1459 remitido por la ANLA a la CGR no se hace mención alguna a esta póliza y a su respectiva vigencia, como condición expresa de las obligaciones ambientales establecidas en la ley vigente. Más aún, la ANLA como autoridad ambiental, en comunicación suscrita por su Directora General sobre el tema de la póliza minero-ambiental, contradice expresamente este mandado de la Ley 685 de 2001, consignado expresamente en la cláusula 13 del contrato

suscrito por el Gobierno Nacional con Cerro Matoso S. A. el 22 de julio de 2005, cuando argumenta lo siguiente:

“Copia de la póliza minero-ambiental... Conforme con la legislación ambiental vigente en lo que corresponde a la licencia ambiental, sólo para la fase de desmantelamiento y abandono se exige póliza que ampare las actividades descritas en el plan de desmantelamiento correspondiente. En relación con la póliza a la que hace referencia el parágrafo 1 del artículo 3 del Decreto 1753 de 1994, para los proyectos, obras o actividades sujetas a licencia ambiental, la cual debía renovarse anualmente y tendría una vigencia por la vida útil del proyecto y dos años más a juicio de la autoridad ambiental, que (sic) considerando que el Decreto 1728 de 2002, eliminó la obligación de la presentación de pólizas ambientales de cumplimiento, al igual que el Decreto 1180 de 2003, y el hoy vigente Decreto 2820 de 2010, no es exigible la constitución de la póliza de cumplimiento ambiental referida, así como tampoco la prórroga de las que se hubieren constituido bajo el amparo de dicha norma.”

En relación con esta argumentación de la dirección de la ANLA, se establece lo siguiente:

- 1) Una norma reglamentaria como el Decreto 1728 del 2002 NO puede eliminar la obligación de la presentación de pólizas ambientales de cumplimiento establecidas cuando la constitución de ésta se encuentra expresamente consignada en la Ley 685 de 2001.
- 2) Una norma reglamentaria como el Decreto 1728 del 2002 NO puede invalidar la cláusula 13 del contrato perfeccionado el 11 de agosto de 2005, la cual obliga a cumplir con el mandato de la Ley 685 de 2001 en relación con la suscripción de una póliza minero-ambiental que ampare el cumplimiento de las obligaciones ambientales.

3.9. Sobre el manejo de la canga y otros minerales.

Cerro Matoso S. A. continúa teniendo dominio del lugar de disposición de la canga producida al momento del Otrosí No. 4, aunque afirma dejarla a disposición de la Autoridad Minera. La canga que se produzca a partir del Otrosí No. 4 en un sitio definido en el denominado PTO anticipado, sin embargo se le da a Cerro Matoso S. A. por adelantado la opción de tal disposición sin conocer aún cuál será la disposición y localización de este recurso del Estado y si tal manejo implica o no retribución alguna a costa del Estado en favor de Cerro Matoso S. A. por tal labor.

Igualmente se da la opción de cubrir la canga a Cerro Matoso S. A. en un sitio diferente al depósito Canga III, con lo cual amplía o mantiene la restricción de uso de la canga al Estado en caso que se desee disponer de la misma por parte de la Autoridad Minera, dado que debe demostrar que el ingreso económico por tal uso es mayor que el costo de dejarla descubierta y a disposición por parte de Cerro Matoso S. A.

La decisión de usar o no la canga por parte del Estado queda entonces en manos de Cerro Matoso S. A., manifestada en su expresión de costos de despeje de la misma, y no en manos de su propietario, el Estado. Con esto, se deja en posición desventajosa a la Autoridad Minera junto a los riesgos morales de la información de Cerro Matoso S. A., ya que no se definió que fuera el

costo operativo sin margen de utilidad la cifra afecta al costo de remover el material que cubre en la actualidad la canga.

Con el Otrosí No. 4 se incluye la explotación de nuevos minerales diferentes a los pactados originalmente en contrato 051-96M de 1996, ya que en una modificación previa se incluyó el carbón y sus asociados o en liga íntima, a pesar que el yacimiento de níquel corresponde a un origen y tipo diferente de roca al yacimiento de carbón. Sin embargo, no se hace mención alguna del ferroníquel (que es realmente lo que produce en Cerro Matoso S. A.), así como la canga, “chatarra”, MNR y cobalto.

3.10.-> Sobre las causales de caducidad.

En el párrafo de la cláusula cuarta se hace referencia “*al caso de incumplimiento grave declarado de forma ejecutoriada por la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales*” (ANLA), sobre lo cual debe señalarse que no existe en la normativa ambiental, una declaratoria de incumplimiento grave, de manera tal que este aspecto no tienen aplicación práctica. La autoridad ambiental puede imponer sanciones por violación de las normas ambientales o la generación de daño al ambiente, según se dispone en la Ley 1333 de 2009. Sobre este mismo aspecto, se señala en la cláusula vigésima segunda del Otrosí:

Artículo 112. Caducidad. El contrato podrá terminarse por la declaración de su caducidad, exclusivamente por las siguientes causas: [...]

g) El incumplimiento grave y reiterado de las regulaciones de orden técnico sobre la exploración y explotación mineras, de higiene, seguridad y laborales, o la revocación de las autorizaciones ambientales necesarias para sus trabajos y obras;

i) El incumplimiento grave y reiterado de cualquiera otra de las obligaciones derivadas del contrato de concesión;

Además de lo expuesto, se destaca que el artículo 211 de la Ley 685 de 2001 fue derogado por el artículo 31 de la Ley 1382 de 2010. Esta Ley, si bien fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, debe recordarse que el efecto de dicho fallo fue diferido dos años, razón por la cual a la fecha de la firma del Otrosí No. 4 tenía plena vigencia. Así las cosas, este Otrosí debió firmarse con la legislación vigente sobre las cláusulas de caducidad.

Adicionalmente en la cláusula vigésimo tercera se hace referencia al procedimiento que debe seguir la Autoridad Minera para la declaratoria de la caducidad del contrato y se señala la obligatoriedad para esta de otorgar un término *razonable* adicional a Cerro Matoso S.A. en caso de que no hubiese dado respuesta dentro de los 90 días hábiles concedidos para tal fin, siempre y cuando el Titular Minero este tratando diligentemente de subsanarla. Lo anterior resulta, a todas luces, imposible de probar y en ese sentido, la Autoridad Minera deberá otorgar un término adicional, cualquiera que sea, el que estime pertinente según las sanas prácticas mineras. Lo anterior desde el punto de vista de la CGR resulta subjetivo.

3.11. Sobre la condiciones de auditoría.

La cláusula séptima del Otrosí No. 4 se titula *Informes y Auditoría*. Sin embargo, en el texto de la misma solo se contemplan asuntos relacionados con el PTO y su contenido. A su vez, no se establece un término a Cerro Matoso S. A. para que corrija o adicione las deficiencias u omisiones de fondo señaladas por la Autoridad Minera.

De igual manera, se observa en dicha cláusula que se exige a Cerro Matoso S. A. llevar los registros e inventarios actualizados de la producción en boca o borde de mina y en sitios de acopio, para establecer en todo momento los volúmenes de los minerales en bruto y entregados a las plantas de beneficio. Al respecto se señala que no se contempló la forma como se va a realizar el seguimiento a esa producción en boca o en borde de mina.

3.12. Sobre un eficiente aprovechamiento de los minerales.

En la cláusula octava se manifiesta que *“CERRO MATOSO llevará a cabo las labores de exploración y explotación de manera integral y racional, con plena autonomía técnica y directiva, buscando evitar el deterioro o la inutilización de los yacimientos, y tendrá el control de todas las operaciones y actividades que considere necesarias para una exploración, explotación y procesamiento, económica y técnicamente eficiente”*; y complementa expresando que *“CERRO MATOSO será el único responsable desde el punto de vista técnico de todas las actividades relacionadas con la ejecución del Contrato 051-96M y de los efectos que las mismas produzcan, de conformidad con las normas legales vigentes”*.

De acuerdo con este postulado, Cerro Matoso es la única responsable del aprovechamiento eficiente de los minerales, lo cual puede entenderse como una claudicación de las funciones de regulación y control por parte del Estado, en favor de un particular, en aspectos tales como el ejercicio de su potestad de decidir hasta dónde es viable la explotación del mineral. Igualmente, con esta declaratoria de *“plena autonomía técnica”*, existen implicaciones ambientales, que pueden entenderse que también quedaron sometidas al imperio de la voluntad del actor regulado.

La supuesta explotación integral y racional de un yacimiento depende de consideraciones que están en cabeza de la empresa, la cual no necesariamente coinciden con los intereses del Estado, quien es el propietario del recurso minero y puede a través de las autoridades mineras, ambientales y territoriales, adelantar las actividades de control y seguimiento que estime pertinentes.

3.13. Sobre los reconocimientos técnicos de la Autoridad Minera.

En la cláusula novena del Otrosí No. 4 establece que *“CERRO MATOSO permitirá y facilitará las inspecciones que, por su cuenta y riesgo, realice LA AUTORIDAD MINERA [...] dentro del Área Total Contratada con el fin de constatar o revisar las actividades de exploración y explotación de dicha área, [...] sobre las cuales podrá hacer las observaciones y reconocimientos técnicos que consideren pertinentes”*



Al respecto, no se indica en el otrosí cuáles son los efectos ni el carácter que tienen las observaciones y reconocimientos técnicos que emita la Autoridad Minera, ni se establece si estos son vinculantes o no. Tampoco se incluye dentro de estas inspecciones las que se podrían hacer sobre el proceso metalúrgico. En este aspecto también debe haber claridad, sobre las facultades de control y seguimiento de la autoridad ambiental.

Se hace referencia al control técnico de la exploración y explotación, frente a lo cual esta Contraloría considera que se debería haber añadido la posibilidad de constatar, durante toda la vida del contrato de concesión, los procesos y la documentación que soporta el desarrollo del contrato en sus distintas etapas, vigilando entre otras todas las operaciones que son deducible de regalías, ya que sólo se obliga a permitir la inspección de exploración y explotación “dentro del Área Total Contratada”, sin mencionar nada respecto de las demás actividades deducibles que se realizan por fuera de dicha área, tales como la fase metalúrgica, el transporte y el embarque.

3.14. Sobre el canon superficario.

En la cláusula décima del Otrosí no. 4 se establece que, durante la vigencia del Contrato 051-96M, Cerro Matoso S. A. pagará las siguientes sumas:

“(3) Por concepto de canon superficario: (a) Para el período comprendido entre ello de octubre del año 2012 y la fecha de expiración del Contrato 051-96M: una suma anual equivalente a cinco dólares de los Estados Unidos de América (US\$5), por hectárea y por año, medidas con base en la superficie del Área Total Contratada en la fecha del pago. [...] (b) Durante la prórroga del período de exploración del 2 de agosto de 2015 al 1 de agosto de 2020 y durante el período de construcción y montaje, CERRO MATOSO pagará un canon superficario adicional al previsto en el literal anterior, equivalente a un salario mínimo diario legal vigente (smdlv) en Colombia por hectárea año que se mantenga bajo el Contrato. Contrato. A partir del vencimiento del período de construcción y montaje, el canon superficario corresponderá de nuevo a lo previsto en el literal (a) del presente numeral (3).”

En relación con este tema, el artículo 230 de la Ley 685 de 2001 (modificado por el artículo 16 de la Ley 1382 de 2010) establece:

“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 período 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.”

Lo anterior significa que en el período comprendido entre el 1° de octubre de 2012 y el 1° de agosto de 2015, según el otrosí No. 4, Cerro Matoso S. A. pagará por canon superficiario 5 dólares americanos por hectárea y por año, lo que, a las tasas de cambio actuales, representan menos de 10 mil pesos colombianos. Entre esta última fecha y el 1° de agosto de 2020, la empresa pagará un SMDLV, equivalente en la actualidad a 19.650 pesos. Y, después de esta última fecha, retornará a pagar un equivalente actual de menos de 10 mil pesos colombianos.

En contraste, de acuerdo con la ley vigente en el momento de suscribir este Otrosí, y teniendo en cuenta que el Contrato 051-96M se perfeccionó el 2 de agosto de 1999 y lleva por tanto más de 13 años de vigencia en su etapa de explotación, Cerro Matoso S. A. debería pagar por concepto de canon de superficiario al menos 1.5 SMDLV, equivalentes actualmente a 29.475 pesos colombianos¹³ (en contraste con valores entre menos de 10 mil pesos y menos de 20 mil pesos por hectárea y por año que establece el Otrosí No. 4). Esto sugiere que, al aplicar lo establecido en este Otrosí, se estaría generando un detrimento patrimonial por cobrar un canon superficiario inferior al ordenado por la ley.

Adicionalmente, tanto para este canon superficiario como para los pagos por concepto de administración y auditoría establecido en el numeral (2) de esta misma cláusula se señala que estos, *“se reajustará anualmente, de acuerdo con el índice ‘Cambios en los Precios al Consumidor para todos los Consumidores Urbanos’ de los Estados Unidos de América, informado por la Embajada de dicho país en Bogotá”*. Sin embargo, no se estableció procedimiento alguno en caso de que ese índice desaparezca que la Embajada de dicho país deje de informarlo. Además, cuando se dispone que los desembolsos se ajustarán según el IPC de los Estados Unidos de América, no se conoce un análisis económico que muestre la pertinencia y conveniencia de esta determinación, teniendo en cuenta los intereses del país y que la moneda nacional es el peso; y que, en algunas oportunidades, el índice seleccionado para los EUA tiene valores muy bajos e incluso negativos, tal como lo pudo constatar la CGR.

3.15. Sobre incremento en regalías de níquel como contraprestación adicional.

En el numeral (4) de la cláusula décima del Otrosí No. 4 se pactó una contraprestación adicional a título de compensación. Se fijó que hasta que Cerro Matoso S. A. *“haya incrementado [...] su capacidad de procesamiento de mineral en planta de 3 millones de toneladas secas por año a 4.5 millones de toneladas secas por año”* se pagará *“una suma equivalente a un punto porcentual (1%) adicional a la regalía del 12% por la explotación de Níquel prevista en la Ley 141 de 1994, sobre la totalidad de la producción de níquel obtenida”*. O, en caso de que se supere esta capacidad instalada, *“hasta el 1 de agosto de 2029, CERRO MATOSO pagará a título de compensación una suma equivalente a un y medio punto porcentual (1.5%) adicional a la regalía del 12% por la explotación de Níquel prevista en la Ley 141 de 1994, sobre la totalidad de la producción de níquel obtenida en el trimestre dentro del Área Total Contratada”*. Y, finalmente,

¹³ Además, antes de la reforma en 2010 del artículo 230 de la Ley 685 de 2001, este canon correspondía a 3 SMDLV por hectárea-año, equivalentes en la actualidad a \$58.950.

“a partir del 2 de agosto de 2029, de no haberse resuelto la prórroga de que trata el numeral (1) de la cláusula tercera del presente Otrosí, y hasta el vencimiento del Contrato, CERRO MATOSO pagará a título de compensación una suma equivalente a dos puntos porcentuales (2%) adicionales a la regalía del 12% por la explotación de Níquel prevista en la Ley 141 de 1994, sobre la totalidad de la producción de níquel obtenida en el trimestre dentro del Área Total Contratada”.

Como se explicó en secciones previas¹⁴, no es comprensible que esta compensación se establezca a cambio de *“diferir hasta la terminación del Contrato No. 051-96M la exigibilidad del derecho a la reversión de la totalidad de los bienes muebles e inmuebles adquiridos o construidos por CERRO MATOSO que deben revertir a la NACIÓN”* de acuerdo con lo ya ordenado en los contratos 866 y 1727 y después de que dichos contratos expiraron.

En ese sentido, y más allá del cuestionamiento legal de haber efectuado la modificación de unos contratos después de su expiración, a través de acuerdos contractuales establecidos en otro contrato totalmente distinto, tampoco son claros los beneficios que representan para el Estado dichos cambios. Al respecto, no se conocen estudios de factibilidad y conveniencia de pretender sustituir un arrendamiento de la infraestructura a pagar al Estado, como legítimo dueño de la infraestructura revertida, por una suma equivalente el 1,25% del valor de las ganancias operativas después de impuestos (definidas en los contratos 866 y 1727) por un incremento del porcentaje del valor de las regalías, calculadas sobre el valor de la producción a boca de mina. Para hacer esta evaluación se requeriría contar información con el valor del inventario de los bienes obligados a revertir, así como de las proyecciones del valor de la producción a boca de mina y el valor de las ganancias operativas, después de impuestos.

En efecto, el Otrosí No. 4 sustituye la figura de pago de arrendamiento por los activos revertidos del 1,25% sobre la ganancia operativa después de impuestos (definida en los contratos 866 y 1727), y se establece una figura alterna equivalente a un porcentaje entre el 1% y el 2% del valor de la producción a boca de mina. Desde el punto de vista de los intereses económicos del estado, esta figura es totalmente inconveniente dado que el valor de los activos, según las presentaciones hechas por Cerro Matoso S. A. a la CGR, estaría cercano a los 1.8 billones de pesos de 2012. Esto representa una pérdida efectiva de posición económica para el Estado en este punto, ya que según los estudios previos hechos por Ingeominas en funciones de Autoridad Minera, con el esquema original de arrendamiento, el 1.25% no compensaba el efecto neto sobre los impuestos que deja de percibir la Nación con la reversión de los bienes. Con el Otrosí No. 4, Cerro Matoso S. A. sigue con el pleno manejo de los mismos, sin pagar arrendamiento alguno porque se aplaza la reversión de manera indefinida, es decir sin limitación alguna.

Es importante resaltar que el canon de arrendamiento de los bienes revertidos, establecido en los contratos 866 y 1727 no partía tampoco del valor de los activos; y la rentabilidad operativa de los mismos, en un 1,25% después de impuestos, no estaba soportado por estudio alguno. Con la medida sustitutiva de un incremento en 1,5% sobre el valor a boca de mina se hace un esguince

¹⁴ Ver la sección 2.5. *Sobre la reversión de bienes acordada en los contratos 866 y 1727.*

3.18. Sobre la facultad de Cerro Matoso de ceder, gravar o subcontratar.

En la cláusula décimo segunda del Otrosí No. 4 se establece la facultad para ceder, gravar o subcontratar y se señala que tanto Cerro Matoso como sus sub-contratistas entregarán a la Autoridad Minera, cuando ésta lo solicite, la información de carácter técnico y económico respecto de las actividades que adelantara el subcontratista *“incluyendo los soportes de la declaración de renta de cada una en relación con los costos y gastos surgidos a partir de la subcontratación que se relacionen directamente con este Contrato, así como el estudio de precios de mercado a que se refiere el párrafo precedente (una vez dicho estudio haya sido completado)”*.

Al respecto, se considera que se debería haber hecho alusión en este Otrosí a la obligación por parte de Cerro Matoso, de los subcontratistas y de la Autoridad Minera, de conservar por lo menos durante toda la vida del contrato, lo que incluye sus posibles prórrogas, toda la documentación que soporta esos costos y gastos. De igual manera, se debió haber contemplado la obligatoriedad de conservar la documentación relacionada con los subcontratos, para poder verificar los costos deducibles aplicados sobre la base de la regalía.

En el numeral 1 de la cláusula décima segunda se establece que la Autoridad Minera no podrá negar una posible cesión y gravamen *“sino por razones justificadas”*. Al respecto se señala que el Estado Colombiano, como propietario del subsuelo, tiene la potestad y la libre determinación de aprobar o no este tipo de cesión, cuando lo considere pertinente; y no debe establecerse en el contrato consideración que condicionen o limiten el libre ejercicio de esta potestad. Esta observación también aplica para la *“subcontratación”* establecida en el numeral 2 de esta misma cláusula.

En el cuerpo del Otrosí y en particular en la cláusula décima segunda, se establece el proceso de lixiviación como una actividad de alta complejidad y que no puede ser desarrollada alguien diferente a Cerro Matoso S. A. o *“con vinculados económicos o partes relacionadas”*, cerrando cualquier posibilidad que terceros hagan parte de esta operación y adicionalmente define un control absoluto sobre este proceso de beneficio que entre otros, es objeto de deducción de regalías y no es sujeto de reversión dado que obedece a inversiones de un tercero vinculado.. Se debe exigir a Cerro Matoso un documento en donde se demuestre que la lixiviación es un proceso exclusivo de la empresa, tomando en cuenta que la lixiviación en medio ácido de un mineral metálico en una matriz rocosa y su posterior extracción por precipitación es una operación recurrente para diferentes minerales y goza de principios normales de ingeniería que bien podrían ser proveídos por diferentes actores del mercado en condiciones de mayor favorabilidad a las expuestas en el Otro Sí No 4. De no serlo, se requiere entonces solicitar los estudios de pertinencia y conveniencia que se realizaron para optar por la adjudicación directa de manera explícita dentro del cuerpo del Otro Sí No 4. Al respecto de esta misma cláusula décimo segunda, se destaca que la responsabilidad en el cumplimiento de los términos, condiciones y obligaciones de índole ambiental, son responsabilidad del beneficiario de las autorizaciones ambientales, y en caso de obtenerlos, corresponderá a Cerro Matoso. Teniendo en cuenta esta observación se considera que el parágrafo segundo del numeral 2 de esta cláusula

a las observaciones de los diferentes consultores de Ingeominas, los cuales fueron consistentes en señalar que este porcentaje como canon de arrendamiento no era conveniente, bajo ningún punto de vista. Se requiere con URGENCIA la posición de la DIAN en este punto, para saber el efecto neto de esta situación. Además, al cambiar un arrendamiento de activos destinados a la Nación por una contraprestación contractual, destinada por la Ley 141 de 1994 a los entes territoriales y en buena proporción a la CVS, se estaría modificando en un contrato la destinación de recursos públicos explícitamente establecida en la ley.

Finalmente, los incrementos en la “*capacidad de procesamiento de mineral*” contemplados en esta misma cláusula, así como en la cláusula tercera del mismo Otrosí, se pactan sin hacer ninguna referencia a la necesidad de ajustar la autorización ambiental que requiere para realizar estos incrementos. Esto podría traducirse en un incumplimiento por eventuales causas ambientales. Se considera que la variable ambiental debe condicionar la consecución de estos volúmenes pactados, indicando expresamente que de no llegarse a los montos por razones de este tipo no podrán considerarse incumplimientos o lesionar los intereses del país.

3.16. Sobre la inversión social regional.

En el numeral (6) de la cláusula décima se establece que Cerro Matoso S. A. “*efectuarán un aporte equivalente a diez millones de dólares de los Estados Unidos de América (US\$10.000.000) de la fecha de firma del presente Otrosí, desembolsos que se realizarán hasta antes del 31 de diciembre de 2016, con destino a proyecto(s) o programa(s) social(es) de alto impacto en la región del departamento de Córdoba, los cuales serán definidos y ejecutados por CERRO MATOSO o por quien ella delegue, teniendo en cuenta los planes de desarrollo adoptados por los municipios del área de influencia directa de su operación y/o los planes del Gobierno Nacional para dicha región, identificando las necesidades particulares de ésta última*” (subrayado fuera de texto).

Al respecto no se plantea ningún mecanismo de control, ni de fiscalización de las inversiones. No se establece tampoco un mecanismo para garantizar la adecuada inclusión de los planes de gobierno y se subroga el interés de las autoridades locales, regionales y nacionales a los intereses particulares de la empresa minera. En síntesis, no se establecen mecanismos de control y fiscalización del Estado colombiano sobre estos recursos, “*ejecutados por CERRO MATOSO o por quien ella delegue*”.

3.17. Sobre la producción mínima exigida.

En la cláusula décimo primera de Otrosí No. 4 se mantuvo la producción mínima del área neta contratada conforme el volumen de producción que se determinara en el PTO, y del área de las concesiones en el mínimo establecido en los contratos 866 y 1727.

En relación con este aspecto, la Contraloría estima que se podría haber aumentado la exigencia de la producción mínima. Se considera además, que cualquiera que sea el volumen de producción, éste debe ajustarse a los requerimientos y necesidades de ajuste en materia de licenciamiento ambiental.

debería haberse ajustado, para aclarar que no aplica la sentencia de que *“CERRO MATOSO podrá libremente subcontratar, sin mediar autorización previa, en todos los demás casos”*.

En el literal iii del numeral 3 de esta misma cláusula se debería haber ajustado en el sentido de indicar que *el “mineral deberá proceder del Área Total contratada”*, especificando que debe contar con la respectiva licencia ambiental. Lo anterior en razón a que la expectativa de explotar minerales que emana de un título minero, solo se consolida con el otorgamiento de la Licencia Ambiental en la cual se establecen claramente las áreas en donde se aprueba la explotación y los términos, condiciones y obligaciones a que queda sujeta la misma.

3.19. Sobre resolución de controversias.

En la cláusula trigésima tercera del Otrosí No. 4 se establecen mecanismos para la resolución de controversias en materia jurídica, técnica y contable las cuales deben ser resueltas de manera diferente para cada caso. Se expresa que en caso de controversias contables y a falta de común acuerdo, serán designados tres expertos por la Junta Central de Contadores; y que en caso de controversias técnicas, el nombramiento de tres expertos lo hará la Junta Directiva de la Sociedad Colombiana de Ingenieros o de la Sociedad Colombiana de Geología. Se está dando allí un tratamiento desigual a la solución de controversias, por cuanto ni la Sociedad Colombiana de Geología ni la Sociedad Colombiana de Ingenieros son entes estatales, encargados velar por el proceder ético de los profesionales, como sí lo es la Junta Central de Contadores. Las dos primeras simplemente son sociedades que, como su nombre lo indica, asocian de manera voluntaria a los profesionales que así lo deseen. No pasa lo mismo con la Junta Central de Contadores que inscribe y disciplina a los profesionales de la contaduría pública.

Adicionalmente, se debe especificar que los mecanismos establecidos, debidamente ajustados, no comprometen ni incluyen los temas ambientales, por cuánto éstos se enmarcan en la legislación y reglamentación ambiental correspondiente, por lo que no deben ser incluidas dentro de las cláusulas que no hacen parte de las condiciones contractuales pactadas.

Por otra parte se hace alusión a la fuerza mayor y a la posibilidad de que el cumplimiento de las obligaciones previstas en el contrato quedaran suspendidas mientras una de las partes no esté en posición de cumplirlas total o parcialmente, por circunstancias no previstas o constitutivas de fuerza mayor. Al respecto, podría pensarse que *ipso iure* se da la suspensión contractual, sin mediar ninguna clase de acto administrativo que declare el acaecimiento de la fuerza mayor o el caso fortuito.

3.20. Sobre condiciones de modificación del Contrato.

En la cláusula trigésima quinta se indica que, si por cambio de las circunstancias existentes al momento de la firma del Contrato, a juicio de las partes no es posible cumplir con el objeto del mismo, es posible modificarlo o firmar un contrato nuevo *“en términos no menos favorables a Cerro Matoso”*. Resulta inconveniente para los intereses del Estado que el contrato establezca obligaciones de este tipo, que benefician claramente intereses particulares y que al hacerlo implican necesariamente términos desfavorables para el Estado sin siquiera establecer unas condiciones mínimas para la defensa del patrimonio público.

3.21. Sobre las funciones que asume la Agencia Nacional Minera

Se señala en la cláusula decima séptima que la Autoridad Minera prestará a Cerro Matoso S.A la colaboración necesaria para obtener las servidumbres para el desarrollo de las operaciones; sin embargo, la Agencia Nacional de Minería no debe por se involucrarse en un procedimiento netamente privado-policivo. Igualmente a lo largo del documento del Otro sí No. 4 se menciona la protección que realizará la Autoridad Minera de los derechos de Cerro Matoso S.A. contemplados en dicho documento, para que los mismos no sean afectados ni desmejorados.

En la misma línea, la cláusula trigésima quinta establece que si por cambio de las circunstancias existentes al momento de la firma del Contrato, a juicio de las partes no es posible cumplir con el objeto del mismo, es posible modificarlo o firmar un contrato nuevo “ *en términos no menos favorables a Cerro Matoso*”, pero nada se dice acerca de en términos no menos desfavorables para el Estado.

Llama la atención entonces, la función proteccionista que asume la Autoridad Minera de los intereses privados de la empresa, así como el establecimiento contractual de funciones que las normas no le han adjudicado a dicha entidad.

3.22. Sobre la reserva de información.

La cláusula trigésima octava menciona la reserva de información de conformidad con el artículo 260 del Decreto 2655 de 1988, lo cual reafirma lo expuesto en el numeral 1 de este escrito donde se hace referencia a la aplicación de una norma derogada y en donde señala que existe aplicación normativa disímil al acogerse postulados de la Ley 685 de 2001 para algunos aspectos y en otros al antiguo Código de Minas en lo que es conveniente para la empresa. Un mismo Contrato, sobre una misma área, para un mismo proyecto, no puede tener dos regímenes jurídicos diferentes.

De otro lado, en ésta cláusula se afirma que los funcionarios que por razón de la vigilancia y fiscalización del contrato conozcan o custodien informes, procesos, diseños, conceptos entre otras cosas, “... *están obligados a guardar reserva sobre ellos so pena de destitución inmediata por mala conducta y sin perjuicio de que pueda caberles conforme a la ley penal*”, lo cual constituye de primera mano una violación flagrante al debido proceso si se tiene en cuenta que la responsabilidad objetiva se encuentra proscrita.

Como aspecto relevante observado, y que debe ser rebatido y ajustado, se elimina la posibilidad de la verificación en libros de los aspectos económicos y contables de todas las cifras afectas al contrato (incluido las del Otrosí 4), con lo que el riesgo moral de los datos queda materializado. Lo anterior teniendo en cuenta la reciente experiencia con la actuación especial adelantada por la CGR, en el tema de la revisión de las cifras afectas a liquidación de regalías de los contrato 866 y 1727. De acuerdo al Otrosí, Cerro Matoso S. A. suministrará la información económica, pero no está expresa la verificación en libros de tales cifras.

4. CONCLUSIONES FINALES

Una vez efectuado el análisis respectivo al Otrosí No. 4 al Contrato 051-96M, en esta sección se presenta una síntesis de las conclusiones centrales.

4.1. Desde la perspectiva de la regulación ambiental.

- No hubo consulta previa para suscribir el Otrosí No. 4 al Contrato 051-96M, la cual es necesaria por la existencia de comunidades negras en el área del contrato
- El proyecto minero cobijado por el Contrato 051-96M no cuenta con licencia ambiental
- Las áreas de los contratos 866 y 1727, se incorporaron al área del Contrato 051-96M el 1 de octubre de 2012, de manera tal que actualmente no cuentan con ninguna autorización ambiental que ampare las actividades de explotación que allí se realizan, conforme se dispone en el artículo 208 del Código de Minas, norma a la que se acogió Cerro Matoso para estos dos contratos en 2005.
- Se establecen acciones en materia ambiental frente a las cuales las autoridades mineras no tienen competencia
- Vía contractual se pretende validar el instrumento de manejo y gestión ambiental (DEMA) que fue declarado nulo el 20 de agosto de 1998 por el Consejo de Estado y que en su momento pretendió amparar las actividades de exploración en el área original del Contrato 051-96M, extendiendo las actividades de exploración hasta el 2020, desconociendo en materia de prórrogas, lo dispuesto en el Código de Minas y su modificación la Ley 1382 de 2010.
- Se establecen obligaciones ambientales y se plantean regímenes de transición normativa, que son del resorte de la autoridad ambiental.
- Se establecen acciones relacionadas con el cierre minero que han sido un incumplimiento permanente de la empresa frente a la autoridad ambiental, lo cual puede entenderse como una validación del incumplimiento

4.2. Desde la perspectiva de regalías y compensaciones.

- La CGR no tiene claro el beneficio obtenido en la negociación frente a las regalías y compensaciones establecidas. En primer lugar, la contraprestación económica a título de compensación adicional que fue pactada a cambio de un pago por canon de arrendamiento implica, es preciso indicar que los dineros que se reciban por este

concepto van a parar en un porcentaje cercano al 50% a la Corporación Autónoma del Valle del Sinú y el porcentaje restante entre los municipios productores y el Distrito de Cartagena. En síntesis, la Nación mediante un contrato transfiere la participación a la que tiene derecho por el arrendamiento de los bienes muebles e inmuebles circunscritos al contrato 051-96M, incluso tomando en cuenta que ni siquiera el Estado a través de su Autoridad Minera tuvo la previsión de evaluar cuantitativa y cualitativamente los bienes objeto de reversión u objeto de arriendo u objeto de contraprestación a título de compensación, aun cuando fue un compromiso contractual derivado de los contratos fenecidos en octubre de 2012.

- En segundo lugar, sí la contraprestación adicional a título de Compensación es lo correspondiente al canon de arrendamiento, entonces cual es el valor agregado para el Estado cuando se aumente la producción en la mina?, los porcentajes adicionales cuando lo que denomina el Otro Sí No 4 la "capacidad de procesamiento del mineral" logre superar los 4.5 millones de toneladas?. Quien establecerá cuando se tiene la "capacidad de procesamiento del mineral"?. Para la CGR existe una zona gris en las definiciones particulares que se plantearon frente a lo que le debe corresponder al Estado por una mayor producción de mineral, dado que esto se basa es en, precisamente, exista un ganancia entre el concesionario y el Estado colombiano y pueda ser corroborable de manera directa. Para este caso, dado que la autonomía técnica es 100% del concesionario existe un riesgo moral frente a la posibilidad de aumentar los ingresos del Estado cuando aumente la producción, o, lo que es lo mismo, cuando aumente el ingreso del negocio.
- Adicionalmente, las regalías se pactan nuevamente en función del Níquel. No se tiene en cuenta el hierro como parte de la aleación polimetálica, tal como se expresó en el documento. No entiende la CGR como se deja por fuera un recurso natural no renovable perfectamente definido y con precio establecido en boca de mina. Incluso, el Estado a través de su Autoridad Minera pudo haber contemplado el colocar el ferroníquel como objeto directo de regalía, dado, como ya se expresó anteriormente, que tal como se extrae y beneficia en la mina se usa como materia prima de un proceso industrial. Es decir, el porcentaje de hierro no es separado mediante un proceso posterior y por lo tanto no es considerado una escoria o elemento indeseable. Todo lo contrario, su participación en la molécula permite precisamente que sea considerado de mayor valor dado que es de esa estructura como se requiere para el proceso final de manufactura. La Autoridad Minera ni cobró el Hierro, ni evaluó el cobro directo como ferro níquel. Habrá de evaluarse si el transporte del mineral a puerto y a destinatario final solo sea aceptado

en la proporción que se encuentra el níquel en la aleación, dado que solo ese elemento se considera para la regalía, de conformidad se asume que el transporte sea considerado en su proporción como costo deducible.

- Por último es pertinente conocer las razones que asistieron a la Autoridad Minera para aceptar contra toda jurisprudencia tributaria la vinculación de un tercero contractualmente para el tratamiento de lixiviación, tomando en cuenta en lo expuesto dentro del documento referente a la falta de justificación frente a la aceptación dentro del contrato para la subcontratación con un VINCULADO los "...servicios de procesamiento de mineral mediante lixiviación". Es decir, se tiene que presumir la exclusiva idoneidad de dicho tercero en un proceso fisicoquímico, cuya complejidad técnica no ha sido justificada lo suficiente como para involucrar un costo deducible de las Regalías sin tener el control real del valor por tonelada que va a ser objeto por este concepto, generando otro riesgo moral dada la autonomía técnica otorgada dentro del Otro Sí No 4 al concesionario. Incluso, al final de la concesión, los bienes muebles e inmuebles construidos, instalados y puestos en marcha no serán objeto de reversión sino que serán objeto de contratación adicional, generando una incertidumbre frente a la gobernabilidad del proceso por parte del Estado al momento de la reversión.

4.3. Desde la perspectiva de la regulación minera.


- El Contrato 051-96M originalmente fue suscrito en vigencia del Decreto Ley 2655 de 1988, pero en el cuerpo del Otrosí se citan y aplican simultáneamente normas como la Ley 685 de 2001 y en apartes le dan aplicación a la norma de 1988, a pesar de su derogatoria expresa. Por lo anterior para la CGR no es clara finalmente cual es la normatividad aplicable al contrato.
- A lo largo del documento se varían las posiciones definidas por las partes, lo cual permite amplias y variadas interpretaciones del clausulado y por ende deja en una incertidumbre aspectos como aumento de producción, tiempo del contrato, minerales autorizados a explotar, minerales por los cuales se pagan regalías, entre otros.
- El Contrato 051-96M es diferente de los contratos 866 y 1727, previamente suscritos con la empresa Cerro Matoso S. A., razón por la cual no puede *ipso jure* acoger los derechos que estos contenían a favor de la empresa, sino que se hace necesario que este se constituya y vea como un contrato diferente que debe ser regulado en su integridad.


- El Contrato de Concesión tiene una vigencia de 30 años. En ese sentido, no se entiende la razón por la cual, se extiende hasta el año 2029, y se establece que éste se prorroga por quince años más, es decir hasta el 1 de agosto del 2044, condicionándolo al aumento de la producción en los siguientes diez años, a partir de la fecha de inscripción del mismo. Adicionalmente se contempla una prórroga adicional de 20 años y una tercera sin que se establezca el término de esta última, desconociendo la normativa minera que regula este aspecto.
- Es de aclarar que el término de vigencia de los contratos 866 de 1963 y 1727 de 1971, ya expiró; y de suyo, la norma aplicable a los mismos, es decir la Ley 685 de 2001 (al haber sido acogida ésta por los titulares mineros y aprobada por la Autoridad Minera en 2005), normativa que no se traslada al desarrollo del Contrato 051-96M por el sólo hecho de haber sido incorporadas las áreas de los antiguos contratos (866 y 1727) a éste último, de manera tal que hoy día solo existe el Contrato 051-96M, a su vez sustituido en su integridad por el Otrosí No. 4, aspecto este tampoco comprensible, por cuanto lo accesorio sustituye a lo principal.
- Con el Otrosí No. 4 se definen situaciones de evidente riesgo moral sobre las cifras a ser reportadas a la Autoridad Miera, ya que se obliga a datos estadísticos o datos económicos reportados por Cerro Matoso S. A., sin que exista la obligación de que estos sean revisados o cruzados contra los libros contables de Cerro Matoso S. A. para verificar su veracidad y aplicabilidad en cada caso.

Por lo anterior, la CGR estima necesario que se efectúe una revisión de fondo al Otrosí No. 4 al Contrato No. 051-96M, y se revoque y/o efectúen los ajustes correspondientes, por cuanto introduce modificaciones estructurales a un contrato de concesión minera en contravía de los fines esenciales del Estado, del principio de legalidad, de la seguridad jurídica y de la presunción de legalidad de los actos administrativos; en síntesis, no se encuentra ajustado a la Constitución Política y a los principios que rigen el derecho y la función administrativa.

Atentamente,


LEONARDO ARBELÁEZ LAMUS
Contralor Auxiliar del Sistema General de Regalías


ANA MARÍA SILVA BERMÚDEZ
Contralora Delegada de Minas y Energía


JORGE ENRIQUE CRUZ FELICIANO
Contralor Delegada de Medio Ambiente