



## DESPACHO PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

Bogotá D.C., 30 de enero de 2013

ME 00049

Doctora  
**MARÍA CONSTANZA GARCÍA BOTERO**  
Presidente  
**AGENCIA NACIONAL DE MINERÍA**  
Calle 26 No. 59 – 65  
Ciudad

Asunto: Otrosí No. 4 al contrato No. 051-96 suscrito con la Sociedad Cerro Matoso S.A.

Respetada Doctora García:

Reciba un cordial saludo. Se acusa recibo de su oficio radicado con el No. 20124000327201, calendado el 27 de diciembre de 2012, por el cual fue remitido el texto de la minuta de Otrosí número 4 que modifica y actualiza el Contrato No. 051-96M, suscrito entre Minerale de Colombia S.A., - MINERALCO y CERRO MATOSO S.A., en donde, entre otras estipulaciones, se pactó la prórroga del contrato por quince años, hasta el 1° de agosto de 2044.

1. Como quiera que de las consideraciones plasmadas en el Otrosí de la referencia se desprende que la prórroga del aludido contrato estuvo basada en hechos tales como *"...que el depósito de níquel de Cerro Matoso tiene 30 años de explotación y ha sufrido un agotamiento natural del mineral con mayor tenor y que, dadas las características que se han podido identificar en las propiedades del mineral y el declive de su tenor, la operación de la mina se encuentra en riesgo al vencimiento del término inicial del Contrato después de 2029 de no efectuar las inversiones que potencialicen las reservas de la mina....."*, estima pertinente este Despacho requerir los estudios de carácter técnico, económico y ambiental que hubieren justificado la decisión adoptada, los que ya se habían solicitado por parte de este organismo de control, mediante oficio No. AD-MHR-1168 del 26 de diciembre de 2012, cuando para ese efecto se dijo: *"... Se reitera que no se ha recibido respuesta a la pregunta elevada mediante oficio AD-MHR-1016 del 19 de noviembre de 2012 y reiterada en la comunicación AD-MHR-1084 del 10 de diciembre de 2012, sobre las razones de pactar una prórroga al contrato vigente 051-96M, por 15 años, es decir hasta el 1 de agosto de 2044, cuando aun faltan 17 años para que venza el plazo originalmente acordado y se aconseja verificar la pertinencia de prorrogar un contrato que apenas inicia su fase de explotación, sin que al parecer, por la información suministrada en el oficio 20124000306681 del 29 de noviembre de 2012, se haya efectuado el balance final de los dos contratos que recaían sobre las mismas zonas de explotación y cuya liquidación permitiría valorar los costos ambientales, sociales y económicos respecto a las ventajas del modelo de negocio, cuyos términos ambientales y sociales no han*



*sido resueltos en el marco de nuevos y modernos estándares, y en el contexto de un mercado minero cambiante. Dentro de lo estudios que justifiquen la decisión aludida, se deberá dejar constancia del análisis precitado y de los beneficios en términos económicos, técnicos y ambientales, que se producirían para el Estado y para el interés público por la ampliación del término inicial del contrato, verificando de antemano que tal determinación no implique la vulneración de los derechos constitucionales a la libre competencia económica ni el desconocimiento del plazo máximo legal permitido para la explotación....". (Resaltado fuera de texto).*

Dentro de este contexto se considera que los argumentos esbozados en el Otrosí No. 4 correspondientes a los numerales 33, 34, 35 y 36 de su parte considerativa, no son suficientes para justificar la prórroga autorizada hasta el 1° de agosto de 2044, toda vez que aún faltaban 17 años para que venciera el plazo inicialmente señalado, es decir 2 de agosto de 2029, lo que podría contravenir lo estipulado en la Cláusula Tercera del contrato 051 de 1996, que reza: "..... 2. **Prórroga: Al vencimiento del término inicial de duración** previsto en el literal (a) del numeral (1) de la presente Cláusula, dicho término se prorrogará por quince (15) años más, siempre y cuando **CERRO MATOSO hubiere dado cumplimiento a sus obligaciones bajo el presente contrato** y hubiere solicitado por escrito la prórroga con no menos de seis (6) meses de anticipación **al vencimiento del término inicial...."** (Resaltado fuera de texto).

Igualmente, no se evidencia el fundamento legal existente para eliminar de la redacción de la Cláusula Tercera del Otrosí relativa a la "DURACION, PRORROGA Y ETAPAS DEL CONTRATO", la verificación previa, antes de conceder la prórroga, del cumplimiento de las obligaciones contractuales, dejando como condición única de la prórroga prevista en el numeral 1) de la citada cláusula, el incremento de la producción. Tampoco se evidencian las razones jurídicas para plantear en el numeral 2) una "condición resolutoria" de una sola cláusula del contrato (la de prórroga) y no del contrato integralmente considerado, cuando, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio, ésta opera respecto a todas las obligaciones pactadas y no frente a unas cláusulas específicas.

También resulta preocupante, bajo los parámetros de la libre competencia, que en el caso de que no opere la prórroga prevista en el numeral 1) de la cláusula Tercera, es decir, pese a que no se incremente la producción, se plantee la posibilidad de nuevas prórrogas por períodos no definidos, al arbitrio de las partes.

2. De otra parte, revisada la cláusula Vigésima Segunda del Otrosí en mención, que regula la caducidad del contrato 051-96, se observa que dentro de las causales 2 y 4 se dispuso que procederá dicha figura en los siguientes eventos: "(2) **El incumplimiento reiterado por parte de CERRO MATOSO a pagar oportunamente las contraprestaciones económicas establecidas en el presente contrato**" "(4) **El incumplimiento reiterado en el pago de las multas establecidas en la cláusula décima quinta o en la reposición de la garantía (...)"**.

Al respecto, el artículo 76 del Decreto 2655 de 1988, estatuto minero vigente al momento de suscribir el contrato 051-96 cuando reglamentó lo concerniente a la caducidad de los títulos mineros, consagró exclusivamente como causales de caducidad: " 4) **El no pago oportuno de los impuestos específicos, participaciones y**



regalías (...) y 6) *El no pago oportuno de las multas o la no reposición de las garantías (...)*". En ese mismo sentido, lo contempla el artículo 112 de la Ley 685 de 2001 en sus literales d) y f).

En esas condiciones, el titular minero se encuentra obligado al pago oportuno y completo de las contraprestaciones económicas, así como de las multas impuestas so pena de declararse la caducidad del contrato. Razón por la cual no se entienden los fundamentos fácticos y legales que se tuvieron en cuenta, para configurar la causal de caducidad condicionada a un **reiterado** incumplimiento del pago de contraprestaciones económicas o de multas.

Idéntica consideración, se plantea respecto de lo estipulado en la cláusula Vigésima Tercera, referida al "PROCEDIMIENTO PARA LA CADUCIDAD", toda vez que su contenido no guarda armonía con lo que establecía el Decreto 2655 de 1988 en su artículo 77, que dispuso: "*Antes de declarar la cancelación o caducidad el Ministerio pondrá en conocimiento del interesado la causal en que haya de fundarse y este dispondrá del término de un mes (1) para rectificar o subsanar las faltas de que se le acusa o para formular su defensa (...)*", e igualmente, lo consagra el artículo 288 de la actual legislación minera, que prevé un término no mayor de treinta (30) días para que el titular minero subsane las faltas que se le imputan o formule su defensa. Por consiguiente, los términos otorgados en el Otrosí exceden los establecidos en la norma.

Es relevante anotar que si bien es cierto el Otrosí mantiene las estipulaciones iniciales pactadas en el contrato 051-96 sobre la caducidad, no es menos cierto que dicho contrato en el numeral 6 de su cláusula Primera señaló: "*(...) Los derechos contractuales consagrados expresamente por el presente contrato no podrán ser modificados sino mediante acuerdo escrito de la Partes, y el contrato se interpretará durante su vigencia de acuerdo con las leyes y demás normas vigentes al momento de su firma*". (Resaltado fuera de texto).

En efecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto emitido el 26 de septiembre de 2012, expresó: "*El contrato No. 051-96M es renegociable en todos sus aspectos por las razones aquí expuestas, siendo deber constitucional del Gobierno velar porque este contrato, en sus nuevos términos, guarde armonía con los modernos estándares de la legislación minera y ambiental, y proteja eficazmente la integridad del patrimonio de la Nación y los derechos sociales implicados en la actividad de la gran minería*". (Resaltado fuera de texto).

3. Respecto al diferimiento de la reversión, contemplada en la cláusula Vigésima Sexta del Otrosí No. 4 al contrato 051-96 M, este Despacho reitera lo manifestado en el oficio AD-MHR 1168 del pasado 26 de diciembre, ratificando la preocupación expresada frente a los fundamentos jurídicos de la decisión adoptada, teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de la reversión, que opera por la terminación de los contratos, los efectos de las cláusulas Vigésima Octava del contrato 866 y Vigésima del contrato 1727, y lo pactado en las modificaciones de ambos negocios, celebradas en el año 2005, así como lo dispuesto en el Código Minero, recordando que, tal como lo ha precisado la Corte Constitucional en repetidas ocasiones, la reversión opera de facto y es irrenunciable. Este organismo de control cuestiona la inexistencia de título jurídico mediante el cual los bienes son utilizados en la actualidad por Cerro Matoso S.A. y



ésta empresa cancela una contraprestación adicional, bajo la modalidad de compensación, como bien se señala en el numeral 4) de la cláusula Décima del Otrosí No. 4. No se ha precisado bajo que análisis económico se definió la compensación aludida, ni cómo garantiza ésta que no se afecte el patrimonio público ni la correcta asignación de los recursos en el tema presupuestal (destinación a nivel nacional y territorial).

4. Sobre la temática ambiental, se considera que la recomendación realizada por la Procuraduría Delegada para Asuntos Ambientales y Agrarios, no fue atendida en el Otrosí No. 4, por ello, se insiste que el numeral segundo de su cláusula Cuarta atinente a la preservación del componente ambiental tiene como referente principal la sostenibilidad de la oferta ambiental y no el uso eficiente de los recursos, toda vez que este concepto puede generar diversas interpretaciones. Lo anterior, no es ni mucho menos una cuestión de semántica, pues se trata de identificar con claridad hacia donde se debe dirigir el manejo ambiental del proyecto.

Adicionalmente, en relación con el párrafo de la citada cláusula, se estima que éste hace referencia únicamente a un incumplimiento grave de las obligaciones ambientales, lo cual puede desconocer los preceptos del actual estatuto sancionatorio ambiental contenido en la Ley 1333 de 2009, pues en este compendio normativo, los juicios de reproche a conductas atentatorias contra el ambiente no están supeditadas única y exclusivamente a su gravedad.

De conformidad con lo expuesto, de manera respetuosa solicitamos a la Agencia Nacional de Minería que adopte las medidas necesarias para proteger los derechos colectivos a la moralidad administrativa, patrimonio público, libre competencia económica, el goce de un ambiente sano y manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales, de acuerdo con lo consagrado el artículo 88 de la Constitución Nacional, artículo 4 de la Ley 472 de 1998, y artículo 144 de la Ley 1437 de 2011.

Cordialmente,

  
**ALEJANDRO ORDOÑEZ MALDONADO**  
Procurador General