

Bogotá D.C., Agosto 01 de 2012.

Doctor
MAURICIO CÁRDENAS SANTAMARÍA
Ministro
Ministro de Minas y Energía
Calle 43 No 57 - 31 CAN

Ciudad

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA 02-08-2012 07:53
Al Contestar Cite Este No.:2012EE51550 O 1 Fol:6 Anex:0
ORIGEN: 1525 - DESPACHO DEL CONTRALOR/MDRELLI RICO SANDRA
DESTINO: MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA/MAURICIO CARDENAS SA
ASUNTO: ALCANCE FUNCIÓN DE ADVERTENCIA DE FECHA 23 DE AGC
OBS: 80110 - 271 PROYECTO DR. EDGAR E ROA, APRDBO DR. L

Doctora
BEATRIZ URIBE
Presidenta
Agencia Nacional de Minería
Diagonal 53 No. 34 - 53
Ciudad

Asunto: Alcance Función de Advertencia CGR de fecha 23 de Agosto de 2010 remitida a Ingeominas en desarrollo de funciones delegadas de Autoridad Minera respecto del proceso de negociación de los Contratos de Concesión Minera No. 866 de 1963 y 1727 de 1970 cuyo titular es la Compañía Cerro Matoso S.A. (CMSA).

La Contraloría General de la República en concordancia con lo preceptuado en el artículo 5, numeral 7 del Decreto Ley 267 de 2000, y en uso de sus facultades legales y constitucionales, encuentra procedente dar alcance a la función de advertencia remitida el día 23 de agosto de 2010 a Ingeominas en desarrollo de sus funciones de Autoridad Minera Delegada. Esto, como instrumento de carácter técnico, preventivo y proactivo, a fin de evitar riesgos potenciales o prevenir y evitar posibles daños patrimoniales a los intereses de la Nación en caso de no tomarse las previsiones y medidas requeridas en la negociación del asunto.

La Contraloría Conoció de los así llamados inamovibles fijados por el anterior Director de Ingeominas de cara al imperativo de definir la continuidad o no de los contratos de concesión minera 866-63 y 1727-70 firmados por el Estado de Colombia y la firma Cerro Matoso S.a para la explotación Níquel.

Dentro de ese marco, fijado por el propio poder ejecutivo, el organismo de control consideró que se tutelarían de manera adecuada los intereses públicos de la Nación, particularmente lo concerniente al monto de la regalías, a la devolución de las inversiones y el incremento de las compensaciones, amén de un "Down Payment" que estaba en proceso de negociación.

Sin embargo, la Contraloría General de la República tuvo noticia por parte del Congreso de la República y especialmente por los Representantes David Barguil y Bernardo Miguel Elías que esos inamovibles no eran tales y que efectivamente el ministro había dado declaraciones en la radio nacional dando cuenta de un preacuerdo firmado frente a una solicitud de prórroga por parte de Cerro Matoso SA.

Por tal razón, es de fundamental importancia que se tengan en cuenta los estudios, simulaciones y escenarios de evaluación técnica, ambiental, económica y social, que permitan contar al Estado con los suficientes elementos racionales de juicio que soporten ampliamente la toma de decisiones. Todo esto en el marco del actual proceso de negociación contractual que se adelanta por parte de la Autoridad Minera, a efecto de llegar a un acuerdo sobre los títulos No. 866 de 1963 y 1727 de 1970 para la explotación de un yacimiento de níquel localizado en el departamento de Córdoba, contratos que culminan su etapa de explotación en septiembre de 2012.

ANTECEDENTES

La Contraloría General de la República (CGR) ejecutó dos auditorías especiales a los contratos de gran minería en los años 2008 y 2009, así como una indagación preliminar entre el 2010 y el 2011. De las anteriores acciones se generaron dos funciones de advertencia en relación al desarrollo de la explotación de níquel ejecutada por CMSA. La primera función de advertencia se relacionó con la forma en que Ingeominas liquidó la regalía de estos dos contratos entre el período 2004 a 2008. Esto condujo al pago por parte de CMSA en agosto de 2011 de la suma de \$35.317 millones de pesos en favor de la Nación.

La segunda función de advertencia del 23 de agosto de 2010 trata, entre otros temas, lo relacionado al proceso de negociación contractual solicitado por CMSA, a efecto de llegar a un acuerdo con el Estado Colombiano al momento de concluir el periodo de explotación definido legal y contractualmente para los Contratos 866 y 1727. De dicha Función de Advertencia está retomamos el siguiente aparte:

“...potencial riesgo que representa para el patrimonio de la Nación, percibir menores ingresos por concepto del canon de arrendamiento de los bienes y elementos destinados y asociados a la actividad minera objeto del Contrato 866 de 1963, suscrito con Cerro Matoso S.A. ...”.

CONSIDERANDOS

Una vez efectuados los análisis y verificaciones con posterioridad al 2010, la Contraloría General de la República advierte al Ministerio de Minas y Energía como máximo ente rector del tema minero y energético del país, así como a la Agencia Nacional de Minería con el propósito de que aseguren en todo aspecto los intereses de la Nación en desarrollo del actual proceso de negociación contractual de los contratos en comento. Para esto se requiere que el Gobierno Nacional tome las debidas previsiones, verifique la legalidad de los antecedentes, argumentos e instrumentos de negociación y revise la información suministrada por CMSA. Como requisito previo a la negociación se requiere además comprobar el cumplimiento de la totalidad de obligaciones que se derivan de los contratos en mención, incluidas las ambientales, laborales e impositivas, así como el cumplimiento de las contraprestaciones adicionales y pago de regalías, por citar las más importantes.

Reitera a su vez la Contraloría la necesidad de la debida trazabilidad y documentación de la totalidad del proceso de negociación. Igualmente la aplicación de verificaciones y consultas, teniendo en cuenta los resultados y recomendaciones de las diferentes consultorías y estudios que ha contratado Ingeominas desde el 2007 a la fecha, en relación con el proceso de negociación objeto de la presente Función de Advertencia presumen un potencial detrimento al patrimonio público.

Las negociaciones se están adelantando sobre la base de un contrato que, como ya advirtió expresamente la CGR, presenta riesgo de legalidad. Y que, como ya han conceptualizado numerosos especialistas contratados para tal fin por el Ingeominas, tiene evidentes riesgos de ser lesivo para los intereses de la Nación.

En particular se debe tener especial claridad sobre el cumplimiento de las condiciones previas en lo legal, lo económico y lo ambiental, para adelantar una nueva negociación con CMSA.

En relación con el riesgo de consistencia legal, la CGR encontró lo siguiente en desarrollo de la auditoría especial a los contratos de gran minería vigencia 2008:

“HALLAZGO No.24 Presunta celebración irregular de contrato de concesión minera, al incluirse el área de dos contratos vigentes en el objeto del Contrato 051-96M CERRO MATOSO S.A. – MINERALCO S.A. (HALLAZGO CON INCIDENCIA ADMINISTRATIVA Y DISCIPLINARIA).

El día 13 de noviembre de 1996, la sociedad CERRO MATOSO S.A. y MINERALCO S.A. suscribieron un contrato de Exploración, Explotación y Procesamiento del mineral de Níquel, sobre un área determinada en el marco del contrato 051-96M según lo estipulado en la cláusula segunda del mismo. Adicionalmente en el objeto contractual del contrato en referencia en su cláusula primera literal b), las partes también acordaron conceder a la sociedad CERRO MATOSO S.A., continuar explorando y explotando las áreas de las concesiones de los contratos 866-63 y 1727-71, una vez terminaran los mismos, así: “(b) Continuar a partir de la expiración

de las Concesiones, la exploración, la explotación y procesamiento del mineral de Níquel y de los minerales que estén asociados o en liga íntima o que se obtengan como subproductos de dicho mineral, según la lista señalada en el Anexo 1 del presente contrato, que se encuentran en el área de concesiones.”. Lo anterior teniendo en cuenta que a la fecha de la suscripción del contrato (noviembre de 1996), existían a favor de la empresa CERRO MATOSO S.A. dos contratos vigentes de concesión minera (866 y 1727 respectivamente).

La CGR observa que las partes acordaron mediante el contrato 051-96M que los contratos de concesión 866 y 1727, una vez terminen en su periodo establecido para la etapa de explotación, serán integrados como parte del objeto contractual del contrato 051-96M, es decir, la Autoridad Minera mediante el mencionado contrato 051-96M se ha irrogado la potestad de disponer del área que a la fecha se encontraba comprometida en la ejecución de dos contratos vigentes independiente quien fuese su titular, por lo cual se considera que el objeto del contrato 051-96M presuntamente es irregular en lo que respecta al punto observado por la CGR y que la Autoridad Minera efectuó una adjudicación de área de concesión fuera de los términos establecidos por la Normatividad Minera vigente aplicable, toda vez que se requiere de un proceso previo y del cumplimiento de requisitos y adelantar el respectivo mecanismo de selección y adjudicación con el cual se deben acceder a dichas concesiones según el marco legal del momento.”

Igualmente considera la Contraloría necesario que exista claridad jurídica sobre la condición de aplicación de los acuerdos contractuales, tomando en cuenta que: por una parte se tienen cláusulas al interior del contrato 051-96M sobre la continuidad de los contratos en comento (866-63 y 1727-70); pero, posteriormente en cronología se adicionan estipulaciones sobre temas comunes (Regalías, Reversión y Prórroga) al interior de los contratos 866 y 1727 establecidos con posterioridad al acogimiento de estos a la ley 685 de 2001.

En lo económico, además de este evidente riesgo legal, la forma en que se acordaron las condiciones de reversión y arrendamiento de los activos en el contrato 05196 M correspondientes o que afectan a los contratos 866 y 1727 son lesivas a los intereses de la nación, si se tienen en cuenta tres aspectos centrales de dichos acuerdos:

- a) Establecen un canon de arrendamiento en función de las utilidades, después de impuestos, que no se relaciona con el valor real de los activos, sino con las condiciones inciertas del comportamiento del mercado de níquel.
- b) Establecen un canon de arrendamiento que se calcula exclusivamente con información generada por el arrendatario, incurriendo en un evidente riesgo moral de validez de dicha información.
- c) Establecen un canon de arrendamiento que resultaría extremadamente bajo si se contrasta con el valor real de los activos productivos que sería cubiertos por esta modalidad de arrendamiento.

Por otra parte se requiere que el Ministerio de Minas y Energía antes de continuar con las mencionadas negociaciones, verifique el cumplimiento a cabalidad de las obligaciones legales y contractuales relacionadas con las regalías definidas por ley y las compensaciones pactadas por las partes. En particular se debe revisar

sí las regalías que se vienen liquidando y pagando desde la renovación del contrato en 2007 son definitivas o provisionales. Esto en virtud a que a la fecha no se ha establecido el precio de referencia del mineral a boca de mina para el cálculo de la regalía de níquel. Situación que genera un elemento de incertidumbre sobre los escenarios de valoración y proyecciones económicas de los contratos en comento, tema sobre el cual debe existir claridad total para validar los escenarios y supuestos del caso.

En lo ambiental, se debe verificar el cumplimiento de las siguientes condiciones ambientales que rigen los contratos de CMSA con el Estado (incluidos los títulos 866-63 y 1727-70). En particular, las condiciones de implementación del plan de manejo ambiental en relación con estas dos obligaciones:

- La ley 99 de 1993 y sus decretos reglamentarios, establecen que toda actividad como la que desarrolla Cerro Matoso S.A. debe aplicar medidas de compensación de los impactos ambientales negativos que haya ocasionado en el medio ambiente y/o a las comunidades: En particular debe haber aplicado *“las acciones dirigidas a resarcir y retribuir a las comunidades, las regiones, localidades y al entorno natural por los impactos o efectos negativos generados por un proyecto, obra o actividad, que no puedan ser evitados, corregidos, mitigados o sustituidos”* (decretos 1220 de 2005 y 2820 de 2010).
- La misma ley establece que *todo proyecto que involucre en su ejecución el uso del agua tomada de fuentes naturales “deberá destinar no menos del 1% del total de la inversión para la recuperación, preservación, conservación y vigilancia de la cuenca hidrográfica que alimenta la respectiva fuente hídrica”* (Ley 99 de 1993, parágrafo 1° del artículo 43).

ADVERTENCIA

La Contraloría General de la Republica reitera por lo tanto la necesidad de un proceso de evaluación concienzudo amplio y transparente que garantice los intereses de la Nación. Se debe tener en cuenta que el yacimiento de níquel de Montelíbano – Córdoba es conocido por el actual titular minero y ya se ha superado, entre otros, los riesgos geológicos, exploratorios, tecnológicos, industriales y comerciales iniciales. Así mismo se han pagado o depreciado muchos de los activos afectos a la reversión de bienes y se ha establecido, consolidado un amplio y rentable mercado internacional de níquel desde Colombia. Por tal motivo considera la Contraloría que es inmejorable la posición de la Nación respecto a la negociación de estos dos importantes contratos de explotación de recursos no renovables propiedad de la Nación, de allí la relevancia de identificar y controlar los riesgos aquí señalados.

Por lo tanto, El Ministerio de Minas y la Agencia Nacional de Minería deberán contar con los suficientes elementos de juicio racional al momento de rechazar o aceptar las condiciones propuestas de la prórroga solicitada por Cerro Matoso S.A. Cabe señalar que los actores institucionales en representación del Estado son responsables de los efectos económicos, entre otros, así como de la condición del canon de arrendamiento al momento de la reversión de los bienes muebles e inmuebles de estos dos contratos.

La presente Función de Advertencia no implica una consecuencia adicional a la de poner en conocimiento a las entidades competentes de la materia sobre los posibles riesgos que genera una negociación sin las debidas previsiones, revisiones, comprobaciones, controles, trazabilidad, documentación, estudios de conveniencia y oportunidad, estudios de costo beneficio y evaluación de las implicaciones de orden ambiental y social que se deriven de la continuidad o no de estos contratos. Los cuales, a criterio de la Contraloría General de la República, puedan derivar o representar inconvenientes legales o posible daño o detrimento patrimonial a los recursos públicos.

Atentamente,



SANDRA MORELLI RICO

Contralora General de la República

Aprobó: Leonardo Arbeláez Lamus, Contralor Delegado de Minas y Energía
Proyectó: Edgar E. Roa A y Guillermo Rudas