

ESTUDIOS PARA LA FORMULACION DEL
PLAN NACIONAL DE DESARROLLO MINERO

NEGOCIACIONES Y CONTRATOS
ESTUDIOS DE CASO: EL NIQUEL DE CERROMATOSO

Elaborado por:
HECTOR MELO
Asistente
ALBERTO CARVAJALINO

Bogotá, Marzo de 1985

PROPIEDAD
Sección Documentación
y Divulgación
MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA

PROPIEDAD
Sección Documentación
y Divulgación
MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA

i.

INDICE GENERAL

Página:

1.	El Contrato de Concesión No. 866.....	1
1.1	El Litigio de Superposición de zonas....	5
1.2	Renegociación del Contrato de Concesión.....	8
2.	El Esquema de Operación Conjunta para la Explotación y el Procesamiento del Mineral....	13
3.	La Concesión Modernizada.....	19
3.1	No se previó el efecto de cambios mayores en los parámetros técnicos.....	19
3.2	La cláusula de reversión pactada se haría fácilmente nugatoria.....	20
3.3	Se pactó una fórmula deficiente para la captación de regalías.....	22
3.4	La Concesión modernizada, compatible con diversos arreglos contractuales.....	40
3.5	El tratamiento a la inversión extranjera y las opciones contractuales.....	52
4.	El Joint Operating Agreement y el Control sobre el Proyecto.....	58
5.	Desarrollo y Organización del Proyecto.....	62
5.1	Exploración y construcción.....	62
5.2	El esquema Operativo.....	67
5.3	Los Contratos de Servicios.....	75

Página:

6.	Nuevas reglas para el tratamiento de la Inversión Extranjera: El ajuste a las decisiones 24 y 37 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.....	86
	6.1. Aspectos claves del régimen anterior...	86
	6.2. Cambios sustanciales frente al Decreto No. 444 de 1967.....	87
	6.3. El sector de productos básicos en la decisión 24: El uso de la cláusula de reserva.....	90
	6.4. La búsqueda de libre giro de utilidades por parte de CONICOL.....	93
7.	Las Resoluciones 18 y 19 del CONPES (Sep.1974)	101
	7.1. Negociaciones entre el Gobierno y CONICOL.	101
	7.2. Reconocimiento o validación de las inversiones efectuadas por la parte extranjera en relación con el derecho de giro..	105
	7.3. Identificación contable.....	111
8.	Transformación de la Operación Conjunta en Sociedad Anónima.	119
	8.1. Implicaciones sobre la consecución de financiamiento externo.....	119
	8.2. El tratamiento al capital extranjero....	127
9.	Las proyecciones económicas provisionales del proyecto, antes del Estudio de Factibilidad definitivo.....	132
10.	El Estudio de Factibilidad Definitivo del proyecto - Reservas (junio de 1976).....	138

Página:

11.	Desarrollo del Proyecto a partir de 1976.....	159
11.1	Influencias del Mercado Mundial. La Financiación.....	159
11.2	El contrato de comercialización con la Billiton.....	163
12.	Misión de Evaluación del Banco Mundial. (Marzo, 1978).....	163
13.	Sustitución de la Inversión Extranjera y Constitución de Cerromatoso S.A.	180
14.	Comienzo de la Operación Comercial.....	186

INDICE DE TABLAS

<u>Tabla No.</u>		<u>Página:</u>
I.	"Cuantificación de las ventajas originadas en la renegociación de Cerromatoso", efectuada en 1970.....	11
II.	Proyecto Niquel-Cerromatoso: Proyecciones de ingresos y costos de 20 años, elaboradas en Noviembre de 1972.....	27
III.	Monto de las regalías a ser captadas durante 20 años, resultante de aplicar la fórmula pactada en el contrato adicional, según proyecciones elaboradas en Noviembre de 1972.....	28
IV.	Reparto de los beneficios del proyecto Cerromatoso, según proyecciones a 20 años, elaborados en Noviembre de 1972.....	28
V.	Cálculo preliminar de reservas de mineral del yacimiento de Cerromatoso (Diluído).....	37
VI.	Monto estimado de la inversión en el Proyecto Cerromatoso, según los distintos Estudios de Factibilidad.....	66
VII.	Ganancia total de CONICOL-HANNA, calculada según cifras para Marzo de 1973	96

<u>Tabla No.</u>		<u>Página:</u>
VIII.	Proyecto Cerromatoso: Ingresos directos para la inversión extranjera, calculados a partir de cifras para dos propuestas de fecha Marzo 19 de 1973.....	97
IX.	Comparación de las propuestas presentadas por CONICOL-HANNA.....	99
X.	Comparación de las propuestas presentadas por CONICOL-HANNA.....	100
XI.	Proyecto Cerromatoso: Determinación del derecho de giro global procedente de la base de inversión o del registro para las sumas invertidas por la parte extranjera, directamente o como participación en una operación conjunta, a partir de la Resolución 18 de 1974 del CONPES.....	108
XII.	Proyecto Cerromatoso: Proyecciones comparativas 1973-1975.....	136
XII A.	Estructura y rendimiento estimado de la inversión en el proyecto Cerromatoso según proyecciones comparativas elaboradas entre 1973 y 1975.....	137

<u>Tabla No.</u>		<u>Página:</u>
XIII.	Cerromatoso: Cálculo actualizado de las reservas del mineral.....	139
XIV.	Cerromatoso: Programación del desmonte de las reservas de mineral (Etapas I-II).....	140
XV.	Proyecto Cerromatoso: Flujo de caja en 25 años.....	145
XVI.	Proyecto Cerromatoso: Valor presente Neto de la inversión para el inversionista extranjero.....	153
XVII.	Proyecto Cerromatoso: Escenarios para la recuperación de la inversión de patrimonio.....	156
XVIII.	Proyecto Cerromatoso: Principales movimientos cambiarios según distintos escenarios y alternativas para la recuperación de la inversión de patrimonio, expresados en valores presentes.	158
XIX.	Proyecto Cerromatoso: Plan de financiamiento (Finales de 1977).....	167
XX.	Proyecto Cerromatoso: Estructura del capital y Plan de Financiamiento (Julio de 1978).....	168

Tabla No.Página:

XXI.	Proyecto Cerromatoso: Servicio de la deuda e ingresos del Gobierno....	173
XXII.	Monto de la inversión en Cerromatoso(Comparación entre las proyecciones y la inversión total al término del proyecto).....	183
XXIII.	Cerromatoso S.A.:Evolución de las operaciones comerciales(1982-1985)..	188

PROYECTO CERRO MATOSO: SINOPSIS DE SU EVOLUCION CONTRACTUAL

Derechos sobre el Yacimiento
CONCESION

Exploración, Explotación, Procesamiento y Comercialización del Mineral
JOINT OPERATING AGREEMENT

Exploración, Explotación, Procesamiento y Comercialización del Mineral.
CONTRATO DE SOCIEDAD

a) Contratos

1. Contrato de Concesión # 866
2. Contrato adicional al de Concesión.

a) Contratos

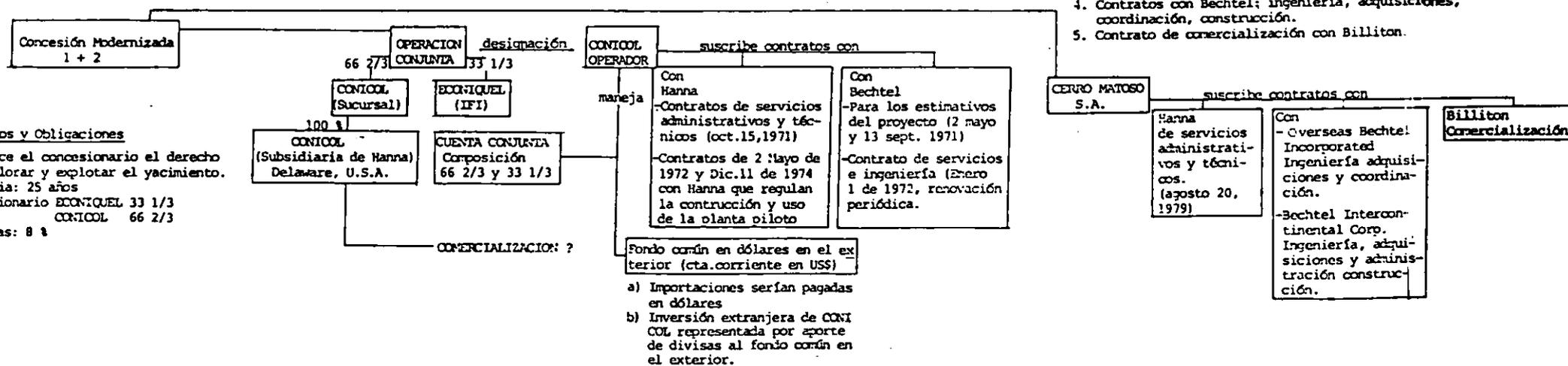
1. Contrato de Operación Conjunta
2. Contrato de Operador
3. Contratos de servicios administrativos y Técnicos (dentro y fuera de Colombia) con Hanna.
4. Contratos con Bechtel: 2 grupos

a) Contratos

1. Contrato de Sociedad
2. Contratos accesorios:
-Acuerdos de accionistas
-Contrato de Comité Técnico
3. Contratos de Asistencia Técnica y administrativa (dentro y fuera de Colombia) con Hanna
4. Contratos con Bechtel: ingeniería, adquisiciones, coordinación, construcción.
5. Contrato de comercialización con Billiton.

Derechos y Obligaciones

1. Reconoce el concesionario el derecho de explorar y explotar el yacimiento.
2. Vigencia: 25 años
3. Concesionario ECONIQUEL 33 1/3
CONICOL 66 2/3
4. Regalías: 8 %



1. El Contrato de Concesión No. 866

1.

El yacimiento minero existente en Colombia, conocido con el nombre de Cerro Matoso, es una formación laterítica (*) predominantemente de hierro; desde los puntos de vista cuantitativo y cualitativo, por consiguientemente económico, predominantemente de níquel; pero tiene también cromo, algunos tenores de cobalto, tiene caliza y otras sustancias rocosas sin mayor importancia. El depósito de Cerro Matoso se encuentra localizado en el Departamento de Córdoba, a 25 kilómetros de la localidad de Montelíbano, y se extiende sobre un globo de terreno de aproximadamente 500 hectáreas.

Desde 1956 en que el yacimiento de níquel de Cerro Matoso fuera descubierto, se inició un prolongado litigio por la obtención de los contratos de concesión (instrumentos estos del régimen jurídico que regula estas operaciones en el país, alterado por la ley 20 de 1969) para la exploración y explotación de los yacimientos existentes en el área. En aquel mismo año fueron presentadas dos propuestas, una por Santiago C. Gregory y otra por la Richmond Petroleum Company of Colombia, cuya denominación se cambió luego a Chevron Petroleum Company of Colombia (**).

(*) El níquel se encuentra en dos formas básicas de depósito, como sulfuros de níquel-cobre --es el tipo que predomina en Canadá y en los depósitos no tropicales-- y el níquel laterítico, que se encuentra en los trópicos. Las nuevas fuentes de níquel serán los minerales tropicales lateríticos.

(**) Esta compañía realizó el cambio de su razón social el día 12 de julio de 1965, según escritura pública N.º 1948, Notaría 8a. de Bogotá, D.E. La Richmond (Chevron) es una subsidiaria de la Standard Oil Company of California (SOCAL).

Según normas legales, el orden de presentación de las propuestas daba prelación para la adjudicación de tales contratos. No obstante haber sido presentada primero la propuesta de Gregory, el Ministerio por esa época resolvió escoger como contratante a la Richmond. Entonces, los representantes de Gregory demandaron las resoluciones correspondientes ante el Consejo de Estado. Este las declaró nulas el 14 de mayo de 1964, y ordenó escoger el primer proponente que era Santiago C. Gregory o sus cesionarios.

Posteriormente, siendo Ministro de Minas Enrique Pardo Parra, ese despacho dictó la resolución N° 1.511 de Octubre 20 de 1964, por la cual se revocó el Contrato de Concesión N° 866 de Marzo 30 de 1963 celebrado entre el Gobierno y la Richmond y se ordenó efectuarlo con el primer cesionario de Gregory, Oswaldo López Zapata. Esta decisión del Ministerio fue objeto del recurso de reposición por parte de los representantes de la Richmond pero el Ministro Pardo Parra por resolución 1.899 de 1964 negó la reposición, y en consecuencia quedó en firme la resolución que ordenaba la contratación con el cesionario de Gregory. Poco menos de un año luego de efectuada la entrega material del área a la Richmond, el 25 de marzo de 1965 el gobierno colombiano reasumía su control sobre el área 1/.

Pero el gobierno reasumía tal control tan solo para efectuar en seguida la contratación con uno de los dos grupos comprometidos en la disputa por la adjudicación, como lo determinaban las resoluciones

1/ Declaraciones de Enrique Pardo Parra sobre el caso Cerro Matoso concedidas a El Espectador, julio 11 de 1983

ministeriales. De haberse resuelto en forma definitiva el asunto por aquella época, cualquiera hubiese sido el grupo beneficiado --la Standard Oil Company of California (SOCAL) o Gregory y sus cesionarios extranjeros--, la concesión se hubiera otorgado dentro de los términos de la norma sobre explotaciones en el sector extractivo expedida en el año de 1943, en su vigencia plena, y que reprodujo el decreto 805 de 1947. Como fácilmente se desprende de la lectura del texto del Contrato de Concesión N° 866 (Véase ANEXO), la explotación del yacimiento se habría realizado por el concesionario extranjero en condiciones que lastimaban la propia soberanía nacional, puesto que además de disponer tal norma la entrega total del área, no había en esa época ni siquiera condición ni lugar para pagar regalías, ni tampoco idea precisa de una explotación de carácter industrial transformando los minerales en Colombia, que dejase aunque fuera parte mínima de los beneficios en el país.

La cláusula undécima del Contrato de Concesión N° 866 reza textualmente: "El Concesionario deberá emplear en la exploración, el montaje y la explotación métodos y sistemas técnicos adecuados que aseguren tanto su eficiencia como la vida de los trabajadores contra los diversos accidentes que pueden acaecer en esta clase de empresas; pero gozará de autonomía en la dirección técnica de sus trabajos y en lo industrial y comercial de la explotación, pudiendo escoger la forma y orden de ésta, adoptar los sistemas que mejor consulten su eficacia y determinar libremente los movimientos, localización y forma de trabajo de las máquinas empleadas en la explota-

ción". Este texto deja en claro el cúmulo de problemas sobre los cuales se dió plena autonomía al concesionario extranjero.

Qué previno, entonces, la explotación del yacimiento, indistintamente, en manos de cualquiera de los dos concesionarios posibles, que estuvo para serles otorgado en tan desventajosas condiciones, hecho del cual el país quizás ni habría tenido noticia? Básicamente, la continuación del litigio. El asunto estuvo pendiente de formalización en el Ministerio desde 1964 hasta 1970, año en que el nuevo Ministro de Minas y Petróleos, Carlos Gustavo Arrieta, revocó la sentencia dictada en mayo de 1964 por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, de la cual había sido su Presidente (*), y que favorecía a Gregory y a sus cesionarios extranjeros. El Contrato de Concesión N° 866, celebrado entre el gobierno y la Richmond Petroleum Company of Colombia (más adelante Chevron Petroleum Company of Colombia), fue adicionado, se le añadieron términos para convertirlo en el Contrato Adicional al Contrato de Concesión N° 866, para dar paso asimismo al Contrato de Operación Conjunta sobre el yacimiento, suscritos ambos el 22 de julio de 1970 y elevado a escritura pública el segundo el 22 de diciembre del mismo año 2/.

(*) En mayo de 1964, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado estaba integrada por los siguientes juristas: Ricardo Bonilla Gutiérrez, Carlos Gustavo Arrieta, Alejandro Domínguez Molina, Francisco Eladio Gómez G., Gabriel Rojas Arbeláez y Jorge A. Velásquez.

2/ Los contratos de Concesión N° 866 y el Adicional al mismo entraron en vigencia al ser publicados en el Diario Oficial, el 22 de diciembre de 1970, pp. 940-952.

1.1 El Litigio de Superposición de zonas.

El ex-Ministro de Minas Carlos Gustavo Arrieta justificó su determinación de 1970, de revocar la sentencia del Consejo de Estado dictada en mayo de 1964 y que favorecía a Grégory y a sus cesionarios extranjeros, aduciendo que la decisión sobre la controversia había sido adoptada en 1964 por el Consejo de Estado sobre la base de un error geográfico, que una vez descubierto resolvía el litigio de superposición de zonas, que enfrentaba a los dos grupos que buscaban la concesión 3/. La solución de tal litigio era parte clave en las negociaciones en torno a la suerte del yacimiento de níquel de Cerro Matoso, efectuadas en los años que transcurrieron entre 1964 y 1970, fecha en que se adicionó el Contrato de Concesión y se firmó así mismo el Contrato de Operación Conjunta.

Durante el período en mención (1964-1970), se definieron de manera clara los límites de los dos grupos en contienda por la búsqueda del control sobre la explotación del yacimiento. De un lado, el primer cesionario de Santiago C. Gregory, el señor Oswaldo López Zapata, a través de varios memoriales presentados ante el Ministerio de Minas y Petróleos, hizo el traspaso de la totalidad de sus derechos en la

3/ Cf. Ministerio de Minas y Petróleos, Memoria del Ministro de Minas y Petróleos, Carlos Gustavo Arrieta, al Congreso de la República (1969-1970); lo mismo que sus declaraciones sobre "El caso de la propuesta voladora", concedidas al diario El Tiempo, 15 de julio de 1973, página 12-A.

negociación a las siguientes empresas:

- 1a.) A Kaiser Aluminum & Chemical Corporation y a Placer Management Limited (o a Placer Development Ltd), tal como aparece en el contrato del 7 de septiembre de 1965;
- 2a.) A J.R. Simplot Company, como se desprende del memorial presentado el 7 de abril de 1967;
- 3a.) A King Resources de Colombia Ltd, cesión respaldada por J.R. Simplot Company, como se desprende del memorial presentado ante el Ministerio el 26 de febrero de 1969 4/.

Esta parte avanzó, en consecuencia, en el establecimiento de nexos con las multinacionales del sector minero. A través de una sucesión de traspasos se conformó el grupo "Grégory-López-Kaiser-Placer-Simplot-King", del cual los participantes colombianos eran simples intermediarios 5/. Se destaca en él la participación del grupo Kaiser, una de cuyas empresas, la compañía "Kaiser Aluminum and Chemical Corporation" ha tenido vastos intereses en la explotación de la bauxita del Caribe.

Se estructuró de otro lado el complejo Hanna-Chevron(SOCAL) con el

4/ Cf. "Reposición contra la resolución 1211 de julio 21 de 1970 del Ministerio de Minas y Petróleos, presentada por el abogado César Castro Perdomo", reproducida en los Anales del Congreso-Cámara de Representantes, Año XIII, N.º 38, Bogotá, 18 de septiembre de 1970.

5/ De manera que no había tal "grupo colombiano", como hábilmente afirmara el abogado César Castro Pedomo en medio de la polémica pública para impugnar las decisiones de 1970. Cf. El Tiempo, julio 18 de 1973, página 3.

cual se realizó definitivamente la contratación el 22 de julio de 1970. Desde el punto de vista jurídico, el Contrato de Concesión N° 866 (en adelante, contrato original) estaba para ser caducado por simple incumplimiento reconocido por la Chevron. A través del expediente de adicionar el contrato original, la Chevron retuvo sus derechos, que le aseguraron una participación en la "Compañía de Níquel Colombiano S.A.-CONICOL", constituida en conjunto con la Hanna Mining Co. y establecida en Willmington, Estado de Delaware (EE.UU.).

En el momento de constituir CONICOL, la Chevron (SOCAL) aparece ya con una participación minoritaria en dicha subsidiaria. Durante los años anteriores a 1970, a la vez que buscaba mantener y asegurar el control de la concesión, la Chevron negoció con la Hanna su participación en el proyecto. Este hecho se evidenció en la relación sobre gastos preoperativos que se comenzaron a negociar luego de entrar en vigencia la estructura contractual definida en 1970. De acuerdo con dicha relación, antes del 22 de julio de 1970 y a partir del año de 1956 la compañía Richmond Petroleum Company (más adelante Chevron) efectuó gastos preoperativos en el exterior relacionados con el proyecto de níquel de Cerro Matoso. Del mismo modo, antes del 22 de julio de 1970 y a partir de 1960, la compañía Hanna Mining Co., efectuó también, gastos preoperativos, pagados en el exterior y relacionados con el mismo proyecto.

Durante esos períodos, las dos compañías importaron divisas para su-

fragar gastos preoperativos originados en Colombia. A la protocolización en Colombia de las sucursales de "Compañía Minera Chevron" y "Compañía Minera de Matoso", los gastos preoperativos ya mencionados fueron acreditados a estas últimas sucursales 6/. Mediante el contrato adicional al de concesión, de 22 de julio de 1970, la "Compañía Minera Chevron" y la "Compañía Minera De Matoso" cedieron dos terceras partes de sus derechos en la concesión a CONICOL 7/ y una tercera parte al Instituto de Fomento Industrial (IFI).

1.2 La Renegociación del Contrato de Concesión

El 22 de julio de 1970 el Ministro de Minas y Petróleos, por una parte y, por otra las cesionarias de Chevron Petroleum Company of Colombia, es decir, el Instituto de Fomento Industrial (IFI) y la Compañía de Níquel Colombiano S.A. "CONICOL", firmaron un Contrato Adicional al de Concesión para la explotación de los yacimientos de níquel de Cerro Matoso. El contrato de concesión original, basado en la propuesta 866 de la Richmond Petroleum Company, había sido suscrito en marzo de 1963. El nuevo contrato (adicional al original), en palabras del ex-Ministro Carlos Gustavo Arrieta, figura clave en todo el proceso de negociación, "complementó y modificó el de Concesión (ori-

6/ Las sucursales en Colombia de la "Compañía Minera Chevron" y de la "Compañía Minera de Matoso" se incorporaron al país por medio de las Escrituras N° 3851 del 21 de diciembre de 1965, de la Notaría 8a. de Bogotá, y N° 6052 del 23 de diciembre del mismo año, de la Notaría 7a. de Bogotá.

7/ CONICOL se incorporó al país por medio de la Escritura N° 1.391 del 12 de marzo de 1970, de la Notaría 7a. de Bogotá. Quedó así constituida la sucursal con domicilio en Bogotá de la sociedad extranjera CONICOL, formada de acuerdo con las leyes de Delaware.

ginal, subrayamos) con una serie de propuestas sugeridas por el gobierno colombiano que representaron para la Nación considerables ventajas" 8/.

En el mismo documento que acabamos de citar, el ex-Ministro Arrieta explicó las que juzgaba "considerables ventajas" y el proceso mismo de renegociación. El ex-Ministro criticó los términos de los contratos de exploración y explotación celebrados entre el gobierno y la Richmond en los años de 1957 y 1959 y los nuevos acuerdos suscritos en 1962, 63 y 64 entre el Ministerio y la misma compañía. Expresó que en desarrollo de la nueva política general, representada especialmente por las leyes 60 de 1967 y 20 de 1969 (*), el Ministerio de Minas y Petróleos, desde 1966, solicitó de Richmond Petroleum Company la renegociación total de los 7 convenios y de las 16 propuestas de contrato para la exploración y explotación de hierro, níquel, cromo y cobalto en las zonas de Cerros de la Sabana (Planeta Rica) y Cerro Matoso (Montelíbano) y que abarcan una extensión de 8.226 hectáreas. Acogida la petición por la compañía, el Contrato Adicional al de Concesión se convirtió en el instrumento adecuado para dar piso a la renegociación.

8/ Cf. Ministerio de Minas y Petróleos, Memoria 1969-1970, p. 7. En los párrafos que siguen se hace amplia referencia a toda la exposición contenida entre las páginas 7-130 de dicho documento.

(*) Especialmente decimos, ya que en términos más estrictos la nueva política minera impulsada por la administración Lleras Restrepo estaría expresada por los Decretos 444 y 1.163 de 1967, y 262, 292, 798, 912 y 3.161 de 1968, además de las ya citadas leyes 60 de 1967 y 20 de 1969.

Frente al régimen contractual anteriormente vigente, a la nueva estructura contractual se le podrían enumerar no menos de 23 ventajas, según el ex-Ministro Arrieta. Las cuales traducidas en términos de lo que percibiría el Estado (en pesos de 1970) durante los 25 años para los cuales se firmó el nuevo contrato (sin considerar el fácil mecanismo de prórroga -cláusula 13 del Contrato Adicional), se podrían resumir, según la presentación de entonces, en los siguientes 9 renglones, para los cuales se hizo una cuantificación que se presentó oficialmente sin mayores explicaciones:

TABLA I - CUANTIFICACION DE LAS VENTAJAS
ORIGINADAS EN LA RENEGOCIACION DE
CERRO MATOSO EFECTUADA EN 1970

(Cifras en \$ Millones)

1 - Regalías	\$ 1.033
2 - Participación IFI en las utilidades.	\$ 1.582
3 - Participación por concepto de impuestos.	\$ 4.600
4 - Ingresos por la reducción del período de la concesión.	\$ 2.100
5 - Valor de salvamento de la planta de proceso.	\$ 180
6 - Obras de desarrollo regional .	\$ 48
7 - Prima de fomento minero	\$ 3
8 - Cesión de las reservas de hierro comprobadas.	\$ 360
Total ingresos originados en la renegociación de Cerro Matoso para 25 años.	\$ 9.906 millones
9 - Ventaja adicional por otros 20 años en que el capital colombiano será dueño exclusivo.	\$ 8.000 millones
Ventaja total	\$ 18.230 millones

Tan curiosa cuantificación muestra los limitados criterios con los cuales se actuó y las desmedidas expectativas que creó la renegociación. A este respecto, todos los hechos posteriores relacionados con este contrato parecen desmentir la afirmación hecha por aquel entonces, según la cual, uno de los aspectos fundamentales de la renegociación eran los traspasos a favor de ECOMINAS --"sin costo alguno para ella", subrayaban los documentos oficiales--, de todos los derechos provenientes de 4 contratos y de 16 propuestas de concesión, además del hierro de Cerro Matoso.

Menos aún se ha podido comprobar la veracidad de este otro aserto contenido en el documento oficial que justificó la renegociación: "Las reservas niquelíferas --agregaba la Memoria del ex-Ministro Arrieta-- comprobadas hasta hoy en algunos sectores de tales áreas son bastante apreciables, y los estudios geológicos que se adelantan en el resto de los terrenos cedidos indican que esas reservas pueden duplicarse por lo menos. De allí que el Ministerio de Minas y Petróleos considere que los mencionados traspasos puedan constituir para el desarrollo de la industria minera colombiana y de la economía nacional, la ventaja más importante de toda la renegociación que culmina en estos momentos".

Como si fuera poco lo anterior, el documento del ex-Ministro enumera como la 1.ª de las 23 ventajas de la renegociación que el mineral de níquel que se encuentra en tales zonas será procesado por ECOMINAS en la planta de tratamiento "de que se habla más adelante (en

el enunciado de la 8a. de tales ventajas), y el hierro, "cuyas reservas son considerables", sería aprovechado en una siderúrgica de dicha empresa que, "siguiendo su política de colaboración con los particulares colombianos", montará en la Costa Atlántica.

2. El Esquema de Operación Conjunta
para la Explotación y el Procesamiento del Mineral

El resultado más significativo de la renegociación concluida en 1970 sobre el yacimiento de Cerro Matoso es, sin lugar a dudas, la transformación de la estructura contractual. Chevron Petroleum Company (SOCAL) cedió simultáneamente, en ese mismo año, a favor del IFI una tercera parte de los derechos provenientes de los convenios suscritos para la exploración y explotación de los yacimientos de níquel (cromo y cobalto) en las 500 hectáreas de la Concesión N° 866.

Internacionalmente el período entre 1965 y 1980 se caracterizó por un "movimiento al nivel de los países subdesarrollados en pro del ejercicio de una soberanía permanente sobre sus recursos naturales". Los instrumentos más utilizados para tal propósito fueron, ante todo, las nacionalizaciones en gran escala de las operaciones de explotación minera, la renegociación de los contratos existentes y la creación de empresas estatales destinadas a participar en los proyectos mineros lo mismo que los varios acuerdos internacionales conformados por los productores de bienes básicos (o commodities) 9/.

9/ Cf. Thomas Walde, "Permanent Sovereignty over Natural Resources—Recent Developments in the Mineral Sector", NRF, Vol. 7, N°3, 1983.

El gobierno colombiano, actuando dentro de la tradición política del país frente al capital extranjero no escogió una vía extrema, pero sí un camino que quizás hubiese podido ser aprovechado mejor. A partir del 22 de julio de 1970, los titulares de la Concesión son CONICOL y el Instituto de Fomento Industrial (IFI), que recibieron de la Chevron Petroleum Company of Colombia, a petición del gobierno, traspa- sos de las 2/3 partes el primero y de 1/3 parte el segundo de los derechos provenientes del acuerdo del 30 de marzo de 1963.

Los nuevos concesionarios --el IFI y CONICOL-- responden a partir de esa fecha ante el Gobierno, mancomunada y solidariamente. Se establece como objeto del Contrato de Concesión Adicionado (que engloba el original y el adicional) "el aprovechamiento económico de los depósitos de níquel y demás minerales en el globo de 500 hectáreas de Cerro Matoso. Para lograr este objeto, el gobierno reconoce al nuevo concesionario (IFI y CONICOL) derechos para:

- 1 - Explorar y Explotar
- 2 - Procesar hasta transformar el mineral de níquel por lo menos en ferroníquel. Y vale anotar en este segundo punto que el Contrato de Concesión Adicionado contempla la prolongación del proceso productivo mediante la continuación del proceso técnico y la posible separación de otros minerales.

Los concesionarios nuevos (IFI y CONICOL) adquirieron mediante el Contrato Adicional la obligación de construir y montar en jurisdic-

ción de Montelíbano una moderna planta de procesamiento de níquel, que por la época de la firma del Contrato Adicional se pensaba tendría una capacidad de producción de 37.500.000 libras de níquel contenidas en el ferroníquel por año. De otro lado y como un punto de referencia mencionamos que los primeros informes oficiales sobre el Proyecto hablaban de un tenor del mineral de Cerro Matoso de 2.6% y sostenían que con el aprovechamiento de níquel del 1,0 al 1,5 la vida útil del depósito se prolongaría a 45 años 10/.

Los documentos oficiales enumeraban, como lo hemos dicho, 23 ventajas y modificaciones, "de carácter económico y fiscal" las principales, derivadas de las nuevas condiciones contractuales, las cuales iremos incorporando al análisis en los apartados que siguen.

Se mencionó ante todo que el IFI y CONICOL (los nuevos concesionarios) celebraban a su vez un CONTRATO DE OPERACION CONJUNTA para la explotación y el procesamiento del mineral de níquel de Cerro Matoso. El objeto de dicho contrato era el de realizar conjuntamente la exploración, explotación y transformación de los minerales de que tratan los Contratos de Concesión Original y el Contrato Adicional, vale decir la ejecución de un cúmulo de actividades que globalmente se definen como el Proyecto.

La participación gubernamental, aparte de esa manifestación abstracta de afirmación de "soberanía sobre los recursos naturales" que la

10/ Ministerio de Minas y Petróleos, Boletín de Minas, N° 1 y 2, enero-junio de 1970.

presencia del Estado representa, es asociada comúnmente con varios objetivos:

- a - Como un medio de obtener control efectivo sobre las explotaciones;
- b - Como un instrumento para obtener mayores ganancias o rentas por encima de los niveles que se podrían garantizar solo a través de impuestos;
- c - Como forma de ganar experiencia y aumentar la capacidad nacional en estas áreas 11/.

Conviene examinar qué nos muestra la experiencia colombiana y, en particular, la evolución de este Proyecto a este respecto.

La estructura contractual definida en 1970 para el Proyecto Cerro Matoso, además de otorgar en concesión el yacimiento al IFI y CONICOL, en proporciones de 1/3 y 2/3 respectivamente, extendió la misma proporción a las relaciones entre las dos partes en la ejecución y desarrollo del Proyecto. No se da ninguna explicación para ello. Simplemente, el artículo 2º del Contrato de Operación Conjunta establece que el porcentaje de interés, en relación con los activos del Proyecto, será: 66 y 2/3% para CONICOL (1a. parte) y de 33 y 1/3% para el IFI (2a. parte). En esa misma proporción participarán en la realización conjunta del Proyecto que se hará mediante la formación de una Cuenta Conjunta.

Las estipulaciones del Contrato de Operación Conjunta fueron celebradas por algunos comentaristas como la obtención por parte del gobier-

11/ S.Zorn, "Recent Trends in Less Developed Countries Mining Agreements", en Sideri & Johns, Mining for Development in the Third World, 1980.

no colombiano de una substancial capacidad de control, manteniendo a la vez un porcentaje de interés en el capital (equity) minoritario 12/. Tal evaluación sorprende, sobre todo por la época en que se realizó, en la cual se contaba ya con importantes elementos de juicio sobre las perspectivas del Proyecto y además por quienes la realizaron, conocidos expertos internacionales en contratación.

Ante todo, propiedad (participación en el capital) y control no son sinónimos. Y resulta por lo menos discutible afirmar, como trataremos de demostrarlo más adelante, que el articulado del Contrato de Operación Conjunta otorgase al socio colombiano una substancial capacidad de control sobre el Proyecto. Pero además de ello, el cúmulo de condiciones y definiciones que han debido imponerse desde un comienzo y de parámetros que se permitió establecer o modificar posteriormente a la firma de los contratos de 1970, son tales que hacen pensar que la re-negociación contractual de ese año se desaprovechó enormemente.

Las definiciones contractuales del año de 1970, y principalmente el hecho de convertir a una agencia del Estado (el Instituto de Fomento Industrial -IFI) en concesionario y de incorporarla a la ejecución y desarrollo del Proyecto --si bien con un porcentaje de interés mi-

12/ D.N.Smith and L.T.Wells, Jr, "Mineral Agreements in Developing Countries: Structure and Substance", en American Journal of International Law, 69 (1975), 560-590.

noritario de 33 y 1/3%--, sirvieron al menos para definir con qué socio extranjero se pactaba en definitiva y superar el litigio que empañaba el despegue del Proyecto. El grupo Chevron-Hanna mostró así su gran capacidad de negociación y su gran experiencia sobre el ambiente de inversión colombiano. Cuando ya no tenía nada que hacer ante el nuevo curso de las negociaciones, el grupo "Gregory-López-Placer-Simplot-King" propició el escándalo público sobre las negociaciones de Cerro Matoso, si bien en privado, sus voceros hacían gala de una posición francamente derrotista. A mediados de 1971, su posición se resumía en los siguientes puntos:

- 1 - De ser favorecidos por el fallo del Consejo de Estado, el grupo "Gregory-López-Placer-Simplot-King", compraría los estudios, investigaciones e instalaciones adelantadas por Chevron-Hanna. Los estatutos de Operador y las ganancias pactadas para el país no cambiarían;
- 2 - Aceptarían en su defecto un acuerdo de explotación conjunta con Hanna-Chevron;
- 3 - No siendo posibles las dos primeras salidas, se plegarían a otra transacción: venderle a Hanna-Chevron los derechos que "presuntamente" tenían y que se encontraban en pleito (*).

(*) En base a entrevistas privadas realizadas por la época con los abogados César Castro Perdomo y Diego Llinás Pimienta.

3. La Concesión Modernizada

Volver sobre la trayectoria contractual para la explotación del níquel en Colombia, nos ha hecho pensar que Cerro Matoso jamás ha dejado de ser una CONCESION, así esta afirmación sea causa de sorpresa entre muchos. No se le puede ver por supuesto como una Concesión por el estilo de las que propiciaba el régimen legal expedido en 1943 y que reprodujo el Decreto 805 de 1947. Por el contrario, las profundas modificaciones que le introduce el Contrato Adicional firmado en julio de 1970 al Contrato de Concesión N.º 866 (de marzo 30 de 1963), muestran el perfeccionamiento que puede lograr la que podría denominarse una CONCESION MODERNIZADA dentro del régimen legal que rige la minería en Colombia y, teóricamente, que se hubiese podido ir mucho más allá, si la inexperiencia en el país en este tipo de negociaciones y en buena medida la falta de previsión no lo hubiesen impedido. Este tipo de precisiones son cada vez más importantes, pues se tiende a hacer recaer en los regímenes legales la responsabilidad por la quiebra de las expectativas que generan los proyectos mineros.

3.1 No se previó el efecto de cambios mayores en los parámetros técnicos

Se contrató en 1970 con referencia a un proyecto de desarrollo, explotación y tratamiento elaborado por la Chevron y presentado al Ministerio entre 1968 y 1970, basado en un sistema de procesamiento de características técnicas diferentes al finalmente escogido, en un conocimiento muy aproximado de las características del yacimiento (en el con-

siderando (d) del Contrato Adicional se habla de un proyecto acorde con el promedio (subrayamos) de la riqueza mineral de níquel del yacimiento); se acordó, en principio, una capacidad de producción de la planta de tratamiento de 37.500.000 lbs anuales de níquel contenidas en el ferroníquel, y se dejó prácticamente a libre decisión del socio extranjero una decisión final al respecto ya que éste tendría en sus manos, mediante posteriores desarrollos contractuales, toda la selección de tecnología (cláusula décima); no se contaba al momento de contratar siquiera con la más mínima aproximación a la combinación más económica de equipos y parámetros de proceso sobre los cuales se basara un estudio de factibilidad; la cláusula undécima del Contrato Adicional muestra que por entonces el Proyecto ni siquiera tenía un norte, al señalar que "el Concesionario, con sus productos procesados, atenderá preferentemente las necesidades del consumo nacional", en contraste con decisiones posteriores que orientaron toda su producción al mercado externo, al impulso de los apremios crecientes de la Balanza de Pagos y dadas las condiciones productivas internas.

Aun sin un conocimiento preciso sobre los anteriores puntos, que no estaríamos sugiriendo, teóricamente, el Contrato Adicional al de Concesión hubiese podido anticipar algunos efectos de los cambios mayores en los parámetros técnicos y estipular algunas cláusulas de salvaguardia.

3.2 La cláusula de reversión pactada se haría fácilmente nugatoria

Se mencionó oficialmente como una de las ventajas económicas de la ne-

gociación de 1970 la reducción del período de explotación de 30 a 25 años (cláusula trigésima del Contrato Adicional), si bien se consagra en el mismo texto un mecanismo de fácil prórroga, por 5 años más, previo acuerdo entre el Gobierno y el Concesionario. Pero aparte de lo anterior, algo más de un año después de firmados los contratos de 1970, se descubrió cómo mediante un simple cambio en un parámetro técnico se podía hacer nugatoria la cláusula de reversión pactada.

Entre septiembre 25 y diciembre 10 de 1971, el ingeniero Milton Ruiz Rivera realizó a nombre del Ministerio de Minas una visita a la planta piloto instalada en Riddle, Estado de Oregon (EE.UU.), en desarrollo del Proyecto Cerro Matoso y con capacidad de 3 tons/hora, con el objeto de hacer las investigaciones necesarias para la determinación de los parámetros requeridos para el diseño de la Planta Industrial que se instalaría más tarde en Colombia.

A manera de conclusión central sobre su visita el funcionario colombiano estableció que "El proyecto inicial de instalar una planta industrial de 37.5 millones de lbs de níquel por año, no es rentable para los inversionistas teniendo en cuenta la elevación de los costos de capital, por lo cual proyectan ampliar en un 50 % la capacidad de la Planta. Con esta medida la vida útil del depósito se disminuye en tal forma que la cláusula de reversión pactada no aportaría ningún beneficio al país" 13/. Los desarrollos posteriores del Proyecto re-

13/ Cf. Milton Ruiz Rivera, Ingeniero Industrial, Informe sobre la Visita a la Planta Piloto Instalada en Riddle, Oregon, U.S.A., sept 25 a dic 10 de 1971, Ministerio de Minas, 1972 (mecanografiado).

forzaron esta tendencia, pues todas las condiciones técnicas se fueron adaptando para convertir a un primer período de la explotación --entre 10 y 12 años-- en la fase productiva decisiva.

3.3 Se pactó una fórmula deficiente para la captación de regalías

La cláusula décima sexta del Contrato Adicional establece que "durante el período de explotación y de procesamiento, y a partir de la fecha en que se inicie este término, el Concesionario pagará al Gobierno una regalía del 8% del valor que tenga, en boca de mina, el producto bruto del mineral de níquel extraído. El pago de esta regalía fue presentado en los documentos oficiales como una de las grandes ventajas, en materia económica y fiscal, derivada de la renegociación contractual concluída en 1970.

Ante todo, la fórmula de regalía pactada en el Contrato Adicional es diferente a la consagrada en la Ley. El decreto 1275 de 1970, reglamentario de la Ley 20 de 1969, en su artículo 232, establece que se cobrarán regalías en la actividad minera "hasta el 8% del precio de venta del mineral en bruto en boca de mina o en plaza". Y define mineral en bruto como "el mineral extraído o arrancado del yacimiento y puesto en condiciones de ser sometido a posterior beneficio". Aquí nos encontramos frente a otros conceptos.

El Contrato Adicional hace explícitas las bases para el cálculo de la fórmula de regalía adoptada en el caso de la Concesión Cerro Matoso. Para determinar dicho valor --estipula el Contrato Adicional--

(el del producto bruto del mineral de níquel extraído, en boca de mina), se tendrán en cuenta los precios de los mercados internacionales para el níquel contenido en el ferroníquel o en los productos más avanzados de que se trate (*), y de ello se deducirán:

- (a) los costos de transporte interno y externo,
- (b) los costos de procesamiento y
- (c) todos aquellos costos que se causen después de la explotación del mineral.

No obstante que bien pronto técnicos de las agencias estatales (específicamente de Planeación Nacional) pusieron de presente que los costos para determinar el valor en boca de mina son relativamente manipulables e indirectamente objetaron la fórmula pactada para la captación de regalías de Cerro Matoso, este asunto solo comenzó a generar controversia en época más reciente, desde finales de 1982, cuando el Ministerio de Minas y Energía entró a estudiar un método propuesto por Cerro Matoso S.A. (CMS.A.), en mayo del mismo año, para determinar el valor del níquel en boca de mina. Vale decir, cuando se abocó en concreto el problema de definir exactamente qué precios se tomarían en cuenta y qué costos se deducirían, para llegar al valor en boca de mina.

La implementación de la fórmula generó entonces entre el Ministerio y

(*) La misma cláusula del Contrato Adicional hace especificaciones sobre qué precios internacionales se tomarán como base para la liquidación de las regalías.

la compañía un pleito aún no resuelto, debido que al aplicarla según costos reales se observó que durante los primeros trimestres de producción (específicamente el cuarto trimestre de 1982 y primero de 1983) no habría regalía pues el monto de los conceptos deducibles (aún limitados por el Ministerio al 61% del total propuesto por CMS.A., en ejercicio de funciones encomendadas a esa dependencia en el mismo Contrato Adicional) es superior al precio de venta del metal.

La empresa adujo que esta circunstancia es normal en proyectos de este tipo, con altísimos costos de arranque y puesta en marcha, y particularmente aguda en el caso concreto del níquel, cuyo precio en los mercados internacionales ha descendido a los niveles más bajos de los últimos 10 años. Pero aún a precios más altos, previene el Concesionario, no es inusitado que durante su primera etapa un proyecto industrial produzca a pérdida, simplemente por la circunstancia de que es en esta etapa cuando los costos son más altos y la producción es más baja. Con lo cual puso de presente que las disparidades pueden no reducirse a solo los dos o tres semestres iniciales, como en efecto ha ocurrido, y advirtió sobre el grado de manipulación contable de que pueden ser objeto los cálculos de costos 14/.

Según criterio de la propia empresa, las deficiencias de la fórmula

14/ Cf. Juan Caro Nieto, Demanda de nulidad de las Res. 000588, 001532 y 002324 del Ministerio de Minas y Energía y de la liquidación de Regalías de agosto 5 de 1983, ante el Consejo de Estado, Noviembre 2 de 1983.

de regalías pactada para Cerro Matoso son tales que pueden generar desacuerdos permanentes con el Ministerio cuando se trate de efectuar las liquidaciones trimestrales estipuladas. En el texto del recurso de reposición que CMS.A. interpuso contra la Resolución 000588 del Ministerio (de 18 de abril de 1983) mediante la cual se liquidaron las regalías de la Concesión N° 866 para el tercero y cuarto trimestres de 1982 y para el primer trimestre de 1983, se lee: "Los términos de la fórmula de cálculo consignada en el Contrato Adicional y en la Ley son tan amplios que dan margen para que a lo largo de los 25 ó 30 años de la Concesión 866 se presenten discrepancias de criterio sobre cuáles precios y costos son admisibles y cuáles no" 15/.

3.3.1. Cálculo de las regalías según la fórmula pactada en 1970

La primera aplicación de la fórmula pactada en 1970 para la captación de regalías data de noviembre de 1972, fecha en la cual se presentaron con algún detalle las primeras proyecciones de ingresos y costos globales para el Proyecto Cerro Matoso.

Las tres tablas siguientes muestran los valores de tales proyecciones de ingresos y costos globales para un período de 20 años y sus implicaciones sobre el reparto de los beneficios del Proyecto. La primera tabla compara las cifras de la propuesta de los inversionistas extranjeros (CONICOL - Hanna) con lo negociado por el gobierno, todo en tér-

15/ Incluida en CMS.A., Regalías, marzo 30 de 1984 (compilación fotocopiada).

menos de valores absolutos y globales de ingresos y costos a 20 años y sin tener en cuenta, como es el caso también de distintas proyecciones elaboradas para Cerro Matoso entre 1969 y 1973, el valor del capital en el tiempo (valor presente).

La segunda tabla muestra el monto de las regalías resultante de aplicar la fórmula pactada en el Contrato Adicional. Si se comparan las cifras que conforman la propuesta de los inversionistas extranjeros con lo negociado por el gobierno se encontrará que éste sólo aceptó un 74% de los conceptos deducibles para el cálculo del valor del mineral en boca de mina. Como consecuencia, el monto absoluto de las regalías que se captarían en los 20 años se elevó en un 44.5%. Por el mismo factor, el monto de las regalías calculas para 20 años pasó de representar un 3.33% del valor de venta FOB Pittsburg a representar un 4.81%.

La tercera tabla resume los montos absolutos y globales del reparto de los beneficios del Proyecto según proyecciones a 20 años. Se notará que las proporciones del reparto no varían en lo fundamental entre una y otra propuesta, desde el punto de vista de quienes reciben los beneficios; varía más bien entre una y otra propuesta la composición de lo que hipotéticamente recibiría el Gobierno. Según la propuesta de los inversionistas extranjeros, el monto de las regalías captadas por el Gobierno equivaldría al 13% de lo que éste recibe; luego de los ajustes y calificación de los costos deducibles ascendería al 18% de lo que recibiría el Gobierno, con lo cual se pone de

Tabla II - PROYECTO NIQUEL CERRO MATOSO: PROYECCIONES DE INGRESOS
Y COSTOS DE 20 AÑOS ELABORADAS EN NOVIEMBRE DE 1972

(Cifras en US\$ miles)

	PROPUESTA INVERSIONISTAS	NEGOCIADO POR EL GOBIERNO
Libras de Ferroníquel	750.000.000	750.000.000
Libras de Níquel	833.325.000	833.325.000
1. Ventas FOB Pittsburg	952.500	952.500
2. Menos transporte Cartagena Pittsburg	29.408	29.408
3. Comisión de Ventas 5%	47.625	47.625
4. Valor FOB Cartagena	<u>875.467</u>	<u>875.467</u>
5. Depreciación	74.589	74.589
6. Deducción especial 8% de inversión planta.	126.740	- -
7. Mano de obra y materiales	201.914	201.914
8. Vivienda (distribuidos 70%)	5.240	5.240
9. Transporte a Cartagena	13.126	13.126
10. Regalía de proceso	11.254	- -
11. Gastos administrativos, seguros, im- puestos locales (distribuidos 91%).	39.529	30.825
12. Gastos de Administración 3%	- -	28.575
13. Total costo operación e indirecto de planta.	<u>478.456</u>	<u>354.269</u>
14. Valor en boca de mina	<u>397.008</u>	<u>521.198</u>
15. Regalía gobierno 8%	31.761	45.900
16. Depreciación	11.745	11.745
17. Mano de obra y materiales	32.402	32.402
18. Vivienda (distribuidos 24%)	1.660	1.660
19. Administración, seguros, impuestos lo- cales (distribuidos 9%).	5.605	3.075
20. Total costo de operación e indirectos minería (distribuido)	<u>83.173</u>	<u>94.782</u>
21. Sub-Total	<u>313.835</u>	<u>426.416</u>
22. Menos agotamiento	36.525	47.527
23. Más: Deducción especial (línea 6)	126.740	- -
24. Menos intereses	<u>64.725</u>	<u>25.500</u>
25. Renta gravable	375.850	353.389
26. Imporrenta y Complementarios	195.878	190.435
27. Utilidades a distribuir	221.497	210.481
28. Impuestos locales y aduaneros	15.342	15.342

Fuente: ECONIQUEL Ltda., Bogotá, D.E., noviembre de 1972

Tabla III -Monto de las regalías a ser captadas durante 20 años, resultante de aplicar la fórmula pactada en el Contrato Adicional - según proyecciones elaboradas en noviembre de 1972

	Propuesta del inversionista extranjero (US\$miles)	Negociado por el gobierno (US\$miles)
Ventas FOB Pittsburg	952.500	952.500
V/r en boca de mina	397.008	521.198
Regalía (8% del valor en boca de mina)	31.761	45.900
Regalías como porcentaje del V/r ventas FOB Pittsburg	3.33%	4.81%

Tabla IV- Reparto de los beneficios del Proyecto Cerro Matoso - según proyecciones a 20 años elaboradas en noviembre de 1972

	Según propuesta del inversionista extranjero (US\$ miles)		Luego de la negociación con el gobierno (US\$miles)	
Gobierno (impuestos + regalías)	242.981	52.3	251.677	54.5
IFI	73.832	15.9	70.160	15.2
CONICOL	147.664	31.8	140.320	30.3
Gobierno + IFI	316.813	68.3	321.837	69.7
Rentabilidad				24.1%

Fuente: Econíquel Ltda., Bogotá, D.E., noviembre de 1972.

presente la atención que se le ha debido prestar desde un comienzo a este punto. Por tratarse de montos absolutos y globales para 20 años es claro que el punto más álgido de la discusión actual no podía plantearse: vale decir, qué pasaría en los distintos tramos del Proyecto con respecto al monto de las regalías aplicando la fórmula pactada en el Contrato Adicional, en especial en la fase de arranque del mismo?

Tendremos que volver sobre esta controversia más adelante, en busca de proponer una fórmula que sin implicar la renegociación del Contrato Adicional, limite en sus efectos, las deficiencias mayores de la fórmula pactada en 1970 en materia de regalías. No suscribimos al concepto del Ministerio que consideró "absurdo que los costos deducibles resultaran superiores a los precios internacionales" en algunos trimestres (ver el inciso segundo del literal (b) numeral (5) de la Resolución 001532 de 1983) al aplicar la fórmula de regalías pactada en 1970. Este concepto nos parece más bien representativo de una actitud de desconcierto que llevaría a defender lo indefensible de una fórmula deficiente para los propósitos que fue introducida, actitud que llevaría a introducirse en dispendiosos vericuetos legales, como es actualmente el caso. Por ahora nos interesa más bien mostrar cómo, precisamente porque deja de lado los factores claves del moderno concepto de regalía, numerosos aspectos y decisiones mayores del Proyecto se sucedieron sin control ni relación con ningún mecanismo contractual (ni con el de regalía ni con ninguno otro).

3.3.2. Factores del moderno concepto de regalías que se dejaron de lado

Desde comienzos de los años 70, vale decir, en forma simultánea con la renegociación contractual de Cerro Matoso, a nivel internacional había comenzado a primar en la contratación minera la idea de una tasa de regalías basada en el producto, aplicable a todos los proyectos del sector, pero abierta a modificaciones en el caso de ciertos contratos con firmas extranjeras o a su sustitución por impuestos de exportación en el caso de firmas nacionales.

En la mayoría de los casos se busca que las regalías mineras operen como tasas ad valorem y se expresan como tasas en dólares por kilogramo de metal contenido o por tonelada de mineral concentrado (p.ej., en Indonesia el cobre es exportado como concentrado). Se especifica además cómo se aplican tales tasas según los precios internacionales de un metal particular correspondan a un nivel básico o lo sobrepasen. Cuando se hace tal especificación, y ello es el caso para los minerales más importantes, entre ellos el ferroníquel, la tasa es automáticamente ajustable, como corresponde a un concepto ad valorem de las regalías 16/.

A partir del momento en que se inicie la producción, el moderno contrato estipulará el pago de una regalía sobre el mineral vendido o

16/ Cf. Gillis, M. & Beals, Ralph, Tax and Investment Policies for Hard Minerals, Cambridge, Massachusetts, 1980, pp. 47 y ss.

procesado, calculada sobre la base del grado del metal contenido en el mineral o en el producto procesado. Para el caso que nos ocupa, hubiera sido indispensable especificar el grado del níquel contenido en el ferroníquel, que es el producto que se obtiene de la planta de Cerro Matoso. El siguiente paso consistiría en elaborar los cálculos de las regalías mensuales sobre la base de los precios internacionales de venta para la producción mensual corriente y someterlos a una escala hipotética del siguiente estilo:

--si el precio promedio anual para el níquel, en los mercados internacionales, fuese hasta US\$ xxx por tonelada la regalía sería v %
(Walde sugiere un nivel hipotético de 3%)

--si el precio promedio anual para el níquel sobrepasare el nivel básico y se ubicare en un rango entre US\$ xxx y US\$ yyy / ton, se pagará una regalía de w% (Walde sugiere un nivel hipotético de 5%) sobre la cantidad que exceda los \$ zz.000.000.

Se hubiesen podido pactar asimismo reajustes a las tasas de las regalías, por acuerdo entre las partes, en el momento de revisar y aprobar el Estudio de Factibilidad del Proyecto, con el propósito de tomar en cuenta los desarrollos nuevos de los precios en los mercados internacionales y la situación de los costos de producción. Para determinar la influencia de los precios internacionales en los ajustes indispensables, se ha de tener en cuenta si la producción está comprometida o no mediante contratos de largo plazo.

Liquidación y avances de regalías: Una vez efectuada la liquidación

mensual de las regalías causadas, los pagos deben efectuarse dentro de los primeros 25 días del mes siguiente. Sería internacionalmente aceptable además, pactar que al comienzo de cada año un mínimo, que puede alcanzar hasta un 50% de las regalías pagadas durante el año anterior, fuese pagado por adelantado 17/.

Regalías Mínimas: Surge en este punto un tema que, quizás por haber sido introducido de manera impropia en la controversia actual sobre las regalías de Cerro Matoso, está siendo fácilmente objetado por el Concesionario. Se trata de la noción de pagos mínimos de regalías, que el Concesionario objeta, con razón en este caso, por considerar que no encuentra asidero legal en la legislación colombiana o porque --añade en el alegato-- "equivale a implantar en el campo de las regalías el principio de la renta presuntiva, que ha sido una innovación interesante en materia del impuesto sobre la renta, pero que legalmente no existe en ningún otro campo" 18/. Aun cuando se entiende que el asesor legal del Concesionario está preocupado en este aspecto por las implicaciones de ciertas acciones administrativas del Ministerio de Minas y Energía en el caso de las regalías de Cerro Matoso, debemos resguardarnos, no obstante, de ciertas implicaciones del argumento a un nivel más general. Se podría llegar a considerar

17/ Cf. Walde, Thomas W., Tentative Formulations for a Model Mineral Joint Venture Agreement (mecanografiado)

18/ Cf. CMS.A., Ibid.

dado lo categórico del argumento, al concepto de regalía mínima, por inaplicable dentro del régimen legal colombiano ya que no existe normatividad a este respecto, como exótico en el campo de las legislaciones mineras. Pues bien, se puede mencionar a este respecto que el propio régimen tributario estadounidense contempla la noción de regalías mínimas en los contratos para la explotación de recursos naturales, originadas en algunos casos en los cuales, la posición negociadora de una de las partes es tan fuerte que es capaz de exigir a la otra pagos anuales por una cuantía mínima específica, independientemente de la producción resultante (cuantía mínima que puede ser de tres tipos para efectos legales, catalogándose uno de ellos como regalía mínima). En una circunstancia como esta, los contratos de explotación de recursos naturales pueden estipular una regalía mínima, con consecuencias tributarias que dependen de que se estipule si es o no recuperable de futura producción 19/. Claro está que, en cuanto a posición negociadora de las partes se refiere, el caso del Proyecto Cerro Matoso es representativo de la situación totalmente opuesta .

19/ Cf. Frank M. Burke, Jr. & Robert W. Bowhay, Income Taxation of Natural Resources / 1984, Prentice-Hall, Inc., Englewood Cliffs, New Jersey , 1508 a 1510.

3.3.3. Aspectos y decisiones mayores del Proyecto que se fueron sucediendo sin control

Hemos puesto de presente que las deficiencias en las estipulaciones contractuales hicieron que diversos aspectos y decisiones mayores del Proyecto se fueran sucediendo sin control ni relación con mecanismo contractual alguno, en los años que siguieron a la renegociación de 1970. Una serie de referencias a aspectos técnicos del Proyecto, mostrarán con claridad las dimensiones de este punto.

Fue casi a mediados de los años 70 cuando se pusieron en evidencia las implicaciones que sobre la tasa de explotación y el proceso técnico escogido tenían ciertas características especialmente favorables del yacimiento de Cerro Matoso. La naturaleza de manto que el depósito níquelífero de Cerro Matoso exhibe hace favorable en la operación de minería para su explotación la utilización de los métodos convencionales de tajo abierto similares a los utilizados por Hanna en su operación minera en Riddle (*).

Se encontró asimismo que el depósito níquelífero de Cerro Matoso carece de uniformidad en cuanto al contenido de níquel y su composición físico-química, como es característico en los cuerpos de minerales lateríticos a escala mundial. Se seleccionó entonces para desarrollar

(*) La Hanna Mining Company emprendió la producción comercial de ferroníquel en 1954 en Riddle, Estado de Oregon (EE.UU.), utilizando un proceso de reducción en base a silicónes. Esta empresa es, aún hoy en día, el único productor integrado de ferroníquel en los Estados Unidos.

la minería inicial un bloque de explotación con mineral cuyo contenido de níquel es mayor que el promedio. Como la sobrecarga de este bloque resultó más densa que el promedio, se decidió su descapote para la fase previa a la producción de tal forma que de allí saliera mineral disponible para las pruebas iniciales de la planta.

Por la época en la cual la Hanna se interesó en el depósito de Cerro Matoso, la empresa condujo una investigación sobre todos los procesos técnicos conocidos para el tratamiento de lateritas de níquel. Entre 1971 y comienzos de 1972, Hanna experimentó primero en Toledo, Estado de Ohio (EE.UU.), un proceso de reducción mejorado en base al carbón y luego hizo las pruebas piloto correspondientes en Riddle. Este trabajo experimental demostró que, con una adecuada preparación, la reducción al carbón podría ser más selectiva que lo que se había previsto dando como resultado la producción de un ferroníquel de más alto grado que el resultante de operaciones comerciales en actividad por la época. Las conclusiones así obtenidas fueron reafirmadas mediante pruebas en la planta experimental de Fiskaa, Noruega, entre finales de 1972 y comienzos de 1973, en las cuales se utilizó un horno de rotación para la calcinación.

Para establecer los mejores parámetros de maximización de resultados, de optimización del grado de ferroníquel (FeNi) y de recuperación óptima del metal se planeó la realización de numerosas pruebas adicionales. Con todo el conocimiento así ganado se buscó la combinación más económica de equipo de capital y de parámetros de proceso sobre

los cuales se basaría el Estudio de Factibilidad.

Se desembocó así en el proceso pirometalúrgico denominado RKEF (Rotary Kiln Electric Furnace), al cual corresponde una planta de una línea, con características en cierto modo diferentes a las de una planta de doble línea como la que se incluyó en el Proyecto de Ingeniería elaborado para Cerro Matoso en agosto de 1972.

La Propuesta de Minería Selectiva: A tiempo que se daban estos pasos para seleccionar el proceso y definir el diseño de planta, se fue desembocando en una propuesta de minería selectiva para una primera fase de la explotación, en correspondencia con los hallazgos en materia de reservas y características del yacimiento. Como se muestra en la Tabla que sigue de estimativos preliminares de reservas del yacimiento de Cerro Matoso, las reservas de mineral se calculaban en 40.066.000 toneladas (toneladas métricas secas) con un contenido promedio de níquel de 2.49%, incluyendo en dicho tonelaje un área central de alto contenido de metal con reservas no menores de 9.904.000 toneladas (tms) y contenido promedio de níquel de 3.29%.

El área central ya mencionada se caracteriza por la presencia de una sección más densa que el promedio y de mineral de más alto grado, área incluida además dentro del segmento de reservas de mineral con un contenido promedio de níquel superior a 1.5%. La Tabla de estimativos preliminares de reservas que a continuación incluimos ofrece también cifras separadas para dicha área central, elaboradas con cri-

TABLA V - CALCULO PRELIMINAR DE RESERVAS DE MINERAL DEL YACIMIENTO DE CERRO MATOSO (DILUIDO)

	Toneladas Mé- tricas secas (TMS)	Ni	Co	Total					Ferrosos		S
				Fe	MgO	SiO ₂	Al ₂ O ₃	LOI	Fe	C	
Area central de mi- neral de alto grado	9.904.000	3.29	.054	13.54	14.71	47.80	1.85	9.54	3.8	0.542	0.030
Reserva mineral res- tante	30.162.000	2.23	.066	16.34	16.44	41.62	2.53	9.91	3.0	0.250	0.033
Total de la reserva de mineral	40.066.000	2.49	.63	15.63	16.01	43.15	2.36	9.82	3.2	0.322	0.032

	<u>Metros Cúbicos</u>	<u>Toneladas Secas</u>
Excavación: Superficial	20.993.000	30.498.000
Laderas de la mina	4.988.000	7.033.000
Fondo de la mina	1.152.000	2.190.000
Total	27.133.000	39.721.000

Fuente: Carta de J.G.Stone al Jefe del DNP, de fecha 3 de marzo de 1975.

terios más estrictos que los utilizados para el cálculo global. Fue así como se desembocó en una propuesta para explotar este bloque en forma separada y una vez se pudiese mostrar las ventajas económicas desde el punto de vista de la rentabilidad del Proyecto en su conjunto, se buscaría una decisión para explotar primero que todo esta área.

La propuesta de minería selectiva sobre la base de explotar primero el área del yacimiento con mayor contenido de níquel, durante la fase temprana de la operación, resultaría técnica y económicamente irrefutable. Más elaborada que por la época que estamos comentando, se fue incorporando --como tendremos oportunidad de verlo más adelante-- en las distintas propuestas que se discutieron hasta 1976 y luego en el Estudio de Factibilidad presentado por la Bechtel en junio del mismo año. La estructura del yacimiento, por lo demás, es tal que dicha propuesta evitaba asimismo cualquier desperdicio de reservas de mineral.

Las objeciones a la forma de presentación de la propuesta de minería selectiva, lo mismo que a las decisiones sobre el diseño y tamaño de planta y selección de tecnología del proceso, son de otra índole y cuando se sugirieron ya era tarde frente a la letra de los contratos 20/. Se trataba de saber, en el caso de la propuesta de mine-

20/ Cf. Concepto de Rex L. Bosson, del Depto. de Proyectos Industriales del Banco Mundial (IBRD), enviado a Julio Restrepo de León, gerente de ECONIQUEL Ltda., junio 5 de 1974.

ría selectiva, si el flujo de caja proporcional para los diferentes participantes en el Proyecto (el Gobierno, el IFI y CONICOL) cambiaría o se distorsionaría con beneficios desproporcionados para alguno de ellos en desmedro de los demás. No había sin embargo bases de comparación, pues ni en el momento de negociar ni por la época en que se elaboraron los primeros cálculos de distribución de los resultados del Proyecto se tuvieron en cuenta estos factores. El estrecho horizonte de las propuestas previas al Estudio de Factibilidad mostraba a primera vista, por lo demás, que tal distribución no se había afectado para nada con tales propuestas y decisiones. Por lo tanto, se podía postular simplemente que era para ventaja de todos los participantes promover la idea de la minería selectiva en cuanto cada uno de ellos recibiría un mayor flujo de caja en fecha más temprana.

3.4 La Concesión Modernizada, compatible con diversos arreglos contractuales

A través de la figura de la CONCESION MODERNIZADA (Contrato Original más Contrato Adicional) se otorgó al Concesionario --CONICOL (Hanna) e IFI-- el derecho de explorar y explotar el yacimiento níquelífero de Cerro Matoso. Este derecho compartido sobre el yacimiento, junto con sus obligaciones, sumado a las exigencias que se plantearon sobre tratamiento a la inversión extranjera dentro de las negociaciones con la Hanna conducidas entre 1968 y 1970 y las expectativas de participación en el capital del Proyecto por parte del Estado colombiano, dieron pie a la fórmula conocida como Contrato de Operación Conjunta, que rigió el desarrollo del Proyecto entre julio de 1970 y marzo de 1979, cuando se constituyó Cerro Matoso S.A. Se trataba de una fórmula contractual enteramente novedosa en el país y valen por ello unas observaciones rápidas sobre sus orígenes y características.

Con una gran tradición a este respecto, la legislación tributaria norteamericana prevé, que a causa de las cuantiosas inversiones que demandan y los elevados riesgos que implican el desarrollo y la operación de explotaciones mineras, es posible la reunión de varios contribuyentes en una sola empresa. Esta decisión de desarrollar y operar conjuntamente sobre la base de un derecho sobre una propiedad minera, hace necesario cierto tipo de acuerdo para definir los derechos y obligaciones de los participantes. En ese caso, se dice, los copropietarios inician una operación conjunta y suscriben un acuer-

do que por lo general se denomina Contrato de Operación Conjunta (en inglés, Joint Operating Agreement). A uno de los participantes usualmente se le designa como Operador, a tiempo que los demás son designados no-Operadores. En el caso de la explotación de minerales sólidos, los ingresos provenientes de su venta son por lo general recogidos por el Operador, y distribuidos por él a los no-Operadores luego de deducir los costos de operación. Al Operador le compete la responsabilidad administrativa por la operación, y también la obligación de pagar las cuentas y llevar la contabilidad.

Contempla la misma legislación estadinense que la operación conjunta a partir de un derecho minero se puede llevar a cabo bajo cualquiera de las siguientes formas de organización mercantil: co-ownership, joint venture, partnership, trust (hasta aquí, formas no corporativas) o bajo la forma de corporación. En suma, se trata de dos formas de organización mercantil: las no corporativas y la corporativa. Pero, también en el marco de esa misma legislación, lo relevante es que cualquiera de las formas no corporativas puede desarrollarse de manera tal que se convierta en una sociedad que sea en últimas objeto de impuestos bajo el mismo régimen que una corporación. En tanto ello no ocurra, sin embargo, sobre las diferentes formas de organización mercantil adoptadas para llevar a cabo la operación conjunta recaerán consecuencias tributarias diferentes, en lo concerniente a la selección del año gravable, a ciertas opciones disponibles para los propietarios u operadores de las propiedades mineras y a la distribución de las utilidades y las deducciones entre los propietarios. El punto de

referencia principal para resolver tales aspectos consiste en determinar si se ha constituido o no una entidad por separado que sería el gestor principal en el desarrollo y operación de la explotación a partir de la propiedad minera, o si tal entidad por separado nunca se constituyó, caso este último en el cual el Operador de la actividad conjunta actuaría como simple agente de los propietarios 21/.

Sin antecedentes de significación a este respecto dentro de la legislación colombiana, el diseño contractual que se utilizó para aclimatar la modalidad del joint operating agreement en el caso del Proyecto Cerro Matoso y por primera vez en el sector de recursos naturales no renovables en Colombia, podría parecer en extremo complicado:

- 1) Se firmó el denominado Contrato de Operación Conjunta, en el cual se menciona que se hará la designación de un Operador por un término de 15 años, pero se deja tal designación al Consejo Directivo de la operación conjunta;
- 2) Se firmó asimismo un Contrato de Operador , por el término de 15 años, el día 15 de octubre de 1971, entre la parte nacional y la empresa CONICOL, incorporada según las leyes del Estado de Delaware (EE.UU.) y con una sucursal domiciliada en Bogotá, o sea con la subsidiaria del socio extranjero del Proyecto.

21/ Burke & Bowhay, 1984 / Income Taxation of Natural Resources, Prentice-Hall, Inc., New Jersey, Capítulo 9.

A diferencia del "Contrato de Asociación" firmado años más tarde entre Carbocol e Intercor, para la explotación del yacimiento carbonífero de "El Cerrejón-Zona Norte", el cual es una forma alternativa para adecuar, en el sector minero colombiano, la modalidad de los joint operating agreements, no hacen parte del articulado del "Contrato de Operación Conjunta", ni la designación del Operador, ni sus funciones y competencias. Tampoco forman parte del articulado del "Contrato de Operación Conjunta", también a diferencia del "Contrato de Asociación", ciertas garantías que en materia tributaria y cambiaria el Estado decide otorgar al inversionista extranjero y que en el "Contrato de Asociación" son además explícitas, como p. ej., el texto de la Resolución 23 de 1976 sobre régimen de remesas y de ingresos y gastos en moneda extranjera.

Como se verá, sobre los últimos aspectos mencionados faltaba mucho terreno por recorrer y con el nuevo esquema contractual para Cerro Matoso introducido en el año 70, el país ganaría mucha experiencia a este respecto. Por la época en que se firmó el Contrato de Asociación con Intercor, es claro que se actuó no solo en base a la experiencia adquirida con el Contrato de Operación Conjunta para Cerro Matoso, sino aplicando también la experiencia que proporcionaron los contratos de asociación en el sector petrolífero y el rico contexto en materia de definiciones sobre tratamiento a la inversión extranjera en el sector extractivo que significaron varios años de aplicación y discusión de las reglas sobre el particular contenidas en los

acuerdos subregionales a nivel andino.

3.4.1. Opciones contractuales y tributación

El diseño contractual para los casos de las explotaciones del níquel y el carbón (de El Cerrejón) resume las experiencias de mayor repercusión a este respecto para la gran minería en Colombia. Ya observamos cómo entre 1970 y 1979 rigió para el caso de Cerro Matoso un diseño contractual mediante el cual se adoptó una modalidad de joint operating agreement a partir de una Concesión Modernizada. Otra modalidad de joint operating agreement está representada en nuestro medio por el Contrato de Asociación para el Cerrejón-Zona Norte, adoptada en este caso a partir de la figura del Aporte Minero. Pero la figura de la Concesión Modernizada mostró su gran flexibilidad años más tarde, cuando en el diseño contractual para Cerro Matoso, a partir de la misma, se sustituye el Contrato de Operación Conjunta por el Contrato de Sociedad (o Sociedad bajo ley colombiana).

La modificación en el diseño contractual para Cerro Matoso efectuada en 1979 tuvo varias implicaciones de importancia que ilustran bien el significado de las opciones a este respecto:

- 1) El diseño arranca en ambos casos a partir de la Concesión Modernizada. ECONIQUEL y CONICOL traspasaron a Cerro Matoso S.A. , previa aceptación del Ministerio de Minas, los derechos y obligaciones sobre la Concesión.
- 2) Se sustituye el Contrato de Operación Conjunta, pero se mantienen

los derechos y obligaciones de la parte nacional (ECONIQUEL) y la parte extranjera (CONICOL).

- 3) Desaparece el "Contrato de Operador" suscrito con CONICOL. La nueva sociedad (bajo ley colombiana) asume la operación del Proyecto.
- 4) Se suscribe un "Acuerdo de Accionistas" para incluir aquellos puntos que no pueden quedar en los estatutos.
- 5) Se mantiene el Comité Técnico (contemplado en el Contrato de Operación Conjunta) como un derecho del socio colombiano, mediante la suscripción de un contrato entre ECONIQUEL y la nueva Sociedad.
- 6) Se mantienen los Contratos de Servicios técnicos y administrativos suscritos con The Hanna Mining Company, los cuales fueron trasladados a la nueva sociedad. Esto solucionó una inconsistencia legal a la cual se hubiese desembocado dentro del esquema de Operación Conjunta, al ser aprobados tales contratos entre filial (CONICOL - Operador) y casa matriz (The Hanna Mining Co.), lo cual es prohibido por el decreto 1900 de 1973.
- 7) CONICOL había venido actuando en el país a través de una sucursal establecida en Colombia por escritura pública N° 1391, otorgada el 12 de marzo de 1970 en la Notaría Séptima de Bogotá. Como el nuevo diseño contractual no implica el desarrollo de actividades de carácter permanente por parte de CONICOL, pues ésta se limitará a suscribir acciones y efectuar préstamos a Cerro Matoso S.A. y a ejercitar los derechos relativos a su carácter de accionista y acreedor, la participación de CONICOL en el proyecto y en la explo-

tación la hace a partir de 1979 directamente su casa matriz, constituida en Delaware, Estados Unidos de América.

Este último punto plantea un aspecto de la mayor significación sobre las motivaciones del inversionista extranjero para decidirse por una u otra opción contractual. En cualquiera de las dos modalidades de joint operating agreement adoptadas en el país, el inversionista extranjero actúa a través de una sucursal de una casa matriz constituida en el exterior. En el caso de la sociedad bajo ley colombiana, el inversionista extranjero, en cuanto sus actividades se limitan a suscribir acciones y efectuar préstamos, participa directamente a través de la casa matriz.

La legislación colombiana prevé un tratamiento tributario a la inversión extranjera de acuerdo con el cual las tarifas aplicables para el impuesto de renta, remesas, patrimonio y retención en la fuente sufren variaciones acordes con la naturaleza jurídica del ente a través del cual el inversionista efectúa su inversión: 1º Sucursal de empresa extranjera; 2º Aporte en Sociedades Anónimas; 3º Aporte en Sociedades Limitadas 22/. Pero en estos aspectos nuestro régimen fiscal básicamente se adecúa a las necesidades de la inversión extranjera, como intentamos demostrarlo.

Los efectos más importantes relacionados con la naturaleza jurídica del ente a través del cual el inversionista extranjero efectúa su in-

22/ Lucía Hernández de Silva, "Inversión Extranjera-Tratamiento Tributario", en Economía Colombiana, N° 159, julio de 1984.

versión deben verse, sin embargo, con relación a la legislación tributaria del país de origen de la misma inversión. La mayoría de los países industrializados cuyas empresas participan activamente en la movilización de recursos internacionales de comercio e inversión evitan la doble tributación sobre los ingresos originados en el extranjero. Para lograr tal efecto, algunos de tales países simplemente no establecen impuestos sobre ingresos de fuentes extranjeras, en tanto que otros, como los Estados Unidos, alcanzan un resultado similar mediante la utilización del mecanismo conocido como "crédito tributario sobre impuestos en el extranjero" (o foreign tax credit, como se le denomina en inglés). Significa que a una corporación transnacional cuyo país de origen son los Estados Unidos se le grava sobre la base del ingreso resultante de sus operaciones a escala mundial, pero se le concede un crédito contra sus obligaciones tributarias con los Estados Unidos por una parte o por la totalidad del impuesto de renta pagado a países extranjeros.

De otra parte, y a manera de tratamiento especial a las empresas comprometidas en el sector de industrias extractivas (vale decir, las empresas dedicadas a la explotación petrolífera y de yacimientos de gas, a la par con otros 40 minerales) se les concede deducciones por el agotamiento porcentual de sus reservas y los costos intangibles de exploración y desarrollo (denominados I.D.C. en las publicaciones especializadas). En este aspecto, cualquier tratamiento tributario favorable es simplemente una extensión a las operaciones en el exterior de

las disposiciones que contemplan incentivos especiales para estimular el descubrimiento y desarrollo de los recursos naturales, contenidas en la ley tributaria norteamericana desde su introducción en 1913.

Pero se debe distinguir, no obstante, entre una deducción como un costo para efectos tributarios y un crédito sobre un impuesto pagado en el exterior. Una deducción como costo incurrido en el exterior tiene el mismo efecto tributario en los Estados Unidos que cualquier otro costo operativo. Un crédito sobre impuestos pagados en el exterior, en cambio, reduce las obligaciones tributarias (impuesto de renta) con los Estados Unidos dólar por dólar, sujeto a ciertas limitaciones.

Las regalías pagadas en el exterior tanto por empresas petroleras como por cualquiera otra del sector extractivo a los propietarios del yacimiento, son deducibles como costo para propósitos tributarios en los Estados Unidos a sus grandes empresas. Si un gobierno extranjero es a la vez el poseedor del yacimiento, se le harán pagos no solo por regalías sino también por impuesto de renta. Como sobre los impuestos pagados en el extranjero se puede obtener crédito contra las obligaciones tributarias con los propios Estados Unidos, surge una primera decisión de acuerdo con la cual estos créditos pueden ser preferibles a las deducciones. Todo depende por supuesto sobre la cuantía de los impuestos pagados en el exterior que se le acepten como créditos.

Ahora bien, las empresas norteamericanas que realizan operaciones en el exterior deben tener en cuenta además que dependiendo de la natura-

leza jurídica del ente a través del cual actúan en el exterior obtienen ciertas ventajas o confrontan ciertas desventajas. Si la casa matriz opera directamente sus negocios en el exterior, el ingreso obtenido en el extranjero está sujeto a impuestos en forma inmediata, lo mismo que las pérdidas son deducibles de inmediato, una vez se les hace el cálculo de sus obligaciones tributarias con los Estados Unidos.

Otro es el caso cuando una compañía constituye una subsidiaria extranjera para a través de ella realizar sus operaciones en el exterior; por lo general, solo se le determina el monto de sus impuestos por pagar una vez sus ingresos son repatriados en la forma de dividendos. Algo similar ocurre con las pérdidas que tenga la subsidiaria en el exterior, las cuales tampoco son deducibles de inmediato.

Con estas generalizaciones no intentamos explicar el régimen tributario estadounidense aplicable a las empresas en el exterior controladas por capital norteamericano, contenido en el Subcapítulo F del Régimen Tributario Estadinense (Internal Revenue Code), una de las áreas más complejas de la legislación tributaria de ese país. Dependiendo de en qué país y en qué sector y bajo qué forma jurídica opera la empresa extranjera receptora de inversión norteamericana, sus ingresos pueden estar sujetos a impuestos en los Estados Unidos no obstante que permanentemente se inviertan fuera de ese país 23/.

23/ El cúmulo de reglas aplicables en este caso están desarrolladas en forma muy completa en el compendio de Burke & Bowhay ya citado, capítulo 29: "Foreign Operations - General".

Lo anterior puede explicar la reticencia de las empresas norteamericanas a participar en un proyecto minero si la empresa se constituye como Sociedad bajo ley colombiana. Ocurrió cuando se llevó a cabo la renegociación de la concesión de Cerro Matoso en 1970 y más adelante en la definición contractual sobre el Cerrejón-Zona Norte. En el Contrato de Operación Conjunta para Cerro Matoso, firmado en julio de 1970, el artículo 14 establece que: "Si a pesar de las estipulaciones, el Proyecto y/o las operaciones contempladas por el presente contrato se llegaren a considerar como una Sociedad para efectos tributarios en los Estados Unidos, la segunda parte (CONICOL) elige por el presente documento quedar excluida de las regulaciones del subcapítulo K, Capítulo I, Subtítulo A del Internal Revenue Code de 1954, o de las partes que de tales estipulaciones el Secretario de Hacienda de los Estados Unidos o su delegado permitieren excluir por elección, y de la aplicación de leyes y regulaciones similares que en adelante se instituyeren o publicaren".

El Contrato de Operación Conjunta, artículo 15 (transitorio), prevé además la constitución de una Sociedad cesionaria con participación mayoritaria de la primera parte (ECONIQUEL) (pero superior al 50% del capital), similar a la que se constituyó en 1979. Según afirmaciones de altos ejecutivos del Banco Mundial relacionados con el Proyecto Cerro Matoso, "los representantes de la Hanna pusieron de presente que la razón original para constituir una Operación Conjunta estaba relacionada con ventajas tributarias en los Estados Unidos, que en a-

ños posteriores desaparecieron o disminuyeron enormemente" 24/. El interrogante a este respecto sigue siendo, para un inversionista estadounidense que participa en una Sociedad anónima bajo ley colombiana, qué deducciones le permiten y qué crédito tributario le conceden. Consideraciones de esta índole definirán la opción contractual que tome.

24/ Carta de Hendrik van der Heijden, Jefe para Colombia de la División de América Latina y el Caribe, en el Banco Mundial, a Jorge Méndez Munévar, Gerente General IFI, Octubre 31 de 1975.

3.5 El Tratamiento a la Inversión Extranjera y las Opciones Contractuales

En cuanto que las multinacionales del sector extractivo constituyen un factor que debe tenerse en cuenta de modo permanente en los proyectos de gran minería en un país como Colombia, un diseño contractual definirá a la vez reglas de tratamiento a la inversión extranjera en el sector. Como se puede ilustrar en el caso de Cerro Matoso con los antecedentes pertinentes, un largo proceso de negociación de estas reglas antecedió a la escogencia del diseño contractual negociado en 1970 y en cierta medida lo indujo.

En febrero 22 de 1968, Hanna y Chevron presentaron ante el DNP una inversión de capital extranjero, y a partir de esa fecha se inicia un intercambio de solicitudes y exigencias tales como:

- retención en el extranjero del 50% de las divisas generadas por exportaciones de ferroníquel y por lo tanto exención de las obligaciones de reintegro;
- otorgamiento del CAT para las exportaciones de ferroníquel;
- y otras que en la mayoría de los casos excedían lo que la ley permitía.

Se constituyó por aquel entonces un Comité Negociador (*), asesorado por un grupo de trabajo, que se encargaría de ir logrando un acuerdo

(*) Dicho Comité Negociador estaba integrado por un representante del Ministerio de Minas y Energía, uno del Ministerio de Desarrollo, por el Jefe del DNP, por el Gerente del IFI y por el Dr. Hernando Gómez Otálora, asesor de la Junta Monetaria.

con los inversionistas extranjeros. Como resultado de las gestiones del Comité Negociador se fijaron por el CONPES, en julio 19 de 1968, unas bases de renegociación y que muestran las condiciones en que finalmente se aprobó el Proyecto en 1970:

1 - Gastos Preoperativos: Hanna afirmaba haber efectuado gastos por US\$2 millones aproximadamente, algunos de ellos en el exterior y exigía su reconocimiento por parte del interés nacional y que éste, a su vez, aportara la proporción correspondiente (US\$1 millón) al constituirse la Operación Conjunta. De otra parte, tal suma formaría parte del aporte de capital. Como no existía seguridad sobre la corrección de tales gastos por parte del gobierno, la única manera de aceptarlos era demostrándolos y de ahí el requisito de revisión y aprobación que se exigió, para su posterior capitalización.

2 - Pago de Honorarios a Hanna: Inicialmente Hanna presentó un borrador de Contrato de Operación Conjunta junto con unos contratos de asistencia técnica, de administración y de ventas. Los términos en que estaban redactados se consideraron onerosos para el país, no solo por su duración, sino también por su costo. El criterio general del Grupo de Trabajo era que los contratos solamente podrían aprobarse por un máximo de 5 años al cabo de los cuales debían revisarse, con el fin de suspenderse, prorrogarse o contratarse en forma eventual. En general, el esquema de Operación Conjunta fue haciendo carrera en las instancias que tenían a su cargo la negociación, incluida la práctica sobre nombramiento de Operador, y prácticamente decidido tal esquema se

negoció que las decisiones se tomaran por unanimidad y no por mayoría y se determinó que la comisión de ventas se negociaría posteriormente con base en lo usual y normal en este tipo de operaciones. En cuanto a los demás contratos no se llegó a ningún acuerdo, las cifras y porcentajes que eventualmente aparecen en los informes de esos años para cuantificarlos tienen más la intención de hacer estimativos de balanza de pagos, lo cual no significa su aceptación y su autorización final se dejó al Comité de Regalías.

El grupo de trabajo planteó la idea de que el proceso técnico fuese sacado a licitación o que se pudiesen escoger otros procesos. Los abogados de Hanna respondieron al respecto, que el gobierno colombiano debía tener confianza en el proceso de su socio Hanna.

3 - Licencia Global: Se consideró que siendo una de las funciones de INCOMEX, lo lógico es que correspondiera a dicha entidad concederla.

4 - Tasa de remesa de utilidades: Fue fijada inicialmente para un período de 20 años pues se partió de la base de una concesión por dicho tiempo, prorrogable por cinco años más. Aunque, para los 5 primeros años se fijaba una tasa del 10%, inferior a la fijada con carácter general por la Resolución N° 7 del CONPES (14%), esto fue solicitado por Hanna debido a que de acuerdo con sus propias proyecciones económicas, era difícil que en los primeros 5 años obtuvieran una rentabilidad mayor y por lo tanto para ellos eran preferibles tasas altas de remesa de utilidades en los demás años, sobre todo en los 10 últimos, cuando recuperada la inversión, la rentabilidad alcanzaba niveles ele-

vados. Este planteamiento fue aceptado por el gobierno y se sugirió entonces, la asignación de un promedio ponderado por el número de años, con tasa de remesa de utilidades en forma tal, que esta fuese del 18.3% en promedio anual para un período de 20 años. La variación pactada para la tasa de remesa de utilidades es la siguiente, según consta en la aprobación de la inversión extranjera en el Proyecto, a nombre de Hanna Mining Company y Chevron Petroleum Company hasta por la suma de US\$29,166,666,67, expedida en desarrollo del Contrato Adicional al de Concesión, de julio de 1970:

--10% anual durante los 5 primeros años;

--16% anual durante los 4 siguientes;

--23% durante los 11 restantes.

La tasa promedio resultante es del 18.3% y se aplicaba al monto del patrimonio. Aunque esta tasa no era suficiente para que Hanna remesara la totalidad de sus utilidades, el hecho de existir otros pagos al exterior, como los descritos en el punto 2 anterior y la situación de balanza de pagos del país en ese momento, la cual imponía una política restrictiva a los giros al exterior, hacía difícil que el gobierno fuese amplio en este momento.

5 - La Participación del Capital Nacional: Esta fue una de las bases de negociación fijadas por el gobierno y 1/3 fue lo exigido. La negociación de este punto tuvo algunos inconvenientes, pues la Hanna aceptaba siempre y cuando la parte nacional le pagara un valor de descubrimiento, que extraoficialmente el inversionista extranjero estimaba

en US\$10 millones (*). Esto lógicamente no podría ser aceptado tratándose de un recurso nacional y se consideró tal exigencia como una presión para tratar de evitar la participación nacional.

6 - En cuanto a la cuenta en dólares en el exterior y la retención en bancos en el extranjero del 50% de las exportaciones el DNP expuso su concepto en el documento DAP-84-GES, en el sentido de que se aplicara la norma legal sobre reintegro total de los ingresos provenientes de exportaciones (artículo 54 del Decreto 444 de 1967) y que según la misma, la Junta Monetaria dispusiera el que parte del reintegro se destinara a cubrir obligaciones en moneda extranjera del propio exportador. Con el tiempo han sido definidas reglas para el manejo de cuentas en dólares en el exterior por parte de los respectivos proyectos.

Dentro de las negociaciones a que nos estamos refiriendo se tocaron otros puntos como la regalía del Estado, el agotamiento, etc., algunos de los cuales ya han sido objeto de amplio tratamiento a lo largo de este trabajo.

El 30 de julio de 1970, en desarrollo de los contratos firmados ese mismo mes, el Departamento Nacional de Planeación aprobó la inversión extranjera en el proyecto hasta por un monto de US\$29,166,666,67, que correspondía a las dos terceras partes del total que en ese momento se planeaba invertir como capital riesgo. El estudio de factibilidad que sirvió de base a la aprobación estimó una inversión total de US\$

(*) El yacimiento fue descubierto por Chevron cuando efectuaba exploraciones en busca de petróleo.

87.5 millones para una producción anual de 37.5 millones de libras de níquel, es decir, con una inversión unitaria de US\$2.33/libra de níquel. Se supuso una relación deuda-capital riesgo de 50%-50%. (Véase tabla para datos comparativos a este respecto).

4. El Joint Operating Agreement y el Control sobre el Proyecto

Tratándose de proyectos en los cuales hay una significativa vinculación de fondos estatales a la inversión y, además, grandes esfuerzos por parte de agencias oficiales en la consecución de fondos de financiamiento, en gran medida provenientes de fuentes externas, sería deseable una dosis equilibrada de control por parte del Estado sobre el desarrollo de tales proyectos y sobre sus resultados, en busca de asegurar una adecuada participación en sus beneficios y hacer que correspondan a metas claras de desarrollo.

El esquema de Joint Operating Agreement como se definió y practicó en el caso de Cerro Matoso, contradijo los objetivos arriba enunciados y estuvo vigente durante un período crucial para el desarrollo del Proyecto, tiempo durante el cual se tomaron decisiones en extremo importantes y se dio rumbo definitivo a las condiciones de explotación del níquel colombiano. El Contrato de Operación Conjunta definía la estructura de la empresa operadora, el capital de la operación conjunta y el manejo de la denominada Cuenta Conjunta, vale decir los factores claves para la organización y desarrollo del Proyecto. De haberse mantenido con posterioridad a 1979, según estaba enunciado, también hubiese regido la explotación, beneficio y procesamiento de los minerales existentes en Cerro Matoso.

El siguiente enunciado general puede resumir las directrices que se acordaron para la Operación Conjunta, esquema que estuvo vigente du-

rante casi 9 años, entre julio de 1970 y marzo de 1979:

Las dos partes, CONICOL y ECONIQUEL formaron el Proyecto, manejado por el Operador (CONICOL) con los fondos de la Cuenta Conjunta y sometido a la dirección y vigilancia del Consejo Directivo de la Operación Conjunta.

A pesar de contribuir las dos partes a la Cuenta Conjunta (y por lo tanto a la financiación del Proyecto) en proporciones disímiles (CONICOL 2/3; ECONIQUEL 1/3) y de conservarse las mismas proporciones en la repartición de las utilidades, las decisiones tomadas por el Consejo Directivo requerían la unanimidad de sus miembros. Se creyó, por parte de algunos intérpretes de estos contratos, que la Operación Conjunta definía así una no correspondencia entre las obligaciones y derechos económicos y financieros de CONICOL y su participación en el poder decisorio, la cual se pensaba no podía ser superior por ello a la de ECONIQUEL. Todo ello era meramente formal.

El Proyecto se consideraba, bajo tal esquema legal, una sociedad "atípica", cuyos derechos sociales se discriminaban en la siguiente forma:

- (a) Por lo que respecta al derecho de voto: 50% CONICOL; 50% ECONIQUEL,
- (b) En lo concerniente a las utilidades: 66.67% CONICOL; 33,33% ECONIQUEL;
- (c) En cuanto a los activos y pasivos: 0% CONICOL; 100% ECONIQUEL (por el principio de la reversión total).

Todo el tratamiento al inversionista extranjero participante en el Proyecto se definió bajo el esquema de existencia de SUCURSALES de una casa matriz constituida en el exterior. Sobre esta base se definieron reglas para:

- (a) La transferencia al exterior de utilidades generadas por el capital extranjero;
- (b) El reembolso de la inversión foránea, sujeta a agotamiento (por tratarse de inversión realizada para la explotación de depósitos minerales).

Este punto fue materia de permanente discusión hasta la transformación de la Operación Conjunta en Sociedad (bajo ley colombiana). Solo por entonces comenzaron a aclararse algunos puntos a este respecto. Tampoco fue poca la confusión que resultó de las dificultades para aplicar los regímenes tributario y cambiario a un esquema contractual en el cual el inversionista extranjero estaba representado por una sucursal de una casa matriz constituida en el exterior. No pocas veces se confundió inversionista extranjero con empresa extranjera y, más engorroso aún, algunos contratos entre el Proyecto y la Hanna se estructuraron, debido a estas confusiones, en contravención con claras normas legales.

El esquema de SUCURSAL sigue vigente en nuestro más importante contrato minero --el de El Cerrejón. Pero no solo por ello sino porque precisararlo ayuda a entender importantes aspectos de la evolución de la

contratación minera en Colombia, conviene una rápida digresión sobre conceptos contables aplicables al caso.

Capital-Patrimonio de una SUCURSAL: En las actividades comerciales e industriales y en las ciencias contables, económicas y administrativas, el término CAPITAL, cuando no se haya restringido, es sinónimo de PATRIMONIO y representa el valor de los activos netos poseídos. Para que la palabra capital pueda significar cosa diferente es necesario especificarla en algunas de las siguientes formas: capital autorizado, capital suscrito, capital pagado, capital social, capital asignado, capital de trabajo, capital fijo, etc., términos que designan partes de un capital total.

Ese capital total no puede ser otro que el capital patrimonio, y en una sucursal el capital patrimonio estaría formado por:

- (a) el capital asignado;
- (b) más la cuenta corriente con la casa matriz;
- (c) más las reservas de superávit.

Todos estos rubros o componentes son de propiedad de la casa matriz y, en consecuencia, constituyen la inversión de ella en la sucursal. De esa inversión se derivan las utilidades que resulten del ejercicio del objeto social.

No obstante lo anterior, los contratos de asistencia técnica y regalías firmados con la Hanna fueron estructurados también bajo el esquema de la SUCURSAL. Solo con la transformación de la Operación Conjunta en Sociedad Anónima se subsanó la aprobación del Comité de Regalías impartida por aquel tiempo para un nexo tecnológico entre filial y casa matriz, lo cual está prohibido por el Decreto 1900 de 1973.

5. Desarrollo y Organización del Proyecto

5.1 Exploración y Construcción

No se practicó en realidad en el caso del Proyecto Cerro Matoso una regulación adecuada de las fases de exploración, construcción y montaje.

El Contrato Adicional al de Concesión estipulaba dos fases previas a la iniciación de la explotación, con sus períodos correspondientes:

Fase (a): Una etapa de investigaciones, pruebas y estudios previos a la construcción de la planta definitiva de tratamiento, desarrollados en una moderna planta piloto. El término para desarrollar dichos trabajos, estudios y construcción se fijaba en los doce meses siguientes a la fecha del perfeccionamiento del Contrato Adicional al de Concesión (cláusula 5a.).

Fase (b): De construcción y montaje de una moderna planta de procesamiento de mineral de níquel. El término para la instalación eran los 26 meses siguientes a la presentación de los estudios y conclusiones definitivos por parte del Concesionario (cláusula 7a.).

En la realidad, los hechos ocurrieron en forma bien distinta y en condiciones que escapan a toda norma o standard en este terreno. Se podría afirmar para contradecir esta opinión, que ocurrieron serias trabas legales, como el hecho de que estos términos solo empezaron a correr 4 años después de la firma del Contrato Adicional al de Concesión, en junio de 1974, cuando fue clarificado por el Consejo de Estado el título del Contrato de Concesión. No obstante, para desarrollar las

minaron los traumatismos para el desarrollo del Proyecto. La transformación legal de Operación Conjunta a Sociedad Anónima se tomó tres años y los problemas de financiamiento golpearon duramente al Proyecto. Los contratos para desarrollar la fase (b), que se suponía ha debido ser más corta, solo se firmaron en mayo de 1979 con la Bechtel. El programa de construcción se desarrolló en 34 meses y fue terminado el 1º de abril de 1982. La operación comercial se inició el 1º de Octubre de 1982, más de doce años después de la redefinición contractual realizada en julio de 1970 y 19 años después de firmado el Contrato de Concesión Nº 866 (de marzo 30 de 1963).

Aquí vale la pena la mención preliminar de un tópico que ocupará lugar central en nuestro análisis, a saber, los efectos de la pérdida de control sobre la operación y sobre el planeamiento financiero del Proyecto. En el aspecto que nos ocupa, la repetida postergación de la fecha de iniciación de la producción tiene un costo de oportunidad susceptible de ser calculado. En junio de 1975 se estimaba que de iniciarse la producción un año después de lo previsto (tomando 1978 como año de inicio de la misma) el costo de oportunidad para el país, en términos absolutos, sobrepasaba los US\$49 millones (en dólares corrientes). 26/.

26/ Cf. Memorando de Tomás Uribe M. al Comité de Regalías, de fecha 27 de junio de 1975: "Organización Administrativa y Consideraciones Jurídicas sobre el Proyecto de Cerro Matoso". El autor del memorando utiliza para el cálculo la fórmula de valor presente y una tasa de descuento del 10%.

actividades contempladas en la Fase (a) fueron firmados entre ECONIQUEL y la Hanna Mining Company un primer contrato en diciembre 2 de 1971; entre ECONIQUEL, CONICOL y la Hanna un segundo contrato en mayo 2 de 1972; y entre CONICOL y la Hanna un tercer contrato en diciembre 11 de 1974. Por lo demás, los años de 1971 y 1972 fueron muy activos en cuanto a investigaciones para definir el proceso técnico aplicable, todo lo cual causaba honorarios al tenor del Contrato de Asistencia Administrativa y Técnica, suscrito con la Hanna el 15 de octubre de 1971 (Véase Anexos "A" y "B" del denominado "Contrato de Operador").

El proyecto sufrió no obstante serios tropiezos y su desactivación casi total en época posterior a la clarificación de los títulos de la Concesión por parte del Consejo de Estado, hasta comienzos del año de 1975, que se considera marca una reactivación del mismo. Solo a mediados de 1975 se terminó de efectuar la exploración del yacimiento por medio de perforaciones a cuadrícula de 50 metros. Durante los 5 primeros meses del mismo año se acometieron modificaciones de la Planta Piloto de Riddle y solo en los primeros meses del año siguiente se concluyeron las pruebas de proceso, lo cual atrasó la iniciación de la ejecución del Estudio de Factibilidad Definitivo del Proyecto realizado por la Bechtel, el cual estuvo listo en junio de 1976.

Normalmente la Fase (a) debe cumplirse en un término entre 3 y 4 años, siguientes a la firma de los contratos de base 25/. Pero aquí no ter-

25/ Cf. Thomas W. Walde, Tentative Formulations for a Model Mineral Joint Venture Agreement (borrador).

En la Tabla , que aparece en la página siguiente, se resumen los cambios en el monto estimado de la inversión en el Proyecto Cerro Matoso a partir del primer estudio de factibilidad hasta el definitivo, concluido por la Bechtel en junio de 1976. Se puede observar (columna 5) el aumento notable de la inversión unitaria, dada una producción anual promedio, como consecuencia de tales cambios (cálculos en dólares corrientes).

La inversión unitaria cuyos estimativos aparecen en la Tabla corresponde a una producción anual promedio (columna 4) para 25 años de explotación. No se discutió en ningún momento como se captarían los beneficios que puede reportar en estas circunstancias una decisión de realizar minería selectiva (para mayor tenor menor esfuerzo productivo) durante una primera fase de la producción (primeros 10 años), ni el impacto de diversas alternativas de asignación de costos.

Tabla VI - MONTO ESTIMADO DE LA INVERSION EN EL PROYECTO CERRO MATOSO
SEGUN LOS DISTINTOS ESTUDIOS DE FACTIBILIDAD

Fecha del Estudio de Factibilidad	Monto Estima- do de la In- versión (US\$millones)	Deuda (%) frente a capital riesgo (%) <u>a/</u>	Producción Anual (Mills de Lbs de ní- quel) <u>b/</u>	Inversión unitaria
Junio de 1969	US\$ 87,5 m	50 - 50	37.5 m	US\$2.33/Lb
Julio de 1971	US\$168,75m	50 - 50	37.5 m	US\$4.5 /Lb
Agosto de 1972	US\$244,35m	50 - 50	57.4 m	US\$4.25/Lb
Marzo de 1973	US\$180,95m	50 - 50	39.4 m	US\$4.59/Lb
Marzo de 1973	"	80 - 20	"	"
Abril de 1974	US\$215,55m	80 - 20	39.4 m	US\$5.47/Lb
Nov de 1974	US\$245,00m	80 - 20	39.4 m	US\$6.21/Lb
Abril de 1975	US\$263,5 m	80 - 20	39.4 m	US\$6.68/Lb
Junio de 1976 <u>c/</u>	US\$270,00m	75 - 25	42.0 m	US\$6.42/Lb

a/ Según el plan financiero respectivo

b/ Promedio para 25 años

c/ Estudio de Factibilidad Definitivo realizado por la Bechtel, en el cual se asumía que la producción comercial de la planta se iniciaría en 1980.

5.2 El Esquema Operativo

El Contrato de Operación Conjunta previó:

- 1 - La creación de un Consejo Directivo
- 2 - La formación de un Comité Técnico, con facultades de interventor
- 3 - La elección de un Auditor
- 4 - La designación de un Operador, el cual tendría a su cargo el manejo y desarrollo de todas las operaciones , trabajos y actividades tendientes a la realización del Proyecto. Designado por el término de 15 años, y siendo la propia CONICOL, el inversionista extranjero en el Proyecto obtuvo sobre la formulación, programación y desarrollo del mismo facultades incuestionables de control y de manejo. La regla de la unanimidad (vs. el voto favorable de las dos terceras partes, en este caso) poco o nada estaba destinada a garantizar contra este hecho. Por lo demás, mediante expedientes como la excepción o la delegación de funciones, se deshizo la poca fuerza de tal regla.

El punto 9º del artículo 3º del Contrato de Operación Conjunta estipuló que "las decisiones que en seguida se señalan expresamente no requerirán unanimidad del Consejo Directivo y podrán adoptarse con el voto favorable de los miembros del Consejo Directivo que representen por lo menos las (2/3) dos terceras partes de los porcentajes de interés:

- a. Los reclamos y pleitos cuya cuantía esté entre US\$25,000.00 y US\$100,000.00.

- b. La autorización para subcontratar en asuntos cuya cuantía esté entre los US\$50,000.00 y US\$150,000.00 siempre y cuando que esos asuntos estén dentro de los Programas y Presupuestos aprobados
- c. La revisión a los Programas y Presupuestos que no exceda del cinco por ciento (5%)
- d. Las instrucciones al Operador para obtener seguros
- e. La designación del Secretario del Consejo Directivo
- f. El aumento o disminución de la producción, incluida en los programas aprobados, por razones distintas a razones técnicas, que exceda del diez por ciento (10%).
- g. La expansión de la capacidad diseñada en la planta que no exceda del diez por ciento (10%)".

De acuerdo con el punto 10º del artículo 3º del Contrato de Operación Conjunta "el Consejo Directivo tendrá a su cargo la total autoridad y responsabilidad del Proyecto". La parte restante de dicho punto crea confusión en cuanto a la definición de las facultades que el Consejo Directivo podrá delegar y las excepciones que establece. Según la versión oficial del contrato se habría estipulado que el Consejo Directivo "No podrá delegar conforme a la regla general de la unanimidad, en el Operador o en los Comités que para el efecto llegare a crear, las facultades que estime convenientes a excepción de las siguientes:

- a) El nombramiento del Auditor

- b. La aprobación de los Contratos de Operación, de los Contratos de Servicios y de los de asistencia técnica
- c. La aprobación del proceso para la transformación del mineral de níquel
- d. La aprobación de los presupuestos anuales de inversión, de operación y de los programas anuales de desarrollo, de explotación y de procesamiento
- e. La aprobación de las cuentas y verificación de los saldos del Proyecto de cada año fiscal
- f. La aprobación de las compras de maquinaria, equipos y partes para el Proyecto que excedan de cincuenta mil dólares (US\$50,000.00) para cada caso
- g. La aprobación del programa anual de adiestramiento de personal colombiano
- h. Cualquier decisión que se relacione con la disposición de los Activos del Proyecto a que se refiere el artículo undécimo". 27/

27/ Se consultó la versión oficial sobre el asunto publicada bajo el título "La Renegociación del Contrato de Concesión" de Cerro Matoso e incorporada a la Memoria de Minas. El texto del Contrato de Operación Conjunta va de la página 81 a la 99. El punto 10º del artículo 3º que aquí comentamos se transcribe entre las páginas 84 y 85 del mismo texto.

El Contrato de Operación Conjunta para Cerro Matoso fue elevado a escritura pública el 22 de julio de 1970 en la Notaría Décima de Bogotá y suscrito entre el IFI y CONICOL (casa matriz).

De ser correcta esta versión del articulado se hubiera podido preguntar:

--Si todo esto se podía delegar, entonces, con qué propósito funcionaba el Consejo Directivo?

Si se piensa que tales concesiones constituían un despropósito desde el punto de vista de la parte nacional, se puede aceptar en beneficio de la capacidad y habilidad de los negociadores colombianos que el texto ha debido decir en cambio:

"3.10. El Consejo Directivo tendrá a su cargo la total autoridad y responsabilidad del Proyecto. Podrá delegar conforme a la regla general de la unanimidad, en el Operador o en los Comités que para el efecto llegare a crear, las facultades que estime convenientes a excepción de las siguientes:

... sigue la enumeración de facultades de la (a) a la (h) ya citadas".

Aún así, de la cláusula (a) hasta la (h) aparece insistentemente el término aprobar. Y a eso se redujo simplemente la función del Consejo Directivo a lo largo de la vigencia de la fórmula de Operación Conjunta, al de una instancia aprobatoria, en la acepción más restringida del término. Sobre quién tuvo a su cargo el verdadero control sobre los distintos aspectos del Proyecto, no queda la menor duda al leer la larga enumeración de funciones asignadas al Operador, tanto para la fase previa a la producción como durante la producción, enumeración cuya transcripción nos parece indispensable hacer a continuación.

"ANEXO C: Las funciones del Operador pueden incluir, pero no se limitan a las siguientes:

A. Antes de comenzar la producción:

1. Preparar programas y presupuestos
2. Extraer y transportar las muestras
3. Adelantar el programa de perforación de reconocimiento y desarrollar los planes de operación a corto y a largo plazo
4. Participar con la Hanna Mining Company y el contratista general (*) en la evaluación de los resultados de las pruebas en la Planta Piloto y en la formulación de recomendaciones
5. Llevar a cabo los trabajos iniciados de desarrollo en orden a preparar la mina para la producción del mineral
6. Evaluar las necesidades de equipo para la mina, y comprar y despachar las importaciones y remesas de los equipos mineros
7. Evaluar las necesidades de personal, establecer programas de entrenamiento, enganchar y entrenar el personal
8. Conducir las negociaciones laborales que sean necesarias en relación con los trabajadores del Operador
9. Establecer procedimientos de contabilidad y auditoría
10. Llevar libros y archivos de contabilidad y ejecutar todas las funciones de contabilidad necesarias
11. Estudiar, recomendar y adquirir seguros para cubrir todas las actividades del período de construcción

(*) Por "contratista general" se debe entender en este anexo la firma con la cual se contrate la prestación de servicios de ingeniería, adquisiciones, administración de la construcción y coordinación del Proyecto.

12. Suministrar estimativos de los costos de operación incluyendo estudios sobre la disponibilidad, confiabilidad y precio de todos los artículos de consumo, y de la mano de obra.
13. Revisar los trabajos de ingeniería de terceros desde el punto de vista operativo y de mantenimiento
14. Revisar y aprobar los presupuestos, itinerarios de trabajo y programas del contratista general
15. Revisar las especificaciones para equipos presentados por el contratista general
16. Revisar las propuestas recibidas por el contratista general para equipos, subcontratos y materiales
17. Suministrar al contratista general las decisiones relacionadas con los aspectos metalúrgicos y operacionales que sean necesarias para proceder con los trabajos de ingeniería y con las adquisiciones
18. Solicitar o aprobar cambios en los trabajos de ingeniería o de construcción que se presenten en el sitio de la construcción con poco tiempo de aviso
19. Preparar el Manual sobre la Política General de Operación y manuales de operación sobre el sistema de controles, sobre los procedimientos para el comienzo y cierre normales de funcionamiento de la planta y sobre los procedimientos para el cierre de emergencia
20. Diseñar los formularios necesarios para los informes de operación, mantenimiento y metalurgia, las tarjetas de tiempo y de equipo,

los formularios para la estimación de costos y para la información de costos, etc.

21. Conseguir y distribuir al personal los manuales de los fabricantes sobre el mantenimiento de los equipos
 22. Establecer sistemas eficientes de bodegaje, incluyendo máximos y mínimos niveles de abastecimiento, y sistemas y procedimientos de codificación, así como equipar la bodega y suministrar un inventario de todos los instrumentos y repuestos necesarios antes de la producción
 23. Mantener informado al Ministerio de Minas y Petróleos sobre el desarrollo de las operaciones, y preparar y someter todos los informes y conclusiones necesarias
 24. Mantener completamente informadas a la Primera y a la Segunda Parte sobre el desarrollo del Proyecto
 25. Coordinar las comunicaciones y demás servicios a medida que el trabajo progrese, en orden a evitar la duplicación de esfuerzos
 26. Efectuar o hacer que sea efectuado el trabajo necesario para desarrollar el Proyecto, bien se trate o no del que ahora se anticipa, en la forma más expedita, eficiente y económica
- B. Durante la producción:
1. Preparar y llevar a cabo los planes anuales de operación y producción que haya aprobado el Consejo Directivo, y entregar el producto a la Primera Parte y a la Segunda Parte en la mina
 2. Ocuparse de todas las necesidades del Proyecto en materia de con-

tabilidad, compras, seguros, relaciones laborales, relaciones públicas, cuestiones jurídicas, etc.

3. Mantener informado al Ministerio de Minas y Petróleos sobre la operación del Proyecto y presentar todos los informes necesarios
4. Hacer los pagos de regalías de conformidad con las exigencias del Contrato Adicional
5. Mantener completamente informados a la Primera Parte y a la Segunda Parte sobre la operación del Proyecto
6. En relación con cualquier cambio que se proponga en cuanto a la naturaleza del producto y en relación con el ensanche del Proyecto, ejecutar cualesquiera funciones apropiadas de las que se enumeran en la Sección A de este Anexo" 28/.

28/ Cf. Anexo C del Contrato de Operador, pp. 129-30 del mismo texto.

5.3 Los Contratos de Servicios con la Hanna

En el Contrato de Operador, celebrado entre ECONIQUEL (IFI) y CONICOL (Hanna), el 15 de octubre de 1981, se autorizó (cláusula 2.5) a la compañía extranjera encargada de la explotación, beneficio y transformación de los minerales de Cerro Matoso para contratar esos mismos servicios con sus casas principales o asociadas, vale decir para negociar consigo mismo. En virtud de tal autorización, CONICOL (Hanna) celebró con The Hanna Mining Company dos Contratos de Servicios de Asesoría Administrativa y Técnica, uno para servicios dentro de Colombia y el otro para servicios fuera del país, cuyo texto figura como Anexos A y B del Contrato de Operador y tienen la misma fecha de este último, 15 de octubre de 1971.

Por estar diseñados inicialmente bajo el esquema de sucursal, la primera objeción que se les hizo, o sea la de que representaban un desdoblamiento contractual de la Hanna, era totalmente válida. Se afirmó también, con razón, que la aprobación impartida por el Comité de Regalías a los mismos, por tratarse de contratación entre filial y casa matriz prohibida por el Decreto 1900 de 1973, era ilegal. Esta irregularidad quedó subsanada desde el punto de vista legal al producirse la transformación contractual para Cerro Matoso de Operación Conjunta a Sociedad Anónima en el año de 1979. En concordancia con dicha transformación, Cerro Matoso S.A. firmó con la Hanna dos Contratos de Servicios de Asesoría Administrativa y Técnica similares a los

firmados en el año de 1971, el 20 de agosto de 1979. Habiendo disminuído la Hanna su participación en el capital de Cerro Matoso S.A. a una porción insignificante, en la actualidad su mayor vínculo con la operación lo constituyen estos dos contratos.

Desde el año de 1973, durante los airados debates públicos que por esa época tuvieron lugar sobre algunos aspectos de la contratación de Cerro Matoso, el propio ex-Ministro de Minas, Carlos Gustavo Arrieta advirtió, adelantándose a señalar el efecto de estos Contratos de Servicios, que "como los inversionistas colombianos solo participan de las utilidades finales del Proyecto, si es que las hay, todos nuestros beneficios pueden desaparecer a través de aquellos acuerdos celebrados entre empresas foráneas económicamente vinculadas. De allí que el grupo extranjero esté en condiciones de recibir, mediante la aplicación del sistema adoptado, todos los rendimientos de las operaciones".

La situación financiera actual de la empresa Cerro Matoso S.A., con pérdidas netas en 1983 por cuantía de \$6.648.4 millones y pagos por servicios de asesoría técnica en el mismo año superiores a \$355 millones, hace pensar que las apreciaciones del ex-Ministro no eran del todo exageradas. Es más, ante la decisión de Hanna de reducir su vínculo con Cerro Matoso a prácticamente los solos Contratos de Servicios, otras observaciones del Dr. Arrieta a este respecto resultan pertinentes. Se preguntaba el ex-Ministro en 1973: "Si los inversionistas foráneos están en condiciones de recibir ganancias anticipadas no repartibles con los colombianos, no preferirían esos benefi-

cios inmediatos, seguros y exclusivos a otros beneficios remotos, aleatorios y distribuibles con extraños ? No prevalecerá el criterio de protección a los propios intereses? No habrá riesgo de que artificialmente se evaporen nuestras utilidades? La firma extranjera tendrá la misma diligencia y el mismo cuidado frente a su propio negocio que frente a negocios extraños? ". El ex-Ministro Arrieta concluía: "Las contestaciones a esos interrogantes son obvias" 29/

A mediados de 1973 y actuando en base a los contratos de servicios, CONICOL (Operador) había contratado con su casa matriz honorarios que llegaban, de conformidad con los niveles de producción acordados por entonces (vale decir, una producción anual de 39.4 millones de libras de níquel, promedio para 25 años), a más de \$493 millones (pesos corrientes). Los críticos de estos contratos arguyeron durante los debates públicos de aquel año que buena parte de los servicios contratados podían prestarlos, con igual o mayor eficiencia, los técnicos nacionales. Por ejemplo: uno de los trabajos asignados a la firma extranjera fué el cálculo de las reservas de mineral, existiendo en Colombia un buen número de geólogos e ingenieros de minas suficientemente capacitados para adelantar esas labores, con toda eficiencia y a costos mucho más bajos. Otro ejemplo: se contrató con la casa matriz la asesoría para los servicios de compra, despacho, adquisición de seguros, contabilidad y otros semejantes tratándose de actividades

29/ Cf. "perjudiciales contratos de Cerro Matoso: Arrieta", en El Tiempo, Junio 30 de 1973

tan poco complejas que no justificaban ser incluidas en tal tipo de contratos entre empresas extranjeras y a precios tan elevados.

Además de los \$493 millones que había de recibir Hanna por concepto de honorarios, se pactó que percibiría también una suma indeterminada como reembolso de salarios, seguros y demás prestaciones sociales del personal que ocupe, cantidad que estaría libre de impuestos. También se le pagarían todos los costos directos e indirectos, lo cual hacía que los \$493 millones quedaran libres de todos esos gastos. Se estableció además un mecanismo mediante el cual Hanna hacía libremente tales gastos y CONICOL los controlaba directamente y se los reintegraba a su casa matriz. Tanto honorarios como reembolsos son un mecanismo corriente en la contratación para diluir utilidades.

En ningún momento de la vigencia de los contratos de servicios se ha insistido en definir las responsabilidades de la casa extranjera principal ni de la casa extranjera supeditada. Por ello, según la letra de tales contratos ni la una ni la otra garantizan, de manera efectiva el cumplimiento de sus obligaciones. En el terreno de las responsabilidades, para citar una vez más al ex-Ministro Arrieta, "para ambas, las responsabilidades son menos que baldías". Los efectos de ésta indefinición contractual los está sintiendo penosamente la operación en la actualidad. Según lo señalaba el gerente del IFI, Sergio Restrepo Londoño, en carta de Mayo 7 de 1984, dirigida al Ministro de Minas de entonces, Doctor Carlos Martínez Simahan, "la asesoría técnica suministrada por los técnicos de la Hanna, además de estar gra-

vando los costos de operación de la empresa con cifras realmente muy altas (más de US\$4 millones durante 1983 y una solicitud de US\$7 millones para 1984), "no parecen haber estado en condiciones de detectar oportunamente el problema del daño del horno eléctrico de la planta, sufrido el 28 de Noviembre de 1983, y no han podido encontrar la solución adecuada al deterioro de los refractarios ni determinar si el problema se presentó por diseño, defectos de construcción o por características de los materiales".

En cuanto a las controversias originadas o relacionadas directa o indirectamente con esos contratos serán resueltas de conformidad con las reglas de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, entidad que nombrará los arbitros. De ésta manera, tal tipo de convenios quedan excluidos de la jurisdicción de los tribunales colombianos y del imperio de las leyes colombianas.

Se puede añadir que se contrató asistencia técnica y se pactó una regalía tecnológica sin determinar el tipo de asistencia pues aún se estaba en el proceso de definirla. CONICOL (Operador) llegó a solicitar la capitalización de éstos gastos en proceso, es decir, que dicha cantidad fuese tomada como una especie de inversión inicial para ser descontada posteriormente.

En el caso del Proyecto Cerro Matoso, para la vigencia del joint operating agreement, es a través del Contrato de Operador (firmado el 15 de octubre de 1971) que se da paso a la firma de los Contra-

tos de Servicios de Asistencia Administrativa y Técnica en dos modalidades: por servicios dentro de Colombia y por servicios fuera de Colombia (véanse Anexos A y B del Contrato de Operador).

Estos contratos de servicios así diseñados constituyen el instrumento típico para poner en marcha el mecanismo de precios de transferencia. En renglones tales como los costos indirectos causados en las oficinas de la casa principal de la Hanna (Art.VI del Contrato de Servicios) cabía preguntarse si era posible alguna modalidad de control sobre tales costos.

A la firma de tales contratos en 1971, era la intención de las partes que el pago total que recibiría Hanna por servicios prestados dentro y fuera de Colombia durante el período de producción se calcularía en la siguiente forma (Art. VII):

(a) Hanna tendría derecho a un pago total de US\$0.025 por cada libra de níquel producida en el Proyecto en el área descrita en el Contrato Adicional al de Concesión, suma ésta que se distribuiría así:

I - US\$0.01 por su asistencia administrativa

II- US\$0.015 por sus servicios de asistencia técnica. Con éste pago se estarían cubriendo todos los costos u honorarios del personal técnico de Hanna que debiera prestar servicios al Proyecto, necesarios para un adecuado suministro.

Puesto en términos llanos, mediante éstos contratos se estableció

un pago a la Hanna por la tecnología durante la vida del contrato, pago equivalente a una regalía tecnológica del 2% sobre ventas netas.

El artículo VIII de los Contratos de Servicios establecía un matrimonio contable entre el Operador (CONICOL) y Hanna, difícil de aclarar y que ampararía la irregular relación entre la sucursal extranjera y su casa matriz. Aún si no se aceptaran durante la vida del Contrato Adicional, el artículo IX establecía como segunda opción una duración de 15 años, "contados desde la fecha en que el Consejo Directivo determine que la planta de procesamiento del proyecto está lista para empezar su producción comercial". Como ya lo hemos expresado, ésta segunda opción estaba de todo punto de vista en concordancia con las aspiraciones del socio extranjero quien fue centrando sus mayores expectativas en un período inicial de explotación de entre diez y quince años, debido a factores técnico-económicos mencionados ya en otros apartados.

Desde el punto de vista legal, ésta modalidad contractual chocó rápidamente con el marco más flexible de tratamiento a la inversión extranjera. El Decreto 1900 (artículo 21) estableció que las "contribuciones tecnológicas intangibles" darían derecho al pago de regalías, previa autorización del organismo nacional competente, pero no podrán computarse como aporte de capital (lo cual ponía freno a parte de las pretensiones de CONICOL). Además prevé que cuando esas contribuciones sean suministradas a una empresa extranjera por su

casa matriz (caso Hanna, o a otra filial de la misma casa matriz, no se autorizará el pago de regalías ni se admitirá deducción alguna por ese concepto para efectos tributarios 30/

Mediante el inciso segundo del artículo 67 del decreto 187 de 1974 se buscó reglamentar el artículo 21 del decreto 1900 de 1973 en el sentido de prohibir la autorización tanto del "pago de regalías" por concepto de "contribuciones tecnológicas intangibles" de una "empresa extranjera" a su "casa matriz" o a "otra filial de la misma casa matriz" como la correspondiente deducción tributaria.

Como nuestra legislación interna, cuando no versa sobre la inversión extranjera, desconoce la noción de "empresa extranjera", en el citado inciso se le sustituyó por el concepto de "sociedad". Y cuando el inciso no precisa que la respectiva "sociedad" tenga dicha calidad, ello se desprende necesariamente de su subordinación directa o indirecta a la casa matriz extranjera: de acuerdo con las definiciones del artículo 1º del decreto 1900 no podía ser entonces ni empresa nacional ni empresa mixta.

El asunto fué materia de intensa discusión en las altas esferas gubernamentales durante 1974 principalmente, en conexión también con las implicaciones de la Reforma Tributaria de aquel año. Hubo quienes propusieron ampliar el alcance del artículo 21 del decreto 1900

30/ Olga Escobar Molano, Jefe Oficina de Planeación Ministerio de Minas, Bases de Política de la Inversión Extranjera y Contratos de Importación de Tecnología en el sector minero, Bogotá, D.E., abril 11 de 1984 (mimeografiado).

haciendo que su homólogo de la Reforma Tributaria extendiese tal prohibición además de a aquellas contribuciones tecnológicas "intangibles" que se remuneran con regalías (es decir, de acuerdo con la interpretación tradicional, el suministro de asistencia técnica), a las que permiten percibir, genéricamente, "otros beneficios". Se entendía que esta última formulación podría conducir a prohibir la prestación de servicios técnicos de las casas matrices a sus subordinadas en Colombia (caso Hanna), lo cual se venía haciendo.

Pero se tropezó con el inconveniente de que la Reforma Tributaria no podía negar su competencia en materia de regalías al organismo nacional competente, es decir el Comité de Regalías, el cual aprobó los contratos de asistencia técnica entre el Operador (CONICOL), obrando en nombre del proyecto Cerro Matoso --o sea, del joint operating agreement ECONIQUEL-CONICOL-- y The Hanna Mining Company, estimando que, a nivel del proyecto, no existía la relación empresa extranjera-casa matriz. En consecuencia, los pagos estipulados en dicho contrato:

- (a) quedaron autorizados
- (b) constituían regalías.

El Comité de Regalías actuó a este respecto en base a una sutileza jurídica, a saber, el Proyecto como tal no se podía considerar empresa extranjera sino empresa mixta de tipo estatal (Decreto 1900, artículo 36 y Decreto 1898/73), lo cual no es compatible con la subordinación para con el inversionista extranjero o su casa matriz.

Era suficiente demostrar que quien efectúa el pago no era empresa extranjera para que dejara de aplicarse al conjunto las implicaciones de la relación empresa extranjera-casa matriz.

Subsistía el hecho de que CONICOL (Colombia) si era empresa extranjera e indudablemente The Hanna Mining Company, al ser casa matriz de su principal CONICOL (EE.UU), también es casa matriz de la sucursal. Como los pagos efectuados por un proyecto lo son, en la práctica, por cada una de sus partes, CONICOL (Colombia) resultaba ser finalmente una empresa extranjera pagando regalías a su casa matriz.

En el extremo se pensó que, sin cuestionar la decisión del Comité de Regalías, la Dirección General de Impuestos Nacionales, aplicando los artículos 67 del Decreto 187 y 21 del Decreto 1900, debía no admitir la deducción de tales pagos para efectos tributarios y gravarlos como si fueran utilidades. A éste respecto se preguntaba uno de los memorandos internos de Planeación Nacional :

"no debería renunciar en la práctica el estado colombiano a percibir el 40% de retención en la fuente por concepto de regalías (aunque no el impuesto de remesa), a cambio de un igual gravamen a título de impuesto sobre la renta?", con un concepto que hizo curso legal posteriormente equiparando tributariamente frente a la legislación Colombiana las distintas alternativas en materia contrac-

tual 31/.

Todos éstos vericuetos jurídicos se obviaron con la transformación del proyecto a la modalidad de Sociedad (bajo ley colombiana), subsistiendo los contratos de servicios de asistencia administrativa y técnica con The Hanna Mining Company (dentro y fuera de Colombia), los cuales constituyen hoy en día su vínculo mayor con la operación niquelífera.

31/ Departamento Nacional de Planeación, "Comentarios y Preguntas sobre el segundo inciso del Artículo 67 del Decreto 187 de 1974 y su aplicación al caso de CONICOL", Memorando Interno, sin fecha.

6. Nuevas Reglas para el Tratamiento de la Inversión Extranjera:

El Ajuste a las Decisiones 24 y 37 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

6.1 Aspectos Claves del Régimen anterior.

El artículo 116 del Decreto-Ley 444 (Régimen de Cambios Internacionales y de Comercio Exterior) preceptuaba que las remesas al exterior por concepto de utilidades de capitales extranjeros no podían exceder del 10 por ciento anual (más tarde el 14 por ciento) liquidado sobre el valor neto en moneda extranjera de la respectiva inversión. Así mismo definía como valor neto de la inversión al constituido por el capital inicialmente importado, las inversiones extranjeras adicionales y las reinversiones de utilidades con derecho a giro menos los reembolsos de capitales, conforme a las partidas registradas en la Oficina de Cambios.

Según el artículo 117 del mismo estatuto cambiario, el Consejo Nacional de Política Económica y Social podía elevar ese porcentaje únicamente, por dos causas distintas, así:

- i) Con carácter general o para determinadas ramas de la producción a la luz de las condiciones que imperaren en el mercado internacional de capitales, y
- ii) Con carácter particular y específico, en el caso de determinadas inversiones que revistieran a juicio del mismo Consejo, señalada importancia para la economía nacional o que implicaran ries-

gos especiales o que por su naturaleza fueran de tardío rendimiento.

Las Decisiones #s 24 y 37 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, incorporadas a la legislación colombiana por medio del Decreto-Ley # 1900 de 1973 expedido con autorizaciones precisas de la Ley 8a. del mismo año, subrogaron la mayor parte de las normas de la Sección primera del capítulo VIII del Estatuto Cambiario, y entre éstas sin duda alguna, los artículos 116 y 117 al disponer el artículo 37: "Los inversionistas extranjeros tendrán derecho, previa autorización del organismo nacional competente, a transferir al exterior, en divisas libremente convertibles, las utilidades netas comprobadas que provengan de la inversión extranjera directa sin pasar del catorce por ciento (14%) anual de la misma. En casos especiales la Comisión a petición de cualquier país miembro, podrá autorizar porcentajes superiores a lo establecido en éste artículo" (Decisión 24, artículo 37).

6.2 Cambios sustanciales frente al Decreto 444 de 1967

Como puede deducirse fácilmente, aunque el espíritu general de los artículos 116 y 117 de nuestro estatuto cambiario se conservó en el 37 del régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros, éste artículo reguló íntegramente la materia a que las anteriores disposiciones se referían, introduciendo algunos cambios sustanciales como los siguientes:

- i) La competencia para elevar el porcentaje máximo de remesas de utilidades al exterior fue transferida en forma definitiva a la Comisión, órgano máximo del Acuerdo de Cartagena. Por lo tanto el CONPES perdió toda competencia sobre la materia, excepto para el sector de productos básicos por mandato expreso del artículo 40 del mismo régimen y los decretos 2719 y 2788 de 1973. A partir del 15 de Septiembre de 1973, para casos especiales de otro cualquier sector de la actividad económica, sólo la Comisión podrá autorizar porcentajes superiores al catorce por ciento (14%) establecido en el artículo 37.
- ii) Lo que antes se establecía a iniciativa propia del CONPES "a la luz de las condiciones que imperaren en el mercado internacional de capitales" hoy requiere ser promovido ante la Comisión por un país miembro.
- iii) El porcentaje máximo de utilidades a remesar según el Decreto Ley 444 de 1967 se calculaba sobre el valor neto de la inversión extranjera y el que permite la Decisión 24 se computa sobre la inversión directa, concepto este último más restringido y por eso un tanto diferente.

Una identidad plena entre inversión neta extranjera al tenor del artículo 116 del Decreto-Ley 444 de 1967 e inversión extranjera directa de la Decisión 24, no es posible establecer y sus diferencias son relevantes.

En efecto, el Decreto-Ley 444 aceptaba las inversiones de capital extranjero en empresas establecidas o que se proyectaran establecer, si revestían las modalidades del aporte directo de capital, adquisición de derechos, acciones u otros valores y las demás que determinara el CONPES mediante resoluciones de carácter general. Se permitía el registro de las inversiones extranjeras, si juzgadas bajo los criterios consignados en el artículo 110, se vinculaban realmente a la economía nacional, cualquiera que hubiese sido esa forma. En cambio a partir de la vigencia en Colombia de la Decisión 24 de Acuerdo de Cartagena la inversión extranjera registrable, es sólo directa, es decir, aquella que se hace mediante los aportes provenientes del exterior de propiedad de personas naturales o empresas extranjeras al capital de una empresa. Esta y solo ésta modalidad es la que puede revestir a partir de entonces la inversión extranjera para que pueda registrarse ante la Oficina de Cambios, excepto la destinada a la adquisición temporal de acciones, participaciones o derechos de propiedad de colombianos para evitar la quiebra inminente de una empresa nacional o a la adquisición de valores de Fomento en Cartera (Decisión # 70).

La modalidad excluyente de aporte de capital que debe revestir toda inversión extranjera, fué adoptada por la Comisión del Acuerdo de Cartagena después de largas discusiones y amplias consideraciones acerca de un sistema idóneo para poder controlarla efectivamente.

Es más restrictivo, entonces, el concepto de inversión extranjera directa de la decisión 24 puesto que dentro del valor neto de la inversión foránea efectuada con anterioridad al 22 de marzo de 1967, se podían computar las disponibilidades de capital en forma de bienes, divisas o servicios que hubieren permanecido en la cuenta corriente de la casa matriz durante la vigencia anual a la que correspondían las utilidades, disponibilidades que en el balance se denominaban "inversiones suplementarias al capital asignado" (ver artículo 10 - Res. 17 de 1972 del CONPES).

6.3 El sector de productos básicos en la decisión 24 : El uso de la Cláusula de reserva.

Con relación al sector de productos básicos, el artículo 44 de la Decisión 24 autorizó a los países, cuando a juicio de sus gobiernos existan circunstancias especiales, para aplicar normas diferentes a las previstas en el artículo 40 y solo éstas. El gobierno colombiano mediante el decreto-ley 2788 de 1973, en ejercicio de las facultades conferidas por la ley 8a. del mismo año, hizo la exclusión y reafirmó por el artículo 1º su capacidad para darle tratamiento excepcional en lo referente a transferencia de utilidades. Por lo tanto, el sector de productos básicos solo está excluido de la Decisión 24 en cuanto:

- i) Sistema de concesiones con limitación en el plazo del contrato;
- ii) Deducción por agotamiento para fines tributarios y,

iii) Forma preferente de contratos de asociación con empresas del estado para exploración y explotación de yacimientos de hidrocarburos líquidos y gaseosos. Estos no han sido antes asuntos sometidos en Colombia a legislación especial para inversionistas extranjeros, porque para la materia se establece la igualdad de tratamiento para nacionales y extranjeros.

La apreciación jurídica dada por los asesores legales del Ministerio de Minas según la cual al hacer uso Colombia de la cláusula de reserva, había excluido de todo tratamiento previsto en la Decisión 24 para la transferencia de utilidades, a las empresas del sector de productos básicos, y que esta materia no había quedado "regida por dicho tratado o convenio", fué controvertida y derrotada finalmente. Sucedió lo contrario en efecto, pues cuando el Decreto-Ley 2788 dejó ligado al país a lo previsto en el inciso quinto del artículo 40 del Régimen Común de Tratamiento a los capitales extranjeros (Decisión 24), le amplió al Estado su competencia legal para acordar a las empresas foráneas de éste sector, el tratamiento previsto en el artículo 37 u otro diferente, a su elección.

Se incorporó de ésta forma a la legislación colombiana, la facultad que tiene el Estado colombiano para determinar a las empresas extranjeras establecidas en el sector de productos básicos tratamientos diferentes al del porcentaje máximo calculado sobre la inversión directa para la transferencia al exterior de sus utilidades. Por eso, cuando los decretos-leyes 2719 y 2788, ambos de 1973, asignaron al

CONPES la función de acordar esos tratamientos, el Gobierno no se estaba "autoinvistiendo" de capacidad legislativa y modificando "por simples actos ejecutivos la legislación expedida por el Congreso", como lo creyeran los asesores jurídicos del Ministerio de Minas autores del concepto aludido, sino fijando el órgano del Estado a quien compete ejercerla.

Cuando el artículo 106 del Decreto-Ley 444 de 1967 señaló las modalidades específicas que podían revestir inversiones de capital foráneo y dispuso "las demás que determine el CONPES mediante resoluciones de carácter general" el gobierno no se estaba dando a sí mismo facultades legislativas. Ambas disposiciones, las del Decreto-Ley 444 y las del Decreto-Ley 2788 son de igual rango legal.

De haber sido aceptadas las tesis que esbozaba el asesor jurídico del Ministerio de Minas por aquel entonces se hubiese colocado al estado colombiano en manifiesta inferioridad de condiciones, a las de los otros países de la Subregión Andina para acordar en el sector de los productos básicos, los tratamientos que a su juicio fueren aconsejables.

6.4 La búsqueda del libre giro de utilidades por parte de CONICOL

En concordancia con las tendencias que representaban las nuevas reglas de tratamiento a las inversiones foráneas a nivel subregional, CONICOL comenzó a buscar el tratamiento más favorable para su inversión en el Proyecto Cerro Matoso y a ejercer demandas sobre los organismos nacionales competentes para que tradujeran en disposiciones el tratamiento excepcional acordado a los inversionistas extranjeros en el sector de productos básicos.

Dos comunicaciones suscritas por el Gerente de CONICOL en 1973, señor Allan R. Milner ofrecen la información indispensable para ilustrar y medir el alcance de las demandas de CONICOL a éste respecto. En carta enviada por el Gerente de CONICOL al señor Presidente de la República, fechada el 19 de Julio de 1973, se presentó una propuesta con cifras correspondientes a Marzo 19 del mismo año (la cual denominaremos Propuesta A), comunicación en la cual se lee textualmente en la página 4: "Es necesario efectuar un nuevo estimativo del proyecto y un nuevo estudio de factibilidad para presentar el proyecto revisado como una operación viable ante las agencias crediticias internacionales" 32/. De manera que los estimativos de costos de Marzo 19 de 1973 eran aún muy preliminares y que los dos estudios adicionales que anuncia el Sr. Milner podrían resultar, como en efecto resultaron, en estimativos de inversión y costos de operación superiores.

32/ Carta enviada por el señor Allan R. Milner, Gerente de CONICOL S.A. al Sr. Presidente de la República, Julio 19 de 1973, pág. 4.

La que aquí denominamos Propuesta B, elaborada con cifras correspondientes también a Marzo 19 de 1973, está contenida en un memorando suscrito por el Sr. Milner, de fecha Junio 11 de 1975, y enviado a nombre del Comité Técnico de CONICOL a la Junta Directiva de ECONIQUEL y a varias entidades del gobierno 33/.

Las Tablas IX y X presentan una comparación de las propuestas presentadas por CONICOL-HANNA entre 1969 y 1973 y para éste año las dos propuestas A y B. En la primera de las dos Tablas no se incluye un préstamo a corto plazo de US\$12 millones que se contrataría para capital de trabajo, el cual si se incluye en la segunda. Estas tablas buscan ofrecer una ilustración de una situación cambiaria hipotética y el derecho a giro que se otorgaría al inversionista extranjero en esas condiciones.

Los valores presentados en todos los casos, para los años entre 1969 y 1973 se basan en datos suministrados por CONICOL-HANNA y las cifras representan sumas de valores absolutos y globales para los 25 años de operación del proyecto y no tienen en cuenta el valor del capital en el tiempo (valor presente).

Nótese una diferencia crucial entre las propuestas A y B elaboradas con cifras correspondientes a Marzo de 1973. La relación deuda capital en la propuesta A es de 50-50. En cambio la relación deuda-capital en la propuesta B sería de 80-20, lo cual implica un notorio aumento en el endeudamiento del proyecto, siendo la primera vez que se tra-

33/ Memorando presentado en Junio 11 de 1975 por el señor Allan R. Milner, Gerente de CONICOL S.A., a la Junta Directiva de ECONIQUEL.

baja con este nivel de la relación deuda-capital en las proyecciones financieras que se fueron elaborando desde 1969.

Las utilidades globales remesables se calcularon asumiendo que el derecho a giro presentaría niveles del 10% durante los primeros 5 años, del 16% durante los siguientes 4 años y del 23% durante los subsiguientes 11 años, acumulables de tal manera que corresponderían a una autorización del 18.4% anual promedio para los primeros 20 años de vida del proyecto (ver resolución 12 de 1970 del CONPES) y que éste porcentaje promedio se haría extensivo para los 5 años restantes hasta completar los 25 años de operación.

Se asume también que el aporte de capital CONICOL-HANNA (valor neto de inversión) se mantiene fijo durante toda la operación, es decir, que se remesa en su totalidad en el último año (año 25).

Para la propuesta A se tiene un derecho de giro no utilizado de US\$89.32 millones, en forma similar a los estudios de factibilidad anteriores al informe de Marzo de 1973. La propuesta B presenta utilidades sin derecho a giro de US\$43.65 millones.

Las cifras contenidas en las dos Tablas permiten calcular, en primer término, la ganancia total de CONICOL-HANNA dadas las distintas alternativas. Se tiene en cuenta para hacer éste cálculo que además de las utilidades netas después de impuestos, el inversionista extranjero percibiría, por concepto de comisión de ventas y asistencia técnica, ingresos adicionales directos, lo cual implicaría para las propuestas de marzo 19 de 1973:

Tabla VII- GANANCIA TOTAL DE CONICOL-HANNA
CALCULADA SEGUN CIFRAS PARA MARZO DE 1973

	P R O P U E S T A S	
	A	B
	(cifras en millones de US\$)	
Comisión de ventas	55.20	55.20
Regalías por servicios administrativos y técnicos.	21.40	21.40
Ganancias adicionales	76.6	76.6
Utilidad neta de CONICOL-HANNA	170.06	154.65
Ganancia Total de CONICOL-HANNA	US\$ 246.66	US\$ 231.25

Con una elevación de la relación deuda-capital, en éste caso del nivel 50-50 al nivel 80-20, las cifras muestran que las ganancias adicionales se aumentan en porcentaje de la utilidad neta obtenida por el inversionista extranjero, del 45% al 49.5%.

Como los intereses totales de los préstamos también constituyen en la práctica un mecanismo para justificar contable y legalmente importantes ingresos adicionales a favor del capital extranjero, los cuales al ser cargados como costos de operación al proyecto afectan negativa y significativamente los ingresos globales del estado, lo mismo que a la balanza de pagos del país, a tiempo que son remesables en su totalidad, nos impone un cálculo adicional para determinar los ingresos directos para la inversión extranjera, de la siguiente manera:

Tabla VIII- Proyecto Cerro Matoso: Ingresos directos para la inversión extranjera calculados a partir de cifras para dos propuestas de fecha Marzo 19 de 1973.

	P R O P U E S T A S :	
	A	B
	(cifras en millones de US\$)	
Ingresos Totales de CONICOL-HANNA	246,66	231,25
Intereses de préstamos	58,93	100,11
Ingresos directos para la inversión extranjera	305,59	331,36

En este punto, los cálculos realizados y presentados en las dos Tablas mayores de las páginas siguientes muestran un derecho a giro que excede el monto total de las utilidades acumuladas que obtendría la empresa extranjera en los 25 años de operación y por tanto la situación cambiaria hipotética planteada mediante los supuestos elegidos equivalía en la práctica a una situación de libre giro de utilidades.

Una observación final sobre las cifras. La cifra de 39.4 millones de libras de níquel es una capacidad de producción promedio correspondiente a un máximo de 52.02 millones al 4º año de operación y una mínima de 30.93 millones en el año 24º. Estos valores absolutos y las cifras financieras correspondientes no reflejan, sin embargo, el hecho de que durante los 10 primeros años se decidiría explotar una porción del depósito mineral con 3,4% del níquel anual comparado con el mineral de 2,3% de níquel que se explotaría en los últimos 15 a-

ños, para una producción anual de solo 34 millones de libras de níquel, según las decisiones que paulatinamente se fueron introduciendo al proyecto. Además los intereses de los préstamos se pagarían en los primeros 13 años del proyecto.

Tabla IX - COMPARACION DE LAS PROPUESTAS PRESENTADAS POR CONICOL-HANNA
(Datos en millones de US\$)

Fecha del Estudio de Factibilidad elaborado por Bechtel-Hanna	Junio de 1969	Julio de 1971	Agosto de 1972	Marzo 19 de 1973	
				A	B
Relación deuda - capital	50-50	50-50	50-50	50-50	80-20
Costo Total del proyecto	87,50	168,75	244,35	171,88	171,88
Producción anual (millones de libras de níquel)	37,5	37,5	57,4	39,4	39,4
Inversión de capital de Conicol-Hanna (valor neto de inversión)	29,17	56,25	81,45	57,30	24,13
Utilidad neta del proyecto antes de impuestos	130,19	159,31	245,16	170,06	154,65
Utilidades con derecho a giro calculadas para Conicol-Hanna	134,25	258,75	374,75	259,38	111,00
Utilidades sin derecho a giro calculadas para Conicol-Hanna	--	--	--	--	43,65
Exceso de derecho a giro no utilizado.	4,06	99,44	129,59	89,32	--
Intereses totales de los préstamos	25,5	--	--	58,93	100,11

FUENTE: Memorando presentado el 6-11-75 por el señor Allan R. Milner, Gerente de Conicol S.A.

Tabla X - COMPARACION DE LAS PROPUESTAS PRESENTADAS POR CONICOL-HANNA
(Datos en millones de US\$)

Fecha del estudio de Factibilidad elaborado por Bechtel-Hanna	Junio de 1969	Julio de 1971	Agosto de 1972	Marzo 19 de 1973	
				A	B
Relación deuda-capital	50-50	50-50	50-50	50-50	80-20
Costo total del proyecto	87,50	168,75	244,35	180,95 (*)	180,95 (*)
Producción anual (millones de libras de níquel)	37,5	37,5	57,4	39,4	39,4
Inversión de capital de Conicol-Hanna (valor neto de inversión).	29,17	56,25	81,45	57,30	24,13
Utilidad neta del proyecto antes de impuestos	353,39	432,67	665,83	461,87	419,91
Impuesto de renta y remisión	190,35	193,71	298,09	206,55	187,99
Utilidad neta de Conicol-Hanna después de impuestos	130,19	159,31	245,16	170,06	154,65
Utilidad con derecho a giro calculadas para Conicol-Hanna	134,25	258,75	374,75	259,38	111,00
Utilidad sin derecho a giro calculadas para Conicol-Hanna	--	--	--	--	43,65
Derecho a giro no utilizado	4,06	99,44	129,59	89,32	
Intereses totales de los préstamos	25,5			58,93	100,13

(*) Incluye un préstamo a corto plazo de US\$12 millones para capital de trabajo.

7. Las Resoluciones 18 y 19 del CONPES (Sep. 1974)

7.1 Negociaciones entre el Gobierno y CONICOL

En marzo de 1973 fue presentado por parte del inversionista extranjero en el proyecto un estudio de factibilidad en el que se mostraba la necesidad de una inversión de capital por cuantía de US\$181 millones, para una producción promedio anual de 39.4 millones de libras de níquel, de tal manera que la rentabilidad del proyecto no se presentaba atractiva ni para las agencias crediticias ni para los concesionarios, pues implicaba ya una inversión unitaria de US\$4.59/libra (Véase Tabla VI).

La situación planteada dió lugar a nuevas negociaciones para tratar todos los problemas que abarcaba dicho estudio, llegándose a un acuerdo entre el gobierno colombiano y la parte extranjera que quedó consignado en el Acta de Acuerdo de mayo 31 de 1974, la cual contiene temas de diversa índole como el derecho de giro, financiación y mercadeo, aspectos administrativos, etc. Con base en la citada Acta de Acuerdo fueron elaboradas las resoluciones 18 y 19 del CONPES en septiembre de 1974. Mediante dichas resoluciones se autorizó a CONICOL para hacer giros al exterior hasta por un 14% anual de la base de inversión que estaría constituida por:

- 1- aportes del exterior al capital asignado: "Los aportes provenientes del exterior de propiedad de empresas extranjeras dedicadas a la industria de la minería, al capital asignado de la sucursal que realiza estas actividades en el país, pagados en moneda libre-

mente convertibles o en plantas industriales, maquinaria o equipos, con derecho a la reexportación de su valor y a la transferencia de utilidades al exterior (Resolución 18, Art. 1º, numeral A.1)";

2- Reinversión de utilidades con derecho a giro : "Los aportes en moneda nacional provenientes de la reinversión de utilidades netas con derecho a giro percibidas por estas empresas (Art. 1º, numeral A.2)";

3- Créditos externos a largo plazo aprobados por el DNP : "El valor de los préstamos externos a largo plazo que se hayan invertido hasta el momento de iniciar la actividad industrial minera o que en el futuro se inviertan en ésta, previo el lleno de los requisitos que se señalan más adelante (Art. 1º, numeral A.3)".

El porcentaje señalado (del 14%) cubriría así tanto las utilidades generadas por CONICOL como los reembolsos de capital. El reembolso de capital no podía exceder anualmente el cociente que resulta de dividir el valor neto de registro por el número de años que duraría la explotación (25). Por otro lado, la base de inversión no disminuiría por el reembolso de capital ni por la amortización de los créditos a largo plazo. Los créditos externos contratados a largo plazo hacen referencia a los créditos externos contratados por CONICOL, dado que no se podía prever la contratación conjunta (por el proyecto) de crédito externo.

La Resolución 19 (de la misma fecha), a su turno, determinó el porcentaje de giro anual máximo para la sucursal de la sociedad extranjera denominada Compañía de Níquel Colombiano S.A. (CONICOL) , en un 14% de la base de inversión. El concepto de base de inversión fué una definición utilizada para determinar la cuantía de referencia sobre la cual se aplicaría el mencionado 14%, con miras a fijar el monto máximo de los giros anuales. (Art. 1 y 3, Resolución 18 y Arts 1 y 2, Resolución 19).

Debe distinguirse entre el tratamiento a la transferencia de utilidades generadas por el capital extranjero registrado, como un asunto distinto al del reembolso de la inversión foránea sujeta a agotamiento como la realizada para la explotación de yacimientos minerales. El primer rubro se refiere a los beneficios y está regulado por el artículo 37 y el inciso quinto del artículo 40 de la Decisión 24 del Pacto Andino y los Decretos-Leyes 2719 y 2788 de 1973; el otro hace referencia al capital y está normado por el artículo 115 del Decreto-Ley 444 de 1967 y por el Decreto reglamentario 1487 de 1974. En ambos casos y tratándose de la explotación de minerales por contrato con empresas y sociedades del estado (sector de productos básicos), corresponde al CONPES determinar tanto el tratamiento que debe dársele a la transferencia de utilidades (Decretos-Leyes 2719 y 2788) como el sistema y la forma de reembolsos por concepto de amortización de capitales extranjeros (Decreto reglamentario 1487).

Con la Resolución 18 de 1974, que expidió el CONPES en uso de las facultades de que es titular, dicho organismo intentaba reunir en una sola fórmula los dos tratamientos o modalidades, lo cual resultaba novedoso desde el punto de vista del tratamiento al capital extranjero. En el fondo y en esta dirección, la Resolución 18 del CONPES relacionaba no solo la transferencia de utilidades sino también el reembolso al exterior de los capitales invertidos y el pago de los intereses por los préstamos obtenidos, con la generación real de utilidades, limitadas éstas al 14% de la base de inversión (34).

La filosofía de la resolución 18 de 1974 era permitir al inversionista extranjero la repatriación de todas sus utilidades, y para ello se apeló a una fórmula sofisticada, la de la base de inversión, que incluía los créditos externos a largo plazo contratados por la empresa extranjera. La posibilidad de su aplicación generó intensa discusión entre las dependencias gubernamentales que tendrían a su cargo los trámites y control correspondientes, a saber, Ministerio de Minas, D.N.P. y Oficina de Cambios. Queremos reunir en las siguientes páginas los aspectos más destacados de tales discusiones en cuanto muestran con todas sus implicaciones prácticas la evolución del tratamiento cambiario a la inversión extranjera en el sec-

(34) Sobre la implicación legal de las Resoluciones 18 y 19 de 1974, fue de enorme utilidad la lectura del memorando de Jaime Jiménez Ramírez, de DINPROA, enviado al doctor Julio Restrepo de León, Gerente de ECONIQUEL, el 4 de Julio de 1975 y en el cual se hacen extensos comentarios al memorando del asesor jurídico del Ministerio de Minas y Energía sobre las resoluciones.

a la financiación de la infraestructura económica o social del proyecto). Es claro que, si se trataba de aportes al capital asignado a la sucursal y de reinversión de utilidades, lo uno sucedía concomitantemente con lo otro.

El registro de cualquier inversión, dentro del marco jurídico de la Resolución 18 de 1974, aumentaría ese derecho a giro complementario llamado "pago de alícuotas de reembolso de capital".

La inclusión de cualquier suma dentro de la base de inversión aumentaría el derecho a giro global, que, en el caso del Proyecto Cerro Matoso, fue fijado en el 14% de dicha base.

Al actuar dentro del esquema del joint operating agreement, la parte extranjera tenía la alternativa, en ciertos casos (importación de maquinaria y equipo, realización de estudios técnicos en el exterior), de efectuar la inversión en nombre propio, como aporte al Proyecto, o, al contrario, de efectuarla como operador, con lo cual se planteaban dos alternativas.

En el primer caso, se le daría registro de inversión extranjera directa hasta por la totalidad del monto invertido (una vez cumplidos los requeridos trámites y comprobaciones) y, si la respectiva inversión configuraba un "aporte en dinero o en maquinaria y equipo" a la base de inversión, también se aumentaría dicha base.

En el segundo caso, las sumas gastadas solamente se reconocerían como contribución de la parte extranjera a los costos comunes de la

operación conjunta, debiendo tal contribución llegar a representar globalmente --pero no necesariamente a nivel de cada inversión individual-- los 2/3 de las sumas invertidas. Podría ocurrir que los derechos correspondientes ya hubiesen sido adquiridos por dicha parte (las divisas posteriormente destinadas a la compra de la maquinaria habiendo sido importadas y registradas como tales) y, por lo tanto, el referido reconocimiento no les afectare ni en un sentido ni en otro. Podía ser, en cambio, que de dicho reconocimiento dependiera el registro de las sumas gastadas (v. gr., en estudios técnicos en el exterior) y su eventual inclusión en la base de inversión.

En resumidas cuentas, el verdadero riesgo para la parte extranjera --y una de las mayores posibilidades de estorbo en el desarrollo del proyecto-- consistía en tener que realizar efectivamente la respectiva inversión antes de que le fuera reconocida para efectos del registro, de la base de inversión o de ambos.

El inversionista extranjero podría reducir en gran parte dicho riesgo, procediendo como operador del proyecto y con fondos de la "Cuenta Conjunta", pero habría casos en los que las sumas correspondientes deberían ser gastadas sin la seguridad de un ulterior reconocimiento oficial. La Tabla XI resume los casos que se podían presentar bajo el esquema del joint operating agreement (Véase Tabla XI, de la página siguiente).

Los fondos importados por CONICOL y que no destinara el proyecto, se

Tabla XI - PROYECTO CERRO MATOSO : DETERMINACION DEL DERECHO DE GIRO GLOBAL PROCEDENTE DE LA BASE DE INVERSION O DEL REGISTRO PARA LAS SUMAS INVERTIDAS POR LA PARTE EXTRANJERA, DIRECTAMENTE, O COMO PARTICIPANTE EN UNA OPERACION CONJUNTA, A PARTIR DE LA RESOLUCION 18 DE 1974 DEL CONPES

CASO 1

LA INVERSION Y SU RECONOCIMIENTO O VALIDACION FUERAN SIMULTANEOS Y EFECTIVOS POR LA PARTE EXTRANJERA

INVERSION Y DESTINO	RECONOCIMIENTO O VALIDACION		ORGANISMOS	OFICIALES	COMPETENTES
	Por medio del registro	Por inclusión en base de inversión	Min-Minas	D.N.P.	Oficina de Cambios
--Importación de divisas para gastos propios (v.g., abogados) no relacionados con el proyecto.	SI	NO	concepto previo	autorización definitiva	registro de la inversión
--Importación de divisas para el Proyecto 1/	SI	SI	concepto previo	autorización definitiva	registro de la inversión
--Retención de utilidades hasta en un 5% del valor del registro	SI	SI	NO	NO	registro

CASO 2

LA INVERSION PRECEDIERA A SU RECONOCIMIENTO O VALIDACION Y FUERA EFECTUADA POR LA PARTE EXTRANJERA EN NOMBRE PROPIO, COMO APORTE AL PROYECTO

--Importación de maquinaria y equipo	SI	SI	concepto previo	autorización definitiva	registro de la inversión
--Inversión en servicios técnicos (pagos correspondientes, consistentes en pesos girables, podrían luego ser capitalizados)	SI	SI	1) concepto sobre g/tos 2) concepto sobre inversiones	después de autorización giro autorización definitiva inversión	1) Después de concepto Min-Minas autorización giro correspond. 2) (Después aprobación Min-Minas y DNP), registro.
--Retención de utilidades si en más del 5% del v/r registro (debe ser aprobada para constituir inversión)	SI	SI	concepto previo sobre inversión	"	"
--Contratación de crédito externo privado	NO	SI	NO	autorización	registro como crédito.

CASO 3

LA INVERSION PRECEDIERA A SU RECONOCIMIENTO O VALIDACION Y FUERA EFECTUADA POR LA PARTE EXTRANJERA COMO OPERADOR, EN NOMBRE DEL PROYECTO

--Inversión en servicios	SI	SI	Como en el caso anterior		
--Contratación común de crédito externo privado (Propuesta de CONICOL para Cerro Matoso)	NO	SI	NO	SI	registro como crédito

1/ Por concepto de inversión o crédito externo a largo plazo

considerarían gastos y no se les daría registro (ello excluiría de antemano la intervención del Ministerio de Minas y del D.N.P. a que hacía referencia el primer rubro del caso 1; en cuanto a la oficina de cambios, se contentaría con recibir las divisas y convertirlas a pesos). Tales fondos deberían ser colocados en una cuenta del patrimonio contable de CONICOL- sucursal distinta de su capital asignado (v. gr. "Cuenta Corriente con Casa Matriz").

Los fondos importados por CONICOL-Operador y destinados al proyecto (caso 3) :

- en el momento de su venta a la oficina de cambios deberían acompañarse de la justificación correspondiente; la oficina de cambios autorizaría el registro provisional.
- deberían ser transferidos a la Cuenta Conjunta a la mayor brevedad (v. gr., 15 días hábiles), para ser utilizados, junto con el aporte correspondiente de ECONIQUEL, para los fines del proyecto.

Se planteaba aquí el problema de la tasa de cambio a ser utilizada, lo cual se resolvería de la siguiente manera: Si los fondos se destinaban a la Cuenta Conjunta en pesos, se recomendaba utilizar la tasa de cambio vigente en el momento de la venta a la oficina de cambios; si CONICOL, en cambio, importara divisas con anticipación a la programación y al voto de los costos:

- La oficina de cambios daría registro provisional sólo al tiempo de su transferencia efectiva a la Cuenta Conjunta.

-- CONICOL podría beneficiarse, para atender sus gastos propios, de los intereses eventualmente devengados por tales fondos con anterioridad a su transferencia, mas tales intereses no podrían ser aportados a la Cuenta Conjunta en pesos (*).

Los fondos retenidos por CONICOL a título de reinversión (el único componente de la base de inversión consistente en "Pesos con derecho a giro" era la reinversión de utilidades) debían igualmente ser transferidos a la Cuenta Conjunta dentro del mismo lapso previsto para las divisas importadas con destino al proyecto, así:

- (a) Tal lapso se contaría desde la resolución correspondiente por parte de CONICOL, tratándose del 5%, y
- (b) a partir de la aprobación de planeación, en lo referente al exceso.

Las inversiones (sobre todo en forma de maquinaria y equipo) susceptibles de ser efectuadas directamente por CONICOL (parte extranjera) pero que, con igual facilidad, pudiesen ser costeadas, con fondos de la Cuenta Conjunta, por CONICOL-Operador en nombre del Proyecto, se efectuarían sistemáticamente de la segunda manera, como así lo preveía el Contrato de Operación Conjunta.

La mayor comodidad del control, en este último caso, así como la más fácil tramitación y el tratamiento preferente a que la satis-

(*) Se convertirían contablemente como en otros casos de joint operating agreement, en "otros ingresos" ?

facción de los requerimientos del Proyecto da lógicamente derecho, eran argumentos poderosos en favor de una escogencia de la segunda modalidad.

Es de notar que, en el momento de estas decisiones, tal escogencia no hubiera podido extenderse al crédito externo a largo plazo, dado que no se preveía la contratación conjunta (por el Proyecto) de créditos externos. Por lo tanto, al contraerlo, CONICOL solamente obraría como parte y no como operador. Caso similar al de las asociación, como se verá más adelante, que cambia totalmente con el Contrato de Sociedad.

7.3 Identificación contable de varios renglones del pasivo en el balance de CONICOL-sucursal, con relación al capital registrado, a la base de inversión, o a ambos conjuntos.

Uno de los problemas más interesantes que se planteó fue el de poder identificar contablemente la pertenencia de los varios renglones del pasivo (en el balance de CONICOL-sucursal) al capital registrado, a la base de inversión o a ambos conjuntos. Las definiciones a las cuales se llegó se resumen en la siguiente forma:

a - Inversiones del exterior.-De acuerdo con las recomendaciones ya expresadas en el primer apartado, así como las estipulaciones de la Resolución 18:

i. Para formar parte de la base de inversión, los aportes del exterior al Proyecto en dinero o en especie, y de propiedad del inver-

sionista extranjero, debían efectuarse en el capital asignado. Como tales aportes serían igualmente registrados como IED y, por otra parte, se recomendó no dar registro a los fondos importados con destino a gastos propios de la parte extranjera, ello implicaba que:

-- Todas las sumas aportadas al capital asignado pertenecían al capital registrado como a la base de inversión.

-- No podía haber aporte del exterior, de propiedad de la parte extranjera y perteneciente al primero o a la segunda, fuera del capital asignado de la sucursal.

Desde el momento en que CONICOL- sucursal pudiera comprobar la respectiva "validación" (registro o inclusión en la base de inversión), en relación con un aumento en el capital asignado:

i. La Dirección de Impuestos Nacionales sabría que tal aumento no constituía renta ni tendría, en consecuencia, por qué ser gravado.

ii. La oficina de cambios reajustaría automáticamente los derechos de giro correspondientes. (Nos referimos tanto al derecho a giro global, fundado en la base de inversión, como al derecho a giro llamado de "reembolso de capital", basado en el registro).

b- Reinversiones.- Desde el momento en que la respectiva retención de utilidades se considerare formalmente reinversión (simple resolución de CONICOL para el 5%; aprobación del D.N.P. para el exceso), éstas deberían colocarse en la reserva legal. Inversamente, toda utilidad retenida en dicha reserva se consideraría reinversión. No-

temos que ello hubiera implicado un compromiso oficioso por parte de Planeación, respecto a la aprobación de las retenciones en reserva legal que se hubieren efectuado en cumplimiento de los artículos 475 y 376 del Código de Comercio.

c- Contrataciones de crédito externo a largo plazo.-Se recomendó la adopción de un rubro especial (v. gr., "Pasivos a largo plazo según Resolución 18 de 1974") para el renglón del pasivo correspondiente a tales contrataciones, cuando hubieren recibido la aprobación del D.N.P. En tal forma, todo crédito que integrase la base de inversión habría debido ser aportado a dicho rubro, y no podría estar colocado en el mismo, ningún crédito que no entrare en la composición de dicha base.

Con relación al punto del crédito externo se identificaron los siguientes problemas:

i - Si el crédito externo a largo plazo destinado al Proyecto y aprobado por el D.N.P. para su inclusión en la base de inversión (Resolución 18, Art. 1º, Literal A y Art. 2º primer inciso) era contraído directamente por CONICOL-sucursal (en lugar de la casa matriz), como así parecía indicarlo el texto mismo de la resolución, el "pasivo externo" correspondiente era tal que su relación con el capital asignado más utilidades y reservas a/ impediría en principio a la

a/ Alrededor de 3 a 1, contra una relación máxima de 1 a 1 establecida por el Código de Comercio, Artículo 145.

Superintendencia de Sociedades, aprobar la reducción del capital asignado a la cual quedó condicionado (Artículo 4º) el ejercicio del derecho reembolso.

Para que se volviera legalmente posible, el correspondiente aumento en el patrimonio neto supondría una participación del capital propio en el capital a largo plazo no inferior al 40% como es fácil calcular b/. Esto hubiera resultado sumamente grave dado que hubiera modificado radicalmente las reglas del juego acordadas, forzando al inversionista extranjero a aumentar en un 100% (de 20% a 40%) su IED.

ii - Si el crédito externo se consideraba contraído por CONICOL --lo cual permitiría considerar el pasivo correspondiente como inversión en lugar de crédito o "pasivo externo" y evitaría el problema anterior-- hubieran podido aparecer los siguientes inconvenientes:

- 1) Pudieran haber ocurrido dudas jurídicas acerca de su inclusión en la base de inversión.
- 2) Podría haber sido sumamente difícil hacer reconocer los intereses asociados como "gastos necesarios" para el desarrollo de la actividad productiva de CONICOL-sucursal, y, por lo tanto, de descontarlos de los ingresos gravables.

b/ Después de la reducción del capital asignado, tendríamos:
 Patrimonio Neto = Capital asignado + Reservas = 1 1/2 capital asignado
 Pasivos externos (créditos) = $\frac{\text{Capital asignado}}{\text{Capital asignado} + \text{crédito}} = \frac{1}{2 \frac{1}{2}} = 0.4$

La modificación fundamental en el rendimiento de CONICOL que conllevaría la pérdida de tal ventaja tributaria, es ilustrada por los numerales 3) y 4) siguientes:

3) En el "menos malo" de los casos se hubiera entendido que, al tratar el crédito contratado externamente como si fuera inversión, se le ha debido no sólo incluir en la base de inversión, sino también dar registro. En tal caso, todo hubiese sucedido como si CONICOL solamente hubiese podido girar el 14% de su capital registrado (y la contratación de crédito en el exterior por el inversionista extranjero, anteriormente a su inversión, hubiese sido tratada como una operación privada totalmente ajena al gobierno colombiano, al D.N.P. y al tratamiento --obligaciones y derechos-- otorgados a la misma inversión, según la filosofía de la Resolución 18). Semejante tasa de remesa contrastaría con el 70% u 80% que se juzgó y aceptó como necesario al expedir las Resoluciones 18 y 19 para la inversión en minería y se pensaba que de bajarse a tal nivel se haría perder todo interés en el Proyecto a la parte extranjera.

4) Si por encima de todo, no se hubiera dado registro al crédito externo contraído por la casa matriz, se hubiera hecho, en consideración de las agencias gubernamentales involucradas, menos atractiva aún su participación en el Proyecto.

Otro asunto adicional también fué objeto de discusión por aquel entonces: La Superintendencia de Sociedades consideraba necesario el

establecimiento por Hanna de una sucursal en el país, en cumplimiento de los artículos 271 y 274 del Código de Comercio, en virtud de la asistencia administrativa y técnica de los servicios técnicos cuya prestación contrataba con el Proyecto, a través de su Operador. Tales actividades serían consideradas como permanentes, de acuerdo con el artículo 274, según la Superintendencia.

3 - Problemas correspondientes al Derecho Global de Giro

a) El giro máximo anual (Resolución 18, Art 3º), fijado en un 14% de la base de la inversión en el caso del Proyecto Cerro Matoso, constituía a la vez:

--La máxima remesa de utilidades a la cual podía pretender la parte extranjera (CONICOL).

--La máxima remesa de utilidades y demás elementos de flujo de caja a la disposición de CONICOL, teniéndose en cuenta la posibilidad de girar sumas correspondientes a los segundos a títulos de "reembolsos de capital".

La tramitación del giro por la Oficina de Cambios implicaba:

- i - El registro en dólares de la base de inversión, para que quedara determinado el monto máximo girable, igual al 14% de dicha base.
- ii - La sanción oficial de la Superintendencia de Sociedades a las utilidades declaradas y no constituidas en reservas. Si tales utilidades excedían el 14% de la base de inversión, el exceso sólo podía ser girado de acuerdo con las instrucciones que siguen.

iii - Cuando sumas distintas de utilidades intervinieren dentro del giro, serían indispensables los requisitos detallados en b.

La no utilización o utilización parcial del derecho de giro en un año determinado daba derecho a la transferencia por la parte extranjera de la diferencia no girada en cualquier año o número de años subsiguientes (Resolución 18, Art. 6º). Se ofrecía en tal forma a CONICOL la posibilidad de girar, en un año determinado:

- sumas girables y no giradas de años anteriores,
- el exceso (respecto al 14% de su base de inversión al último 31 de diciembre) de sus utilidades correspondientes al año anterior.

b) Derecho de Reembolso de Capital.—Este derecho no presuponía la venta de ninguna parte de la inversión: en esto difería fundamentalmente del derecho de reexportación del capital establecido en el Decreto 1900.

Por lo tanto, las sumas que servirían para efectuar el giro correspondiente, podrían proceder en la práctica de la reducción de cualquier renglón del activo (v. gr., depreciación, disminución del dinero en caja).

Por el lado del pasivo, la utilización del derecho de reembolso implicaba:

i - el reintegro en dólares, por la oficina de cambios, de la IED realizada por CONICOL y su comparación con el monto, convertido en dólares, que se pretendía girar. Este no podía exceder, en princi-

pio, el 5% del capital registrado ($1 / 20 = 0.05$).

ii - El acuerdo de la Superintendencia de Sociedades para la reducción proporcional del capital asignado anteriormente al giro.

Por "proporcional" se entendería la relación que existe entre el capital asignado y capital registrado. Este se debe reflejar a nivel de cada peso del primero, si se quiere evitar situaciones absurdas (v.gr. que el primero quede reducido a 0 mientras exista un saldo positivo en el segundo).

Tal aprobación debería también entenderse como automática, salvo que circunstancias especiales militaran en su contra, para el ágil desarrollo del trámite.

iii - La reducción por la oficina de cambios, consecutiva al giro, del capital registrado --observándose, nuevamente, la misma proporción con el capital asignado, aplicada a las sumas giradas--.

Dentro del giro global descrito en a, el derecho de reembolso podía beneficiarse de la misma flexibilidad para su uso en el tiempo. También estaría, en principio, sujeto al mismo límite del 14% de la base de inversión. Sin embargo, el 5% del capital registrado era más "limitante" que este último porcentaje.

Sólo queda por mencionar en este apartado que el inversionista extranjero había solicitado también (punto 4 del Acta de Acuerdo de Mayo 31 de 1984) retener en el exterior las divisas provenientes de la exportación de níquel, procedimiento éste que no fue aceptado por contrariar las normas cambiarias existentes.

8. Transformación de la Operación Conjunta en Sociedad Anónima.

8.1. Implicaciones sobre la consecución de financiamiento externo.
En varias ocasiones antes del año 1975 representantes del gobierno

colombiano y de la Hanna Mining Company habían desarrollado conversaciones para definir las condiciones dentro de las cuales se iba a adelantar la financiación del Proyecto, sin que se hubiera llegado a un acuerdo sobre el particular. Al reactivarse el Proyecto a partir de enero de 1975, dicho aspecto se convirtió en un punto crucial y fue preciso discutirlo a fondo.

Dentro del Contrato de Operación Conjunta, los aportes de los concesionarios (1/3 ECONIQUEL y 2/3 CONICOL) eran incondicionales y cada uno de los socios debía conseguir los recursos respectivos para aportarlos a la Operación. Ello quería decir que la noción de patrimonio o de capital propio era prácticamente imposible de determinar. El socio extranjero (CONICOL) alegaba que la financiación debería obtenerse conjuntamente y la parte colombiana (ECONIQUEL) insistía en atenerse a lo pactado en el Contrato de Operación Conjunta. Por otra parte, al IFI y a ECONIQUEL les preocupaba el hecho de que no existiera una persona jurídica a la cual se hicieran los aportes para que el inversionista extranjero registrara un capital en una sociedad colombiana y no simplemente a través de una sucursal en Colombia de una sociedad establecida en los Estados Unidos (CONICOL).

La modalidad de joint operating agreement producía asimismo grandes dificultades prácticas para la obtención de las cuantiosas sumas

que requería el Proyecto, más en cuanto las proyecciones económicas que fueron elaboradas a partir de marzo de 1973 postulaban una relación deuda-capital de 80%-20%. A abril de 1975, con un costo total de la inversión que ascendía ya a los US\$240.5 millones, el endeudamiento alcanzaría niveles de US\$192.4 millones (Véase Tabla XII).

Se sabía que era necesario acudir a fuentes externas como el Banco Mundial en busca de financiación, pues la rentabilidad del Proyecto podría verse afectada si se acudía a fuentes financieras más costosas y con plazos para los créditos mucho más cortos de los que podría ofrecer esa agencia financiera internacional. Pero al mismo tiempo, CONICOL insistía en que sería inequitativo que con dicho crédito se beneficiara solo el socio colombiano puesto que las condiciones que impondría el Banco afectarían a ambos socios. CONICOL, no sobra decirlo aspiraba de tiempo atrás a obtener el aval del Estado para préstamos que conseguiría con el Banco Mundial. ECONIQUEL, por su parte, reconocía la importancia de la participación del Banco Mundial por el efecto catalizador que su intervención como prestamista tendría para la obtención de los créditos adicionales requeridos, así como el aval técnico que representaría para el Proyecto, pero insistía en que era la parte colombiana quien tenía prioridad para acudir a dicha fuente.

En este punto de las conversaciones, se decidió por parte de la Junta Directiva de ECONIQUEL, en octubre de 1975, acudir directamente

al Banco Mundial en busca de orientación sobre el particular. El día 21 de ese mes viajaron a Washington y sostuvieron conversaciones con funcionarios de la entidad internacional, el gerente del IFI, Jorge Méndez Munévar y representantes de ECONIQUEL. En carta de fecha 31 del mismo mes, Hendrik van der Heigden, Jefe de la División de Colombia, en la Oficina Regional para América Latina y el Caribe, del Banco Mundial, expuso el pensamiento de dicho organismo sobre la marcha del Proyecto Cerro Matoso.

"La actual forma contractual del Proyecto Niquelífero de Cerro Matoso --en concepto del Banco Mundial--, vale decir, la existencia de dos compañías separadas, ECONIQUEL y CONICOL, relacionadas por un contrato de operación conjunta, plantea una serie de interrogantes que muy probablemente tendrán serias repercusiones sobre la capacidad de los socios para lograr el necesario financiamiento en términos adecuados. Según lo entendemos, CONICOL --al menos durante los primeros 15 años-- será el Operador de la operación productiva, pero la propiedad será compartida con ECONIQUEL. Las decisiones se tomarán en el seno de un Consejo Directivo en el cual ECONIQUEL y CONICOL estarán representados paritariamente, pero en el cual las decisiones deben ser adoptadas por unanimidad. Puesto que las decisiones más importantes que tendrán que ver con el manejo del Proyecto dependen del consentimiento de ambos socios, las instituciones financieras probablemente insistirán en su mayoría en obtener garantías conjuntas y múltiples tanto de parte del gobierno colombia-

no como de la Hanna para todos los préstamos que se vayan a hacer a ECONIQUEL y a CONICOL. El Banco Mundial, por su parte insistiría en tales garantías para sus préstamos. Según se nos ha informado, tales garantías para préstamos a una entidad privada por el estilo de CONICOL es en extremo difícil que se concedan, si no imposible, para ser más precisos".

Fué el mismo funcionario del Banco Mundial, señor van der Heigden, quien esbozó la solución para este problema, en la misma carta, enviada al gerente del IFI, doctor Jorge Méndez Munevar, y de la cual estamos citando los párrafos pertinentes: "Según podemos deducir de comentarios de funcionarios de Hanna, la razón original que tuvo esta compañía para optar por un joint operating agreement estaba relacionada con ventajas tributarias en los Estados Unidos, que en años posteriores desaparecieron o disminuyeron enormemente. En nuestra opinión, si el Proyecto fuese organizado y se manejara con una sola unidad empresarial, se facilitaría enormemente la preparación y operación futura del Proyecto Niquelífero de Cerro Matoso. La existencia de una sola empresa facilitaría y haría expédito el manejo del Proyecto. De ésta manera, el proceso de toma de decisiones quedaría confinado a una unidad empresarial en la cual el personal colombiano en conjunto con el socio estadinense participarían en la solución de los problemas técnicos, financieros y económicos. Creemos que este enfoque mejoraría los prospectos de entrenamiento o integración de personal colombiano en la compañía en el más breve plazo.

En segundo lugar, aliviaría el peligro de competencia entre ECONIQUEL y CONICOL para comercializar su respectiva participación en el producto. Si bien tenemos confianza de que en la práctica pueda ser logrado algún acuerdo, la limitada experiencia de ECONIQUEL en la comercialización del níquel representa un riesgo considerable, de tal forma que un esquema conjunto e integrado de comercialización nos parecería la solución más aconsejable. En tercer lugar y de mucha importancia, al estar representado el proyecto por una sola compañía se mejorarían enormemente los prospectos para obtener financiamiento adecuado en condiciones razonables en el futuro cercano, puesto que las entidades prestamistas estarán más dispuestas a prestarle a una sola empresa en cambio de a un joint venture, debido al menor grado de riesgo que ello representa. Ello mejoraría también las posibilidades de obtener créditos sin garantías totales por parte de ambos socios".

El documento del Banco Mundial concluye con la recomendación explícita de una transformación en la estructura contractual del Proyecto Cerro Matoso: "Queremos enfatizar que no estamos contemplando cambios sustanciales de ninguna naturaleza en los acuerdos alcanzados entre el gobierno colombiano y la Hanna Mining Company durante el año pasado. En contraste, lo que proponemos es un mero cambio formal. Tememos que la continuación en la preparación del Proyecto bajo el supuesto de la existencia de un joint operating agreement frenará cualquier progreso del mismo en el curso de los próxi-

mos 6 a 12 meses. En el interés del desarrollo puntual del proyecto, recomendamos con la mayor insistencia que ustedes consideren la creación de una sociedad por separado que se encargue de la ejecución del Proyecto Niquelífero de Cerro Matoso" 35/.

De manera que fue por expresa recomendación del Banco Mundial que se procedió a dar los pasos conducentes para producir la transformación contractual del Proyecto Cerro Matoso. Una carta similar a la que acabamos de transcribir en extenso, criticando una modalidad de joint operating agreement por las limitaciones que impone, sobre todo en los aspectos de financiamiento de los proyectos mineros, dadas las condiciones institucionales existentes en el país, y sugiriendo la transformación contractual hacia Sociedad Anónima para facilitar el despegue del Proyecto, existe asimismo para el caso del contrato carbonífero de El Cerrejón, escrita por funcionarios de la misma agencia crediticia internacional, sin que en ese caso haya producido similares y tan rápidos efectos.

Con base en la opinión de los funcionarios del Banco Mundial representantes del IFI y ECONIQUEL sostuvieron de inmediato conversaciones con Hanna para estudiar la constitución de una Sociedad Anónima. La Hanna buscó inicialmente que esa Sociedad Anónima sirviera sola-

35/ Traducción libre hecha por el autor de los párrafos pertinentes de la carta de Hendrik van der Heigden, Jefe de la División de Colombia, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, del Banco Mundial, enviada al gerente del IFI, doctor Jorge Méndez Munévar, de fecha 31 de octubre de 1975.

mente para recibir créditos pero dejando vigente el Contrato de Operador a favor de CONICOL, entidad que continuaría así con el manejo total del Proyecto. Dicha propuesta fue rechazada por E-CONIQUEL, pues se consideró que el manejo del Proyecto debería ser adelantado por el nuevo ente jurídico que se crearía.

Si bien la posibilidad de una transformación contractual hacia Sociedad Anónima surgió por la prohibición al Estado colombiano de avalar préstamos externos a particulares, el Decreto No. 150 de 1976 facilitó el avance de las conversaciones y los pasos correspondientes pues permitió al Estado ser garante de obligaciones externas de sociedades en las cuales la Nación posea menos del 50% del capital, siempre y cuando se establezcan las debidas contragarantías a juicio del CONPES. Este tema de las garantías y contragarantías exigidas por las entidades crediticias internacionales fue objeto de análisis especial y la opinión de los funcionarios del Banco Mundial al respecto se resumía de la siguiente manera:

--Colombia garantizaría el 100% del préstamo que obtenga la Sociedad Anónima proveniente del Banco Mundial; las contragarantías que el Estado exigiría de la Sociedad Anónima deberían ascender, en el mejor de los casos, a la proporción que tenga la parte extranjera en el capital de ella.

Altos funcionarios de las agencias de gobierno competentes hicieron fuertes críticas a ésta fórmula de otorgamientos de contragarantías

pues consideraban que el Estado, con este procedimiento, en el caso hipotético del incumplimiento de la Sociedad Anónima con el Banco Mundial, estaría arriesgando una parte de la garantía y dejando que terceros que van a contratar préstamos directamente con la Sociedad, tengan una garantía directa que pesaría en la práctica sobre la parte que el Estado dejó de exigir contragarantía y en consecuencia, dado el caso de los incumplimientos, el Estado perdería a favor de terceros.

De todos modos se presentó la oportunidad de mejorar la situación del Proyecto con la conformación de una Sociedad en la cual la presencia colombiana sería mucho más clara, además de que se obligaba al inversionista extranjero a incorporar su capital en una Sociedad bajo ley colombiana, registrada en nuestro país y sometida a un mayor control. En vista de ello, el gerente del IFI procedió a consultar con los Ministros de Desarrollo y de Minas y con el Jefe del Departamento Nacional de Planeación quienes manifestaron que debería aprovecharse la oportunidad de transformar el esquema vigente siempre y cuando ello no implicara demoras en la ejecución del Proyecto.

En los primeros días del mes de febrero de 1976 se inició la discusión de los estatutos y demás documentos relativos a la conformación de la Sociedad Anónima con representantes del socio extranjero y hacia finales del mismo año se logró un acuerdo que puede resumirse en los siguientes puntos:

- 1) Se sustituye el Contrato de Operación Conjunta por la forma con-

tractual de Sociedad Anónima, manteniendo los derechos y obligaciones de ambas partes;

2) Desaparece el Contrato de Operador suscrito con CONICOL. La nueva sociedad asume la operación del Proyecto;

3) Se suscribe un "Acuerdo de Accionistas" para incluir aquellos puntos que no pueden quedar en los estatutos;

4) Se mantiene el Comité Técnico como un derecho del socio colombiano, mediante la suscripción de un contrato entre ECONIQUEL y la nueva sociedad;

5) Se mantiene el contrato de servicios técnicos y administrativos con The Hanna Mining Company, el cual será transpasado a la nueva Sociedad;

6) ECONIQUEL y CONICOL traspasarán a la misma Sociedad Anónima, previa aceptación del Ministerio de Minas, los derechos y obligaciones sobre las concesiones de Cerro Matoso.

8.2 Tratamiento al Capital Extranjero y al Giro de Utilidades bajo la Nueva Forma Contractual.

La transformación contractual del Proyecto Cerro Matoso de joint operating agreement hacia Sociedad Anónima plantea algunas modificaciones sustanciales a situaciones establecidas sobre tratamiento al capital extranjero y al giro de utilidades derivadas del Proyecto.

El cambio del Contrato de Operación Conjunta (una modalidad de joint

operating agreement) por el Contrato de Sociedad, como marco jurídico de las relaciones entre el inversionista extranjero y el socio nacional, hizo necesario estudiar si los términos de las resoluciones 18 y 19 de 1974 eran aplicables a ambas formas legales de explotación.

En la Operación Conjunta, una sucursal de una sociedad extranjera (CONICOL) celebraba con una sociedad colombiana (ECONIQUEL) un contrato que regulaba sus relaciones para la explotación conjunta del Proyecto. Se trataba del denominado Contrato de Operación Conjunta, donde la sociedad extranjera y la colombiana desarrollaban, por así decirlo, actividades paralelas, aunque coordinadas, en la ejecución del Proyecto.

El Contrato de Sociedad supone, por su parte, los aportes de la sociedad extranjera y de la nacional al capital social, con miras a que una sola persona jurídica desarrolle el Proyecto. En este evento, la sociedad extranjera prescinde de la sucursal y hace directamente su aporte al capital del ente societario que se crea.

Las siguientes observaciones prueban que las Resoluciones 18 y 19 de 1974 contemplaban tan solo la hipótesis de la Operación Conjunta (o joint operating agreement), y no eran aplicables a una Sociedad Anónima:

a) No se puede otorgar derechos de giro a una Sociedad, pues el titular de esos derechos es siempre el inversionista extranjero;

b) La base de cálculo para determinar la cuantía máxima de los derechos de giro del inversionista extranjero no podía ser el concepto de base de inversión, ya que al realizarse el Proyecto a través del esquema de Sociedad los préstamos externos a largo plazo no los contrataría el inversionista extranjero sino la Sociedad colombiana. Como la Resolución 18 tenía en cuenta los préstamos externos para el cálculo del giro de utilidades en cabeza del inversionista extranjero, con la nueva forma contractual se hizo necesario plantear la nueva base y porcentaje a establecer para el giro.

En el caso de la Sociedad, el 14% del giro anual máximo ya no podría calcularse sobre la base de inversión, tal como lo preveía la Resolución 18 sino sobre ésta base de referencia disminuída en la cuantía de los préstamos externos a largo plazo, contratados por la Sociedad.

c) El artículo 1º de la Resolución 18, al expresar los factores que integran el concepto de base de inversión hacía alusión a:

"1.-Los aportes provenientes del exterior de propiedad de empresas extranjeras dedicadas a la industria de la minería, al capital asignado de la sucursal....."

Al desaparecer la sucursal, el aporte extranjero se hace al capital de una Sociedad constituída de acuerdo con las leyes colombianas y no al capital asignado a una sucursal.

Las razones expuestas revelan que el concepto de base de inversión y, por ende, las Resoluciones 18 y 19 del CONPES, estructuradas ba-

jo el esquema de la existencia de sucursales, con el agravante, en opinión de especialistas, de que confundían inversionista extranjero con empresa extranjera (Expresamente, la Resolución 19 se dictó para CONICOL, tomando como base la Resolución 18), no serían aplicables en adelante al cálculo de los derechos de giro del inversionista extranjero dueño de un aporte en una sociedad nacional 36/.

Equivalencia de los dos esquemas jurídicos, en materia tributaria.

Si bien el cambio del Contrato de Operación Conjunta (una modalidad de joint operating agreement) por el de Sociedad condujo a modificaciones en el régimen cambiario del Proyecto, frente a la legislación tributaria colombiana, el efecto de los dos esquemas jurídicos resultó equivalente según se desprende de las siguientes consideraciones a la luz de los Decretos 2053 y 2247 de 1974:

- i) En el joint operating agreement, la sucursal de la sociedad extranjera, sobre los ingresos que deriva del Proyecto, paga la tarifa de impuesto de renta --40%-- para estas sociedades.
- ii) A su turno, al transferir al exterior sus utilidades, la sucursal paga el impuesto complementario de remesas del 20% sobre el valor del giro;
- iii) Si la sociedad extranjera es dueña de un aporte en una sociedad colombiana, sus ingresos derivados del Proyecto estarían sujetos en

Cf. Documento DNP-1.386-UEI-ECONIQUEL, "El Proyecto de Níquel de Cerro Matoso", Bogotá, septiembre 3 de 1976.

la alternativa de la Sociedad Anónima a los siguientes impuestos de renta y complementarios:

La sociedad colombiana pagará el 40% de impuesto de renta y la sociedad extranjera el 20% sobre el valor de los dividendos recibidos, suma esta que se retiene en la fuente. No se causa en este caso el impuesto de remesas 37/.

Es de observar a este respecto que desde el punto de vista del tratamiento tributario dado por la legislación colombiana no había estímulos para optar por uno u otro esquema en especial, siendo dicho tratamiento equivalente. Cualquier consideración en materia tributaria que hiciese preferible una u otra forma contractual se refería a las normas legales del país de origen de la inversión extranjera.

37/ Hernández de Silva, Lucía, "Inversión Extranjera: Tratamiento Tributario", en Economía Colombiana, N° 159, julio de 1984.

9. Las Proyecciones Económicas Provisionales del Proyecto, antes del Estudio de Factibilidad Definitivo.

Entre marzo de 1973 y abril de 1975 fueron elaborados por lo menos cuatro proyecciones sobre lo que serían los resultados del Proyecto Cerro Matoso.

En todos ellos los ingresos se calculan con base en cotizaciones de mercado en la fecha correspondiente para el ferroníquel entregado en Pittsburgh, Pennsylvania (U.S.A.). El proceso consiste en una planta RKEF de una línea. Se supone minería selectiva para los primeros 10 años (3.4% níquel) y una planta con capacidad para 39.4 millones de libras de níquel en promedio durante 25 años. Los costos de capital y operación se basaron en todos los casos en estimativos de ingeniería originalmente preparados en agosto de 1972 --los cuales en opinión de funcionarios del Banco Mundial fueron cuidadosamente elaborados ^{35/}-- y fueron revisados paulatinamente para reflejar las condiciones en el momento de hacer la proyección. Solo con el estudio de factibilidad definitivo se realizaron nuevos estimativos de ingeniería.

De acuerdo con estas proyecciones financieras, entre marzo de 1973 y abril de 1975, el costo de la inversión requerida en el

^{35/} Cf. Concepto de Rex L. Bosson, Banco Mundial, sobre las proyecciones financieras del Proyecto Cerro Matoso, enviado a Julio Restrepo de León, Gerente de ECONIQUEL, el 5 de junio de 1974.

proyecto se elevó en un 42%, de US\$168.9 millones en la primera de las fechas citadas a US\$240.5 millones en la segunda, sin contar el capital adicional de operación (créditos para capital de trabajo), que se elevó de una cuantía de US\$12 millones a US\$23 millones en el mismo lapso (todo en dólares corrientes).

Es preciso anotar la modificación en un supuesto fundamental con relación a las propuestas elaboradas entre 1969 y 1973. La estructura del capital se postuló en todas las nuevas proyecciones con una relación deuda-capital de 80% - 20%, vale decir con elevados niveles de endeudamiento e incorporación de capital riesgo de solo 20%.

De esta manera, mientras el nivel de endeudamiento se postuló crecería en un 46% entre la primera y la cuarta proyección, el nivel al cual se incorporaría capital riesgo se postuló crecería en solo 29%, o sea en estas proyecciones económicas elaboradas por el socio extranjero se postuló en forma clara la necesidad de recurrir a fuentes externas de financiamiento cada vez en mayor medida y no esperar un gran esfuerzo de capitalización, con recursos propios de los socios. Se contempló asimismo un encarecimiento del crédito externo con el paso de una tasa de interés para los créditos del 9% en los 2 primeros al 11% en los dos últimos casos.

Estos supuestos, tuvieron importantes repercusiones sobre todo en los costos financieros y en la merma de los beneficios para los participantes. El rubro intereses durante la construcción se e-

leva en un 207% entre la primera y la cuarta protección. El rubro intereses pagados, por su parte experimenta un crecimiento de 88%. El efecto de ésta elevación de los costos financieros del proyecto se nota sobre la evolución del rubro "g/cia. antes de impuestos de renta y remesas" el cual cae en un 22%, de US\$420 millones a solo US\$329 millones. Como consecuencia, los impuestos de renta y remesa, los cuales se calculan en proporción del nivel del rubro anterior, caen en un 16% y con ello se cae un componente clave de la participación del Estado, la cual caería aún si las regalías percibidas por la CVS aumentaran ligeramente (en un 7.82) entre la proyección de marzo de 1973 y la de abril de 1975.

El mismo concepto ya citado emitido por Rex L. Bosson, de la división de proyectos industriales del Banco Mundial considera que "si bien la relación deuda-capital 50-50 sugerida por la Hanna para proyecciones financieras anteriores del Proyecto podría considerarse muy conservadora, pasar a un nivel superior a 70-30 sería algo bastante incierto y una relación 60-40 podría considerarse una solución más adecuada" 36/, en opinión del funcionario de la agencia crediticia internacional. El criterio básico para determinar la relación deuda-capital más adecuado para un proyecto minero es relacionarla con la capacidad de servicio de la deuda que tenga el proyecto mismo, para determinar la cual será indispensable confrontar ca-

36/ Cf. Rex. L. Bosson. Ibidem, p. 3 (traducción libre del autor de este estudio).

da nivel que se postule para la relación deuda-capital con el que se consideraría el escenario más desfavorable para la inversión (caída de los precios, aumento de los costos y recortes en la producción). Es claro que este tipo de ejercicios no fueron desarrollados y las proyecciones que recogemos en la Tabla XII para efectos comparativos de costos dejaban mucho que desear desde un primer momento (Bosson hablaba de alzas en algunos equipos mineros hasta del 35% que no fueron tenidos en cuenta en la primera de estas proyecciones) y en todo el período se trabajó con precios del níquel en aumento.

Los cambios en la estructura de la inversión y el efecto sobre el rendimiento proyectado de la misma se ven más claros en la Tabla XII A. El escenario para los rendimientos hace el Proyecto cada vez menos atractivo: cae paulatinamente el flujo de caja descontado en porcentaje y aumenta el número de años para recuperar inversión, de 9.4 años en la proyección de marzo de 1973 a 11.4 años en la proyección de abril de 1975, pese a la caída drástica de la tasa de retorno sobre la inversión total y sobre el patrimonio.

TABLA XII- PROYECTO CERRO MATOSO: PROYECCIONES COMPARATIVAS, 1973 - 1975

Planta RKEF de una línea-Precios e Impuestos Revisados a la fecha respectiva 136.
3.4% Niquel, los primeros 10 años.
(Cifras en US\$ 000)

<u>ESTADÍSTICA DE PRODUCCION</u>	<u>MARGEN TOTAL</u>		<u>MARGEN PROMEDIO</u>	
<u>ANUAL PROMEDIO</u>				
Ensaladas Métricas Secas a Proceso	18.336.000			733.440
Enor Promedio del Mineral	2.728			2.728
Libras de Niquel a Proceso	1.099.465 M			43.979 M
Nivel de Recuperación (en %)	89.6 %			89.6 %
Libras de Niquel Producidas (42% Producto)	965.601 M			39.424 M
<u>COSTO DE LA INVERSION</u>	<u>A Marzo de 1973</u>	<u>A Abril de 1974</u>	<u>A Noviembre de 1974</u>	<u>A Abril de 1975</u>
	<u>(Libro Amarillo)</u>	<u>(Libro Blanco)</u>		
Planta de Procesamiento e Instalaciones	US\$ 130.000	US\$ 145.000	US\$ 156.000	US\$ 172.000
Mina, Preproducción y Administración	24.596	30.100	30.800	32.500
Modificaciones a la Planta	1.700	1.925	2.070	2.350
Intereses durante la Construcción	9.350	19.725	32.000	28.700
Capital de Trabajo	3.300	3.800	4.130	4.950
Total	US\$ 168.946	US\$ 200.550	US\$ 225.000	US\$ 240.500
Capital Adicional de Operación	US\$ 12.000	US\$ 15.000	US\$ 20.000	US\$ 23.000
<u>ESTRUCTURA DEL CAPITAL</u>	<u>PARA EL TOTAL DE LA INVERSION:</u>			
Deuda 80% - (Tasa de Interés)	(9%)US\$ 131.778	(9%)US\$ 160.000	(11%)US\$ 180.000	(11%)US\$ 192.400
Capital Riesgo 20% - Nuevos Aportes	37.168	27.560	32.010	33.661
Avances realizados	—	12.990	12.990	14.439
Total Capital Riesgo	37.168	40.550	45.000	48.100
Inversión Total	US\$ 168.946	US\$ 200.550	US\$ 225.000	US\$ 240.500
Capital Adicional de Operación	US\$ 12.000	US\$ 15.000	US\$ 20.000	US\$ 23.000
	<u>MARGEN DE UTILIDAD TOTAL SEGUN PROYECCION:</u>			
	<u>De Marzo de 1973</u>	<u>De abril de 1974</u>	<u>De Noviembre de 1974</u>	<u>De abril de 1975</u>
<u>VALOR DEL PRODUCTO</u>				
F.O.B. Punto de Venta (*)	US\$ 1.379.841	US\$ 1.478.401	US\$ 1.744.514	US\$ 1.941.632
Menos: Fletes de Cartagena a todos los puntos de venta	51.645	93.932	111.570	112.359
Fletes Planta a Cartagena	17.050	18.234	20.008	20.008
Comisión de Ventas - 4%	55.197	59.136	69.781	77.665
Valor F.O.B. Planta	US\$ 1.255.949	US\$ 1.307.099	US\$ 1.543.155	US\$ 1.731.599
<u>COSTOS</u>				
Explotación y Descapote	US\$ 29.477	US\$ 34.111	US\$ 40.197	US\$ 53.129
Planta	337.748	411.148	547.020	629.881
Ciudadela	22.775	25.800	30.675	32.275
Sub-Total	US\$ 390.000	US\$ 471.059	US\$ 617.892	US\$ 718.285
Imprevistos - 10%	38.995	47.106	61.799	71.827
Costo Total de Operación	US\$ 428.995	US\$ 518.165	US\$ 679.691	US\$ 790.112
Gastos Generales y Costos Fijos:				
Regalías (CVS)	US\$ 50.826	US\$ 45.100	US\$ 49.441	US\$ 54.832
Impuestos Locales	32.225	38.675	44.800	52.800
Seguros Generales	13.400	15.400	17.650	18.825
Administración Bogotá	13.675	15.725	17.075	20.500
Comité Técnico	4.175	5.000	5.425	6.500
Administración y Servicios Técnicos	21.424	21.424	21.424	21.424
Costo Total de Operación Efectivo	US\$ 564.756	US\$ 659.489	US\$ 835.506	US\$ 964.993
Ganancias en la Operación	US\$ 691.193	US\$ 647.610	US\$ 707.649	US\$ 766.606
Depreciación	171.888	204.201	228.674	244.308
Intereses Pagados	100.107	139.879	176.231	187.913
Intereses Recibidos	5.220	3.391		
Ajustamiento Costos de Preproducción	4.512	4.593	5.157	5.500
Ganancia antes de Impuestos de Renta y Rencas	US\$ 419.906	US\$ 302.328	US\$ 297.587	US\$ 328.885
Impuestos de Renta y Rencas	186.448	133.501	142.383	157.278
Ganancia Neta Estimada	US\$ 233.458	US\$ 168.827	US\$ 155.204	US\$ 171.607

* Por lo general, cotizaciones del ferroníquel F.O.B. Pittsburgh, (EF.UU).

FUENTE : CONICOL-Material traducido y reorganizado por el autor para los efectos de este estudio (H.M.).

TABLA XII A - ESTRUCTURA Y RENDIMIENTO ESTIMADO DE LA INVERSION EN EL PROYECTO CERRO MATOSO
SEGUN PROYECCIONES COMPARATIVAS ELABORADAS ENTRE 1973 y 1975

(CIFRAS EN US\$1,000)

	Marzo de 1973	Abril de 1974	Noviembre de 1974	Abril de 1975
Inversión Total Prospectada	US\$ 168.946	US\$ 200.550	US\$ 225.000	US\$ 240.500
Capital Adicional Operación	12.000	15.000	20.000	23.000
% CONICOL	66 2/3%	66 2/3%	66 2/3%	66 2/3%
% ECONIQUEL (IFI)	33 1/3%	33 1/3%	33 1/3%	33 1/3%
Deuda (en %) - Capital riesgo (en %)	80% - 20%	80% - 20%	80% - 20%	80% - 20%
Tasa de interés para los préstamos	9%	9%	11%	11%
Relación Deuda-Capital	4	4	4	4
Ganancia antes de Imporrenta y Remesas	US\$ 419.906	US\$ 302.328	US\$ 297.587	US\$ 328.885
Ganancia Neta Estimada	233.458	168.827	155.204	171.607
Rendimiento de la Inversión:				
Retorno Anual sobre la Inversión Total	5.5 %	3.4 %	2.8 %	2.9 %
Retorno Anual sobre el Capital Riesgo	24.8 %	16.7 %	13.8 %	14.3 %
Flujo de Caja Descontado	11.75%	10.25%	9.0 %	8.75%
Años para recuperar la inversión	9.4	11	11.7	11.4

Fuente: Tabla de Proyecciones Comparativas.

10. El Estudio de Factibilidad Definitivo del Proyecto (junio de 1976)

A mediados de 1975 se terminó de efectuar la exploración del yacimiento por medio de perforaciones a cuadrícula de 50 metros. Las labores de perforación continuaron realizándose durante aquel año a cuadrícula de 25 metros en la zona rica del yacimiento, para programar mediante los resultados obtenidos la explotación de ésta zona, que se definió como la fuente inicial de mineral que se trata en la Planta Comercial. Al momento de ser elaborado el Estudio de Factibilidad Definitivo del Proyecto, se habían realizado aproximadamente 50 mil metros de perforaciones, lo cual había dado lugar a que se hubiesen hecho más o menos 20 mil análisis de muestras, efectuados en el laboratorio de Cerro Matoso y en los laboratorios de la Hanna en los Estados Unidos. Entre el 5 y el 10% de las muestras fueron analizadas también en laboratorios independientes con el fin de verificar los análisis del Operador. Todos estos trabajos sirvieron para probar los cálculos de reservas que incluye el Estudio de Factibilidad Definitivo y que se detallan junto con su programa de desmonte, en tres etapas, en las tablas XIII y XIV.

Durante los 5 primeros meses de 1975 se acometieron asimismo las notificaciones de la Planta Piloto de Riddle, para instalar los equipos correspondientes al proceso que se ha venido denominando RKEF, proceso que fue aprobado por el Consejo Directivo de la Ope-

TABLA XIII-CERRO MATOSO: CALCULO ACTUALIZADO DE LAS RESERVAS DE MINERAL

Reservas Probadas (con Dilución)

	Toneladas Métricas Secas											
		Ni	Co	Fe Total	MgC	SiO ₂	Al ₂ O ₃	P.P.C.	Fe ⁺²	C	S	Humedad
Distribución según Proceso:												
Etapas I a III (25 años):												
Etapa I	7.060.000	3,20	,053	13,80	14,79	47,45	1,93	9,06	3,2	,514	,048	24 %
Etapa II	5.252.000	2,72	,050	13,24	17,36	45,93	1,82	9,60	3,2	,377	,076	27 %
Etapa III	12.655.000	2,22	,074	18,83	12,90	41,64	2,96	9,58	3,4	,300	,037	29 %
Reserva total para 25 años	24.966.000	2.60	,063	16,23	14,37	44,19	2,43	9,44	3,3	,377	,048	
Etapa IV												
Mineral almacenado durante etapas I-III	5.795.000	1,74	,107	33,02	4,98	28,29	5,24	9,08	7,6	,440	,102	
Mineral en el fondo de la mina etapas I-III	9.072.000	1,64	,033	10,97	22,29	46,09	1,58	9,98	2,5	,192	,028	
Mineral afuera de los límites de la mina Etapas I-III	26.082.000	1,42	,056	17,56	16,53	40,76	2,88	9,71	2,2	,328	,044	
Total Etapa IV	40.949.000	1,51	,058	18,29	16,17	40,18	2,93	9,68	3,0	,314	,049	
GRAN TOTAL (Etapas I-III + IV)	<u>69.915.000</u>	<u>1,93</u>	<u>,060</u>	<u>17,51</u>	<u>15,49</u>	<u>41,70</u>	<u>2,74</u>	<u>9,59</u>	<u>3,1</u>	<u>,338</u>	<u>,049</u>	

Fuente: Bechtel, Estudio de Factibilidad - Proyecto Cerro Matoso, San Francisco, junio de 1976

TABLA XIV - CERRO MATOSO: PROGRAMACION DEL DESMONTE
DE LAS RESERVAS DE MINERAL (ETAPAS I - III)

	Toneladas Métricas Secas
Etapa I - Desmonte	4.587.000
*Talud (aprox.)	4.739.000
**Roce en el piso	155.000
Total	9.481.000
Etapa II - Desmonte	3.296.000
*Talud (aprox.)	1.596.000
**Roca en el piso	184.000
Total	5.076.000
Etapa III - Desmonte	15.561.000
*Talud (aprox.)	3.041.000
**Roca en el piso	833.000
Total	19.435.000
Total Etapas I, II y III	33.992.000

NOTAS: * Asumiendo en pendiente de 45°, espesor promedio del desmorte más el mineral, metros totales de frente desarrollado durante la etapa. No se toma en cuenta caminos de acceso.

** Asumiendo 1.4 toneladas secas/ m² de área superficial que se incorpora al proceso minero en la etapa.

Fuente: Bechtel, Ibidem, junio de 1976.

ración Conjunta para ser utilizado en el Proyecto. El Estudio de Factibilidad Definitivo describe el Proceso RKEF (Rotary Kiln Electric Furnace, v. gr., horno rotatorio eléctrico), desarrollado y comprobado por el Operador en dos programas de Planta Piloto. Una de las ventajas de dicho proceso, anota el estudio, radica en la reducción controlada del óxido de hierro, que limita la cantidad de hierro contenido en el metal producido.

Las primeras pruebas de Planta Piloto con éste proceso fueron realizadas en Fiskaa, Noruega en una planta que procesaba 350 kilos de mineral por hora. Posteriormente en las instalaciones del Operador en Riddle (Oregon, EE.UU.) se hicieron pruebas en una planta piloto, la cual tenía una capacidad de procesar dos toneladas por hora de mineral. El Estudio Definitivo de Factibilidad estimó en la Planta Comercial una recuperación del orden de 90% del níquel contenido en el mineral, basado en los resultados de la Planta Piloto.

El año de 1975 fue en consecuencia uno de notoria reactivación del Proyecto. Aunque inicialmente se había pensado iniciar la ejecución del Estudio de Factibilidad Definitivo del Proyecto, dos meses antes de la terminación de las pruebas de Planta Piloto, la Operación Conjunta, por diversas razones, optó por posponer esta iniciación para principios de 1976, con el fin de tener a disposición los resultados de dichas pruebas. En los primeros meses del año 1976, se terminaron exitosamente las pruebas metalúr-

gicas en la Planta Piloto localizada en Riddle (Oregon, EE.UU.), confirmándose la factibilidad técnica del proceso RKEF y obteniéndose criterios de diseño y operación. Con base en los resultados de los ensayos metalúrgicos, se efectuó durante el primer semestre del año el Estudio de Factibilidad Definitivo del Proyecto, necesario para intensificar las negociaciones de financiación y los contactos conducentes a la obtención de contratos de venta del producto. En dicho estudio participaron las siguientes entidades: el Operador, las firmas Bechtel de San Francisco (EE.UU) e Integral de Bogotá. Los precios del Estudio de Factibilidad Definitivo (el estudio), están en dólares de los Estados Unidos y pretenden reflejar los precios del primer trimestre de 1976.

El Proyecto consiste en Minería, la Planta y todas las instalaciones auxiliares necesarias para el procesamiento de aproximadamente 850.000 tons. de mineral por año, para producir en los años iniciales aproximadamente 50 millones de libras de níquel por año; la producción promedio de la Planta en los 25 años se fijó en 42 millones de libras de níquel por año. Las reservas calculadas hasta esa fecha con un tenor mínimo de 1.5% de níquel ascendían a 65'967.000 toneladas secas. Durante los 25 años de operación de la Planta, se extraerían para ser procesados según los estimativos del Estudio, 19'500.000 toneladas de mineral con un tenor promedio de 2.71% de níquel (Véase Tabla XIV, Programación del Desmonte).

La Planta quedó diseñada para procesar mineral en una sola línea. Sin embargo, en la distribución de los diferentes componentes de la Planta, se dejó la posibilidad de ampliar la capacidad instalando una segunda línea. El programa propuesto por el Estudio para la construcción de la Planta indicaba que serían necesarios 34 meses para el desarrollo de todas las actividades y estimaba que la Planta entraría en producción comercial en 1980. Cálculos optimistas, pues en los hechos el comienzo de la operación comercial solo ocurrió en octubre 1 de 1982.

El contenido del níquel en el ferroníquel fue fijado posteriormente. Pero como la expectativa era que estuviese en un margen entre el 35 y 40%, el Estudio consideró un producto de 37.5% de níquel contenido en el ferroníquel.

En el aspecto de ventas, el Estudio prospectó hacer un mercadeo de acuerdo con las condiciones mundiales del mercado del níquel y simultáneamente se gestionó con Hanna un contrato para que fuese el agente de ventas del 100% del producto de la Planta.

Hacia finales de 1976 la inversión realizada en el Proyecto ascendía a unos US\$20 millones. El Estudio estimó requerimientos de capital adicional por un costo aproximado de US\$250 millones. El gran componente de estos costos sería el renglón de equipos y repuestos, el cual representaba un 23.3% de los requerimientos adicionales estimados. Reflejando el alto componente de infraestructura de este Proyecto, dos renglones, el de facilidades y soporte para la cons-

trucción y el de ingeniería de Bechtel representaban en conjunto un 32.2% de los requerimientos adicionales prospectados.

Se prospectó para los 25 años un promedio de costos directos de operación en los cuales los de suministros pesaban un 49.5% (repuestos, pasta de electrodos, etc.), los de energía un 24.9% y los de combustible un 13.7%, los de nómina solo representaban un 11.9%.

La Tabla XV presenta el flujo de caja en 25 años para el Proyecto Cerro Matoso, tal como fue calculado para el Estudio de Factibilidad Definitivo.

Se destacan los siguientes aspectos:

1. La inversión se recuperaría en 7.4 años
2. El rendimiento anual de la inversión total, si esta fuera totalmente patrimonio sería de 10.2%.
3. El rendimiento anual del Patrimonio se calculó en un 27%.

Los acumulados totales que nos ofrece la Tabla para los 25 años nos hacen ver los siguientes resultados:

- Las ventas brutas serían de US\$ 2.281.899.000;
- Los costos totales ascenderían a US\$1.122.500.000, estando incluidos en este renglón unos imprevistos de US\$50.218.000

Si nos atenemos a los cálculos del Estudio de Factibilidad Definitivo del Proyecto, en cuanto a impuestos totales y utilidad neta en Colombia, la Operación Conjunta reportaría lo siguiente:

- El total de impuestos pagados por la Operación Conjunta (impues-

tos de renta, regalías e impuestos en la localidad de Montelíbano) llegaría a un total de US\$483.329.000;

-- La utilidad neta en Colombia para los socios de la Operación Conjunta alcanzaría a US\$676.076.070.

Si tenemos en cuenta lo que se pensaba recibiría ECONIQUEL por su participación en la Operación Conjunta más lo que recibiría el Gobierno por concepto de impuestos, la distribución de los totales sería como sigue:

-- ECONIQUEL y el Gobierno recibirían US\$708.686.000, lo que representaba un 61.1%.

-- y Hanna recibiría US\$450.718.000 lo que representaba un 38.9%.

Si esta distribución se hubiera cumplido, el Gobierno Colombiano con una inversión de 33 1/3% del total hubiera recibido por diversos conceptos el 61.1% contra el 38.9% que hubiera recibido Hanna para una inversión del 66 2/3%.

El Plan Financiero Propuesto

El Estudio de Factibilidad Definitivo del Proyecto proponía un esquema de financiación dentro del cual el aporte adicional de las partes --ECONIQUEL y CONICOL--, vale decir, el capital propio alcanzaría a US\$ 50 millones. De otro lado, se obtendrían créditos del Fondo Cafetero (lo cual era usual postular en la época de la denominada "Bonanza Cafetera") por US\$ 64 millones que representaban el componente

extranjero de equipos y materiales y de bancos comerciales se esperaba apoyo crediticio por US\$ 136 millones; lo cual elevaba el total de créditos para servir los requerimientos adicionales de capital a la suma de US\$ 200 millones. De manera que la relación deuda-capital se siguió postulando en niveles de 80%-20%.

Se aspiraba a que las entidades prestamistas internacionales aceptaran la inversión realizada hasta entonces por el "valor actual" de la misma. Es decir el valor en libros seguiría siendo de US\$20 millones, pero para efectos de presentación ante las entidades financieras internacionales se tomaría la cantidad de US\$50 millones.

Hacia finales de 1976 se habría descartado cualquier financiamiento proveniente del Fondo Cafetero y la suma de US\$ 200 millones a financiar se esperaba provendría de las siguientes fuentes:

Banco Mundial	US\$ 75 millones
Crédito de compradores de níquel.	US\$ 75 millones
Crédito de proveedores de bancos de exportación y créditos de bancos comerciales.	US\$ 50 millones
	<hr/>
TOTAL	US\$200 millones

El nuevo plan de financiamiento esbozado a finales del 76 planteó una serie de problemas nuevos para el desarrollo del Proyecto.

Como se indicó, se pensó en un préstamo de US\$75 millones del Banco

Mundial. Dicha entidad indicó inmediatamente que exigiría una garantía solidaria de los accionistas de la Sociedad. El Banco asimismo manifestó que una determinación final, respecto a garantías, dependería de la evaluación detallada del estudio de factibilidad. De acuerdo con el Decreto 150 de 1976 (Art. 119) el problema de la garantía de la Nación que exigía el Banco Mundial debería ser traído a la consideración del CONPES para que se determinara el tipo de contragarantías que deberían exigir a la Hanna Mining. Funcionarios de ECONIQUEL y el Banco Mundial iniciaron desde entonces reuniones en busca de una fórmula satisfactoria a los intereses del gobierno y lo menos complicada.

Financiación y mercadeo comenzaron a verse como dos aspectos íntimamente ligados entre sí, a propósito del nuevo plan financiero. Las agencias financieras internacionales manifestaron repetidamente que mientras no se tuviera asegurada la venta de gran parte del producto, sería prácticamente imposible culminar las gestiones de financiación.

ECONIQUEL pensó en un principio en suscribir un acuerdo de agencia de ventas mediante el pago de los costos (sin utilidad para Hanna) que la gestión de ventas ocasionare. Se percibió, en todo caso, con relación a este punto, que para obtener créditos de consumidores podía ser necesario ceder parte del patrimonio del Proyecto (o de la nueva sociedad que iba a ser conformada) y Hanna se mostró dis-

puesta a hacerlo cediendo parte de su interés en CONICOL.

En cuanto a los créditos de proveedores y de bancos comerciales se pensó en buscar los llamados "Préstamos sobre Proyectos" por no exigir garantías de los socios y por basarse en la credibilidad de que se cumplan los flujos de caja proyectados.

Finalmente, del aumento en \$50 millones en el patrimonio de la sociedad, correspondería a ECONIQUEL la tercera parte. Debido a la imposibilidad para que el IFI asumiera el compromiso de cubrir dichos requerimientos de capital se pensó en acudir a un préstamo externo de los llamados "Balloon Credit" que cobijara no solo el principal sino los intereses durante el período preoperativo (4 años) para consolidar todas las sumas y amortizarlas en 5 años cuando ECONIQUEL, según se pensaba, fuera financieramente autosuficiente. El mencionado crédito sería garantizado por el IFI 37/.

Tres Alternativas sobre Distribución y Giro de Utilidades:

Los documentos de la época sobre el Proyecto Cerro Matoso resaltan la diferencia entre el giro de utilidades propiamente tal y la repartición de utilidades de la empresa entre sus socios; el acuerdo a que lleguen las partes sobre repartición de utilidades determinaría cuanto sería el flujo de divisas a girar anualmente al extranjero. El

37/ Cf. Los detalles del plan financiero de Cerro Matoso en 1976 en DNP - 1.386-UEI-ECONIQUEL, Bogotá, septiembre 3 de 1976.

problema inicial era entonces el de la distribución de utilidades y definido este podían plantearse diversas hipótesis correspondientes a los distintos efectos sobre las sumas a ser giradas al exterior por la parte extranjera. Huelga decir que tanto el nuevo plan de financiamiento lo mismo que este ejercicio, como se verá al desarrollarlo inducían a pensar en la conveniencia de la sustitución del inversionista extranjero y en la disminución de su participación.

Las tres alternativas por la distribución de utilidades eran, planteadas en términos de las posibilidades que ofrecía el Proyecto hacia finales de 1976, las siguientes:

- 1) Dos tercios para el socio extranjero; un tercio para el socio nacional (siguiendo las reglas de participación en los derechos sobre el yacimiento y en la Operación Conjunta).
- 2) La participación de cada socio en las utilidades se determinaría según el capital registrado de cada uno de ellos al final de cada período.
- 3) El capital pagado se recuperaría con las utilidades de la compañía. La autoridad competente determinaría un rendimiento "normal" para la inversión y las ganancias que sobrepasaran este rendimiento se repartirían entre los socios de acuerdo con "convenio de reparto" que celebrarían. Este procedimiento es objeto de un rápido ejercicio por separado 38/

38/ Se siguen los lineamientos y conclusiones del documento DNP-1.386-UEI-ECONIQUEL, poniendo de presente que toda la argumentación y el plan de financiación propuesto conducían a plantear la sustitución del socio extranjero y la disminución de su participación.

La alternativa 2 presentaban sinnúmero de posibilidades dependiendo de la manera como el socio extranjero reembolsara su capital. Una de ellas era que el socio extranjero reembolsara anualmente el 4% de su aporte; es decir se pretendía que el 100% de su capital se hubiese reembolsado al final del período otorgado por el contrato (25 años). En este caso el capital social disminuía anualmente (posibilidad 2 - a).

Otra posibilidad (2 - b) podía plantearse pensando que aunque el reembolso de capital del socio extranjero también fuera del 4% anual, el socio Colombiano aumentara su capital en el mismo monto retirado por el extranjero. En este caso el capital social permanecía constante. Era importante saber, en este ejercicio, qué porcentaje de su capital registrado representaban las utilidades del socio extranjero para las distintas alternativas.

Las simulaciones efectuadas con cifras de finales de 1976 daban los siguientes resultados. Si la distribución de utilidades correspondía a la alternativa 1, las utilidades representaban un porcentaje de capital registrado que crecería desde un 0.6% al iniciar el Proyecto hasta un 27% al final del contrato alcanzando un máximo de 38% en el año 13.

Para la alternativa 2, los porcentajes variarían según las dos modalidades:

(2- a) el socio extranjero reembolsa anualmente el 4% de su aporte y el capital social disminuye anualmente en esa misma proporción: las

utilidades como porcentaje del capital registrado variarían desde 0.4% hasta 77%;

(2 - b) idem para el reembolso anual, pero el socio colombiano aumentaría su capital en el mismo monto retirado por el extranjero: las utilidades como porcentaje del capital registrado variarían desde 0.4% hasta 38%.

Cada una de las alternativas consideradas implicaba diferentes beneficios para el inversionista extranjero. La Tabla XVI indica el valor presente de las utilidades netas después de toda clase de impuestos, que se calculaba obtendría el inversionista extranjero dadas las diversas alternativas.

Obviamente la mejor alternativa para captar utilidades del Proyecto era la de transferir cada año 4% del capital del socio extranjero a la parte colombiana y repartir utilidades según participación de cada socio en el capital social (alternativa 2-b). Sin embargo, este procedimiento precisamente significaba utilidades netas bajas para el inversionista extranjero.

Si la tasa de descuento utilizada por el inversionista extranjero era del 20% entonces la inversión no parecía factible en términos económicos; si la tasa era del 15% la utilidad neta sería de solo US\$2 millones y si la tasa fuera del 10% entonces esta suma se elevaría a US\$29 millones.

Las alternativas (1) y (2-a) resultaban equivalentes para efectos

TABLA XVI - PROYECTO CERRO MATOSO :
 VALOR PRESENTE NETO DE LA INVERSION PARA EL INVERSIONISTA EXTRANJERO
 (Cifras a 1976, en Millones de US\$)

	Tasa de Descuento		
	<u>10%</u>	<u>15%</u>	<u>20%</u>
Alternativa (1) *	48.0	15.0	-5
Alternativa (2):			
Modalidad (a)	49.0	15.0	-4
Modalidad (b)	29.0	2.0	-14

* Los montos correspondientes a la alternativa (1) resultaban de suponer que no habrá reembolso de capital. Suponiendo que se permitiera a una tasa del 4% anual la utilidad sería la siguiente para esta alternativa: para 10%, US\$72 millones, para 15%, US\$32 millones y para 20%, US\$9 millones.

FUENTE: Documento DNP - 1.386-UEI-ECONIQUEL

prácticos, a saber: Un reparto de utilidades de la Sociedad de dos tercios (inversionista extranjero) / un tercio (inversionista nacional) y permitir que el inversionista extranjero girara únicamente estos dividendos era equivalente a repartir estas utilidades de acuerdo con la participación de cada socio en el capital social, adicionadas con el reembolso de su capital en un 4% anual. En el primer caso sería necesario permitir giros hasta por un 38% del capital del inversionista extranjero, mientras que en el segundo caso ese porcentaje se elevaría a 78% del capital registrado.

La alternativa 3 merece atención especial. Consistía en fijar una tasa de retorno "normal" a la inversión y recuperar tanto el capital invertido como el rendimiento normal establecido para esta inversión con las utilidades del proyecto en cada período. Cuando el capital por recuperar resultara superior a las ganancias del Proyecto, a aquella porción del capital no recuperado se le imputaría el retorno "normal", a fin de rescatar el capital que queda por redimir y obtener el rendimiento normal a la inversión con las utilidades del período siguiente; cuando la diferencia entre las utilidades y el capital por recobrar fuere positiva querría decir que se habría recuperado la inversión y recibido el rendimiento "normal" establecido para ella.

En base a la información de finales de 1976 para el Proyecto de Níquel de Cerro Matoso, se realizó una simulación para determinar las condiciones para la recuperación de la inversión de patrimonio y las

correspondientes a la inversión total. Se utilizaron diferentes tasas "normales" de retorno para la inversión y dos conjuntos de condiciones diferentes para la amortización de los préstamos.

En un escenario de condiciones favorables de amortización de los préstamos, se encontró con una tasa de retorno del 10% el patrimonio invertido se recuperaría al final del cuarto año de la operación del Proyecto, para una tasa del 15% se recuperaría en el quinto año y para una tasa de interés del 20% la inversión se recuperaría en el sexto año de operación del Proyecto.

La Tabla XVII sintetiza estos resultados, lo mismo que los obtenidos al considerar un sistema de amortización de préstamos menos favorable que el anterior caso en el cual, para tasas de retorno del 10%, 15% y 20% respectivamente, la inversión de patrimonio se recuperaría en los años 6, 7 y 9 de la vida del Proyecto.

De la confrontación de las dos series de resultados se deduce que entre mayor fuera la tasa de rendimiento "normal" mayor sería el número de años necesarios para recuperar la inversión realizada. (Véase Tabla XVII).

Las simulaciones mostraron asimismo que la fijación de tasas de retorno muy altas reducía el excedente disponible para ser repartido entre las partes, que podía surgir una vez recuperada la inversión de patrimonio, ya que gran parte de las utilidades se irían en recuperar el capital invertido y obtener el rendimiento normal a la inversión.

TABLA XVII - PROYECTO CERRO MATOSO:
 ESCENARIOS PARA LA RECUPERACION DE LA INVERSION DE PATRIMONIO
 (En base a cifras de finales de 1976)

	Tasa de retorno		
	10%	15%	20%
Años para recuperar el patrimonio invertido :			
1- Bajo condiciones favorables <u>a/</u>	4 años	5 años	6 años
2- Bajo condiciones menos favorables. <u>b/</u>	6 años	7 años	9 años

a/ Para encontrar los pagos de intereses y amortización se hicieron los siguientes supuestos :

- 1- Se tomaron 3 años de período de gracia para el préstamo del Banco Mundial y plazo de 15 años.
- 2- Para los créditos de consumidores no se tomó período de gracia; el plazo para este crédito se tomó como de 15 años.
- 3- Para los créditos de exportación se tomó un período de pago de 13 años.
- 4- Para los créditos de bancos comerciales se tomó un período de pago de 8 años.
- 5- Una tasa de interés del 9.5% anual para todos los préstamos.

b/ Se supuso que los préstamos recibidos deberían pagarse en un lapso de 12 años, sin período de gracia a una tasa de interés de 9.5% anual.

FUENTE: Documento LNP - 1.386 - UEI - ECONIQUEL, Bogotá, Septiembre 3, 1976.

Las simulaciones permitieron aconsejar como estrategia de negociación con el inversionista extranjero, en cuanto al reparto de utilidades, la búsqueda de un acuerdo en favor de la alternativa 3; de no ser posible se aconsejaba la alternativa (2-a), siempre y cuando se obligase al inversionista extranjero a reembolsar anualmente el 4% de su capital registrado; la alternativa 1, quedaría como tercera opción, en la cual no se permitía el reembolso del capital registrado.

La tabla XVIII muestra los principales movimientos cambiarios a que dan lugar los distintos escenarios y alternativas para recuperar la inversión de patrimonio, según lo expusimos en el texto, expresados en valores presentes. Aquí la tercera alternativa (2-b) aparece nuevamente como la más aconsejable al originar los menores niveles de giros al exterior para las distintas tasas de retorno supuestas.

TABLA XVIII - PROYECTO CERRO MATOSO : PRINCIPALES MOVIMIENTOS CAMBIARIOS, SEGUN LISTINTOS ESCENARIOS Y ALTERNATIVAS PARA LA RECUPERACION DE LA INVERSION DE PATRIMONIO, EXPRESALOS EN VALORES PRESENTES (En Millones de US\$).

	Tasa de retorno		
	10%	15%	20%
<u>Alternativa 1</u>			
Utilidades brutas, girables por el socio extranjero.	141,9	101,0	77,3
Capital Reembolsado	--	--	--
Remesas al Exterior, por reembolso de capital y giro de utilidades.	141,9	101,0	77,3
Impuesto por giro de utilidades.	<u>28,3</u>	<u>20,2</u>	<u>15,4</u>
Giros al exterior	113,5	80,8	61,8
<u>Alternativa (2-a)</u>			
Utilidades brutas, girables por el socio extranjero.	113,1	80,5	61,6
Capital reembolsado	24	17	13
Remesas al exterior, por reembolso de capital y giro de utilidades.	137,1	97,5	74,6
Impuesto por giro de utilidades	<u>22,6</u>	<u>16,1</u>	<u>12,3</u>
Giros al exterior	114,5	81,4	62,3
<u>Alternativa (2-b)</u>			
Utilidades brutas, girables - por el socio extranjero.	89,3	63,8	48,9
Capital reembolsado	24	17	13
Remesas al exterior, por reembolso de capital y giro de utilidades.	113,3	80,8	61,9
Impuesto por giro de utilidades	<u>17,8</u>	<u>12,7</u>	<u>9,7</u>
Giros al exterior	95,4	68,1	52,1

FUENTE : Documento LNP - 1386 - UEI - ECONIQUEL, Bogotá, Septiembre 3 de 1976, tablas 11 a 15, reorganizadas para los fines analíticos de este trabajo.

11. Desarrollo del Proyecto a partir de 1976.

11.1 Influencias del mercado mundial. La Financiación.

El segundo semestre de 1976 se caracterizó por una intensa actividad en la búsqueda de financiación, que se fue convirtiendo en un aspecto crucial para el desarrollo del proyecto y de acuerdos para la venta de ferroníquel. Paralelamente se adelantaron las actividades previas a la construcción, incluyendo pre-calificación de proveedores y contratistas siguiendo procedimientos del Banco Mundial, pre-selección de equipos, diseño de obras de infraestructura y estudios socio-económicos de Montelíbano. Se adelantaron también los trámites necesarios para la transformación de la Operación Conjunta a Sociedad Anónima, las negociaciones con EE.PP. de Medellín para el suministro de energía y la negociación del contrato de ingeniería, adquisiciones y administración de la construcción.

El receso económico mundial de 1975 afectó fuertemente el consumo de níquel. A finales de 1976 los inventarios en poder de los productores eran excesivos y la industria estaba en crisis, presentándose cierres de varias plantas. En estas circunstancias, las gestiones para la financiación de un nuevo proyecto de níquel se hicieron más difíciles, maxime de uno como Cerro Matoso en donde se hizo desproporcionadamente grande el componente deuda frente al componente capital de riesgo.

Avisados comentadores del acontecer económico han subrayado las dificultades para prever la baja que sobrevendría en las cotizaciones internacionales del níquel durante período tan apreciable como para afectar sensiblemente la viabilidad financiera de Cerro Matoso 39/. Si bien ello es cierto, dada la impredecibilidad de las tendencias de los precios internacionales de las commodities, haber detectado a tiempo ciertos factores negativos que comenzaron a pesar sobre el Proyecto hubiera contrarrestado, por lo menos en parte, la acumulación de errores que lo hizo tan inmanejable en sus desarrollos posteriores. Pensamos que las características de las proyecciones económicas previas al Estudio de Factibilidad definitivo no dejaban duda sobre varios hechos.

- (a) La escalada de los costos unitarios de la inversión.
- (b) Los requerimientos cada vez mayores en cuanto a financiamiento mediante deuda.
- (c) La inexistencia de recursos de crédito interno para proveer financiamiento, así en determinado momento se hubiese mencionado el Fondo Cafetero.
- (d) Dadas las nuevas condiciones del mercado a nivel internacional, y sus propias proyecciones sobre el Proyecto, la poca disposición de la Hanna para permanecer en el Proyecto. En estos años,

39/ Cf. Carlos Lleras Restrepo, " Lo bueno y lo malo del IFI", en El Espectador, diciembre 16 de 1984.

se pudo percibir, entre otras cosas, la carencia de fondos por parte de tal firma para satisfacer los requerimientos de inversión.

A finales de 1976, el Ministerio de Minas concedió otro aplazamiento para la iniciación de la construcción hasta septiembre 6 de 1977, en vista del tiempo adicional que se prevía necesario para finalizar las gestiones financieras.

El trabajo prosiguió durante 1977, pero fue obvio que las desfavorables condiciones del mercado del níquel no permitieron lograr acuerdos de venta del producto a largo plazo, ni una financiación que permitiera iniciar la construcción en el plazo previsto. En este período se hizo más evidente la voluntad del socio CONICOL - HANNA de no tomar riesgos adicionales, por lo que fue necesaria la búsqueda de inversionistas que sustituyeran en parte a Hanna-Conicoll y al mismo tiempo aseguraran la venta de ferroníquel.

Se consideró conveniente mantener a Hanna dentro del Proyecto, - así fuera con una participación minoritaria, teniendo en cuenta - la necesidad de contar con asistencia técnica y las dificultades y demoras que se derivarían de su brusca desvinculación. No obstante, Econíquel continuó la presión sobre el socio extranjero para establecer fecha de iniciación real de la construcción, aunque el período de construcción contractual comenzó a correr desde el 7 de septiembre de 1977.

Durante 1977, la evidente posición de la Hanna llevó a adelantar negociaciones con empresarios japoneses y holandeses para la venta del producto, financiación y participación en el Proyecto a través de adquisición de parte de los derechos de Conicol (Hanna). Se adjudicaron la ingeniería y fabricación de los equipos principales, críticos dentro del programa de construcción, se prosiguió con el trabajo de pre-diseño y de elaboración de procedimientos administrativos para la construcción, incluyendo la negociación del contrato de ingeniería con Bechtel Corp. Se iniciaron las negociaciones con ISA y CORELCA, entidades designadas por el Gobierno a fines de 1977 para suministrar la energía al Proyecto.

Después de intensas negociaciones, el grupo japonés con el cual se estableció contacto rompió conversaciones definitivamente a principios de marzo de 1978, debido a problemas políticos y económicos internos. Fue entonces cuando la empresa holandesa, Billiton International (filial del grupo Royal Dutch Shell) expresó su firme intención de participar con un 35% de la inversión y en comprar el 100% del producto. Los términos del contrato respectivo fueron acordados a principios de junio de 1978 después de largas negociaciones entre las partes y, obviamente, de consultas con las Juntas Directivas de Econíquel y del IFI.

11.2 El Contrato de Comercialización con la Billiton.

El contrato de venta del 100% de la producción de ferroníquel implica que Billiton se compromete firmemente, a su riesgo, a tomar y pagar todo el ferroníquel que se produzca durante el período de 12 años contados a partir de la fecha de iniciación de la producción. Billiton recibiría el producto al precio del mercado internacional menos un descuento que se iniciaría con un 6½% si dicho precio fuere de US\$ 2.00 por libra de ferroníquel o menos y decrecería proporcionalmente a medida que el precio aumentara hasta estabilizarse en 5% cuando el precio de la libra de níquel fuere igual o mayor de US\$ 5.00.

Los términos del contrato de sociedad, así como los de los contratos accesorios (acuerdo de accionistas, contrato de Comité Técnico y contrato de asistencia técnica) fueron también acordados por las partes : Econíquel, Billiton y Hanna.

12. Misión de Evaluación del Banco Mundial. (Marzo, 1978)

Por su parte el Banco Mundial envió a Colombia su Misión de Evaluación durante la última semana de marzo de 1978, con el compromiso de producir un informe en junio o julio del mismo año. Paralelamente a lo anterior, se adelantan negociaciones con bancos comerciales para la obtención de la financiación restante, (unos US\$ 120 millones, según los planes financieros de la época).

La construcción de la planta, con un plazo previsto de 34 meses, se iniciaría tan pronto estuviere disponible la financiación, lo cual dependería, a su turno, de que las entidades financieras internacionales encontraran adecuado el contrato de venta de níquel a largo - plazo y de que se hubiese suscrito un contrato que asegurase el suministro de energía, cuyo costo representaba para el Proyecto, a las tarifas de entonces el 40% del total de los costos de operación.

En resumen, la situación a Junio de 1978 era la siguiente:

- (a) En relación con la sociedad ejecutora del proyecto se acordó la participación de un nuevo socio, Billiton (filial del Grupo Shell) quien tomaría el 35% de las acciones; Econíquel participaría con un 45% y Conicol (Hanna) con un 20%. Los contratos de sociedad, acuerdos de accionistas, de Comité Técnico y de Asistencia Técnica fueron convenidos.
- (b) En cuanto a mercadeo del ferroníquel se llegó a un acuerdo con Billiton para que ésta compañía, mediante un contrato con vigencia de 12 años a partir de la fecha de iniciación de la producción comprara el 100% de la misma. Los términos de dicho contrato fueron convenidos por entonces.
- (c) En materia de financiación se iniciaron negociaciones de un - préstamo con el Banco Mundial que accedió en principio a prestar hasta US\$ 80 millones, con garantía del Gobierno Colombiano.

Con bancos comerciales de New York se iniciaron gestiones para un préstamo hasta por US\$ 120 millones.

- (d) En lo tocante con el suministro de energía eléctrica, y de acuerdo con lo decidido por el Gobierno Nacional en Liciem bre de 1977, se decidió discutir los términos de un contrato con Corelca una vez estuviera adjudicados y en ejecución los contratos para construcción y suministro de equipos de la línea de interconexión con la Costa Atlántica, lo cual - se esperaba que ocurriera en el curso de pocos meses.

La Financiación del Proyecto y el paso a Sociedad Anónima.

A finales de 1977, ECONIQUEL aumentó su participación en el Proyecto Cerro Matoso hasta un 40% quedando CONICOL con el 60% restante. Esta composición porcentual del capital se acordó, en principio, para facilitar la creación de una sociedad anónima, que se denominaría Cerro Matoso S.A., 40/ con una estructura comercial y jurídica distinta, para la fase de operación, a toda la armazón contractual del joint operating agreement (Véase cuadro anexo : Síntesis de la Evolución Contractual del Proyecto Cerro Matoso).

Según lo proyectado por esa época, el endeudamiento del proyecto se pensaba ascendería a los mismos US\$ 200 millones, sobre una inversión total requerida de US\$ 270 millones, lo cual suponía una relación deuda - capital para el Proyecto de 74% - 26%. De los US\$ 70 millones que aportarían los socios como capital directo en Cerro Matoso S.A., US\$ 20 millones ya habían sido invertidos por entonces. De los US\$ 50 millones adicionales de capital directo, a ECONIQUEL correspondería según la nueva distribución del capital un 40% (o sea, US\$ 20 millones).

Se continuó gestionando el crédito por US\$ 80 millones con el Banco Mundial, el cual comenzó a hacer parte definitiva del plan financiero del proyecto.- Sobre la porción restante que era indispensable conseguir mediante crédito, comenzaron a ocurrir variaciones de acuerdo con las posibilidades de participación en el Proyecto de inversionistas que sustituyeran parcialmente a

40/ Memorando de Fernando Láz Bueno, Gerente de Econíquel Ltda., al Minha-cienda, Alfonso Palacio Rudas, de Febrero 13 de 1978.

la Hanna. Las conversaciones con un grupo japonés que se perfilaba como posible inversionista hizo pensar en el siguiente plan de financiamiento hacia finales de 1977 :

TABLA XIX - PROYECTO CERRO MATOSO: PLAN DE FINANCIAMIENTO (FINALES DE 1977).

(Cifras en Millones de US\$)

<u>Prestamista</u>	<u>Cuantía</u>	<u>Plazo.</u>	<u>Garantía</u>
Banco Mundial	US\$ 80m [*]	12 años (4 de gracia)	Gobierno Colombiano
Grupo Japonés	US\$ 13m	12 años (4 de gracia)	Sin.
Bancos Comerciales	US\$107m	10 años (4 de gracia)	Accionistas Extran- jeros.
	US\$ 200m		

* Por estatutos del Banco Mundial, el préstamo de US\$ 80 millones requería la garantía del gobierno colombiano.

Bien pronto, hacia marzo de 1978, se modificó tanto la proyección de costos del Proyecto, como la estructura del capital y el plan de financiamiento. El costo del Proyecto se calculaba en US\$ 275 millones, de los cuales US\$ 200 millones provendrían de créditos internacionales suministrados - así: US\$ 80 millones por el Banco Mundial y los restantes US\$ 120 millones por bancos comerciales, el EXIMBANK de EE.UU. y proveedores de equipos. La variación al plan de financiamiento consistía en un aumento del renglón capital y préstamos de socios que ahora ascendería a US\$ 75 millones. En las nuevas circunstancias la relación deuda - capital se alteraría a 72.7% - 27.2%. Por la misma época, la estructura del capital acordada para la sociedad estaba definida por el acuerdo logrado con la Billiton para parti

cipar como nuevo inversionista en el Proyecto, por la decisión de aumentar la participación de Econíquel (ahora hasta un 45%) y de disminuir la de Conicol (Hanna), en principio a solo un 20%. La Tabla XX muestra el plan de financiamiento y la estructura de capital acordada para el proyecto hacia julio de 1978:

TABLA XX - PROYECTO CERRO MATOSO: ESTRUCTURA DEL CAPITAL Y PLAN DE FINANCIAMIENTO, (Julio de 1978).

(a) ESTRUCTURA DEL CAPITAL (Comparación con la proyectada hacia finales de 1977) :

	<u>Finales de 1977</u>	Marzo 1978	
		<u>En Millones</u>	<u>En %</u>
<u>Participación Nacional</u> :	40%	33.75	45%
Econíquel	40%		45%
<u>Participación Extranjera:</u>	60%		55%
Conicol	60%	15.00	20%
y Otros			
Billiton	--	26.25	35%
	<u>100%</u>	<u>75.00</u>	<u>100%</u>

(b) PLAN DE FINANCIAMIENTO:

	<u>Millones</u>	<u>US\$</u>
- Capital y préstamos de socios	75	
- Préstamos Banco Mundial.	80	
- Préstamos bancos comerciales, EXIMBANK y proveedores de equipo	120	
TOTAL		US\$275

FUENTE : LNP - Informe sobre el Proyecto de Níquel de Cerro Matoso, julio de 1978. Se consultó las secciones III y IV.

Capital de Garantía y Garantía de los Préstamos.

Además de lo anterior se convino entre los socios (Econíquel, Billiton y Conicol) establecer un capital de garantía hasta por US\$ 125 millones - para cubrir eventuales sobrecostos del Proyecto. Las entidades financieras internacionales, tanto el Banco Mundial como los bancos comerciales-prestamistas, exigieron dicho capital de garantía (o "complexion guarantee").

Además del mencionado capital de garantía, las entidades financieras internacionales exigieron como requisito "sine qua non" la suscripción de un contrato de venta a largo plazo por un 75% al menos de la producción que garantizara la viabilidad económica del Proyecto. Exigieron además que el Proyecto dispusiera de un contrato de asistencia técnica con una firma de experiencia en el campo del níquel (vale decir, la renovación de los contratos de servicios administrativos y técnicos suscritos con la Hanna, los cuales en efecto fueron suscritos por Cerro Matoso S.A., en agosto 20 de 1979). Mencionaron así mismo los bancos comerciales la posibilidad de exigir para sus préstamos una garantía real (prenda o hipoteca). Tanto los bancos comerciales como el Banco Mundial solicitaron también la pronta suscripción de contratos que aseguraran el suministro de energía y gas en forma adecuada. El Banco Mundial, por su parte, exigió por sus normas estatutarias, garantía del Gobierno de Colombia.

Problemas creados por la menguada capacidad de inversión de ECONIQUEL.

Por ser Econíquel una empresa creada por el IFI exclusivamente para participar a nombre del Gobierno en el Proyecto de Cerro Matoso, no contaba

con recursos distintos de los que el mismo Instituto le suministrara en forma de capital o de préstamo. Econíquel asumió el compromiso de aportar una suma adicional de aproximadamente US\$ 26 millones, los cuales solicitó al IFI.

Tampoco el IFI contaba con tales fondos debido a su menguada capacidad de inversión y decidió acudir, entonces, al crédito externo para cumplir tan ingente compromiso.

En enero 25 de 1978, el Instituto de Fomento Industrial (IFI), invitó a varios bancos extranjeros de reconocida importancia a participar en la financiación requerida para efectuar su aporte de capital en ECONIQUEL, bajo las siguientes condiciones:

1. Monto : US\$ 28 millones;
2. Moneda : Dólares de los Estados Unidos de América;
3. Plazo total: 10 años;
4. Periodo muerto de capital e intereses: 7 años;
5. Amortización: 4 cuotas anuales iguales al final de los años 7^o, 8^o, 9^o y 10^o;
6. Tasa de interés fija: 9% anual;
7. Desembolso: entre agosto y octubre de 1978;
8. Jurisdicción: Leyes y tribunales de la República de Colombia.

Analizadas las ofertas presentadas, la Junta Directiva del Instituto consideró como la más favorable la enviada por el Crédit Commercial de France,

cuyas condiciones eran :

Monto : Hasta US\$ 30 millones.

Plazo Total : 8 años, prorrogables por otros 2

Período de gracia : 4 años

Amortización : 5 cuotas semestrales de US\$ 2 millones, 4 de US\$ 2.5 millones y US\$ 10 millones prorrogables por 2 años.

Interés : 1.1/4% S/LIBOR para los primeros 2 años

1.3/8% S/LIBOR para los siguientes 6 años

Tasa de mercado a corto plazo S/LIBOR para el saldo prorrogado.

Comisión de compromiso ; 1/4% a partir de los dos meses de la firma.

Comisión de Manejo : 1% Flat.

Otros Gastos : Legales, etc., hasta US\$ 50.000.00.

Jurisdicción : Leyes y tribunales colombianos.

Prepagos : Permitidos a partir del 4o. año.

De otra parte, el Credit Commercial de France ofreció un crédito puente a dos años, por US\$ 30 millones, interés de 7/8% S/LIBOR, comisión de compromiso del 1/4% con gastos fijos de US\$ 50.000.00, así como la facilidad de otorgar avances a corto plazo dadas las necesidades inmediatas de capital del Proyecto, avance que se cancelaría al consolidar el préstamo a su legalización.

Cabe anotar que este préstamo no exigiría la garantía del Gobierno Nacional, la que de otorgarse conduciría a una posible rebaja en sus tasas de interés.

Servicio de la Deuda e Ingresos del Gobierno.

La Tabla XXI muestra una simulación del déficit acumulado del IFI por el pago del préstamo del Crédit Commercial de France frente a sus ingresos derivados de las utilidades de Econíquel, con participación nacional en el capital del 45%, así como los ingresos acumulados del Gobierno Nacional por concepto de regalías e impuestos pagados por el Proyecto y por Econíquel en los primeros 10 años de la operación. A la información presentada en dicha tabla se le deben hacer las siguientes observaciones:

1. De los ingresos de ECONIQUEL se tomaron US\$ 500.000.00 por año, correspondientes a costos de administración (remuneración del Comité Técnico, etc.).
2. Los dividendos del IFI se calcularon deduciendo un 10% para reserva legal y un 40% para impuestos, sobre la base de los ingresos netos de ECONIQUEL.
3. La amortización del préstamo del Crédit Commercial de France se proyectó de acuerdo a la forma indicada atrás, asumiendo la refinanciación por 2 años de los US\$ 10 millones que se deberían al final del octavo año. Los US\$ 788.000 a pagar en 1979, corresponderían a US\$ 350.000 de comisiones de manejo y US\$ 437.500 por intereses del avance que por US\$ 10 millones se proyectaba contratar con el mismo banco antes de la legalización del préstamo.
4. El Instituto no disponía de recursos distintos a los generados por el Proyecto, para la amortización del crédito. De tal forma, del total de pagos, US\$ 52.9 millones, el Instituto podía atender US\$ 26.9 mi-

TABLA XXI - PROYECTO CERRO MATOSO: Servicio de la Leuda e Ingresos del Gobierno

(US\$ 000)

AÑO	1979	1980	1981	1982	1983	1984	1985	1986	1987	1988	1989	1990	1991
	-3	-2	-1	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10
Ingresos													
* Dividendos Netos Econíquel	-	-	-	-	2.635	5.665	7.150	7.779	8.441	8.468	9.723	9.878	4.934
Dividendos IFI	-	-	-	-	1.423	3.059	3.861	4.201	4.558	4.573	5.250	5.334	2.664
Servicio Deuda													
Intereses y comisión	788	2.775	2.775	2.813	2.813	2.531	2.156	1.758	1.289	821	352	-	-
Abonos Principal	-	-	-	-	2.000	4.000	4.000	5.000	5.000	5.000	5.000	-	-
Total Servicio Deuda	788	2.775	2.775	2.813	4.813	6.531	6.156	6.758	6.289	5.821	5.352	-	-
Saldo IFI	-1.288	-3.275	-3.275	-3.313	-1.390	-3.472	-2.295	-2.557	-1.731	-1.248	- 102	5.334	2.664
Saldo Acumulado IFI	-1.288	-4.563	-7.838	-11.151	-12.541	-16.013	-18.308	-20.865	-22.596	-23.844	-23.946	-18.612	-15.948
Ingresos Gobierno													
Impuestos Proyecto	-	-	-	-	4.644	9.132	11.334	12.265	13.246	13.286	15.145	15.376	8.050
Impuestos Econíquel	-	-	-	-	949	2.039	2.574	2.800	3.039	3.048	3.500	3.556	1.776
A. Total Impuestos	-	-	-	-	5.593	11.171	13.908	15.065	16.285	16.334	18.645	18.932	9.826
B. Acumulado Impuestos	-	-	-	-	5.593	16.764	30.672	45.737	62.022	78.356	97.001	115.933	125.759
C. Regalías	-	-	-	262	1.910	3.004	3.184	3.320	3.493	3.367	3.752	3.870	2.164
D. Acumulado Regalías	-	-	-	262	2.172	5.176	8.360	11.680	15.173	18.540	22.292	26.162	28.326
Total Ingresos (A+C)	-	-	-	262	7.503	14.175	17.092	18.385	19.778	19.701	22.397	22.802	11.990
Total Acumulado (B+D)	-	-	-	262	7.765	21.940	39.032	57.417	77.195	96.896	119.293	142.095	154.085

* Menos US\$ 500.000 de Gastos Administrativos por año.

FUENTE : Estudio de Factibilidad Definitivo del Proyecto, 1976; Revisado agosto 1977 y julio de 1978.

llones con las utilidades provenientes de ECONIQUEL, produciéndose un déficit acumulado de US\$ 23.9 millones al año octavo.

5. Al año octavo los ingresos del Gobierno Nacional ascendería a US\$ - 97.0 millones por impuestos del proyecto y de ECONIQUEL. Cabe anotar que se generarían adicionalmente US\$ 22.3 millones por regalías, para un gran total de US\$ 119.3 millones en pagos al Gobierno.

Al cuarto año de operaciones, y únicamente por concepto de impuestos, ingresarían al fisco US\$ 30.7 millones, suficientes para cubrir el dé fic it del Instituto por la atención total de la deuda.

Definiciones sobre Garantías.

Las modificaciones anotadas, ocurridas en la estructura del capital y en el plan de financiamiento del Proyecto exigieron una serie de definiciones de parte del CONPES si se buscaba lograr la meta de iniciar la produc ción, ya por entonces prospectada para el año 82.

El CONPES debía pronunciarse sobre la forma como el Gobierno respaldaría al IFI a fin de que éste pudiera comprometerse en el crédito externo a lar go plazo que era indispensable contratar para llevar a cabo la necesaria capitalización de ECONIQUEL. Debido a que el IFI no disponía de fondos - para atender al servicio de la deuda, especialmente durante los años im - productivos del Proyecto, se recomendó que el Gobierno le aportara a ese Instituto las sumas necesarias para atender los compromisos de pagos de - intereses. Hay que aclarar sobre este punto si finalmente se utilizó el Presupuesto Nacional para proveer estos recursos al IFI en los años 79 y 80.

El problema de las garantías se planteó en dos sentidos :

1. El respaldo que el Gobierno debía dar al IFI y a ECONIQUEL para que estos pudieran comprometerse en el porcentaje (45%) que les correspondía en la suscripción del capital de garantía por cuantía de - US\$ 125 millones. Se recomendó a este respecto autorizar al IFI para asumir este compromiso, como en efecto se hizo.

2. El segundo tema fué relacionado con la garantía que otorgaría el Gobierno al Banco Mundial. El Decreto 150 de 1976, Art.119 estableció: "De las Garantías que puede dar la Nación. La Nación sólo podrá garantizar obligaciones de personas públicas o de sociedades de economía mixta en las que el Estado posea el cincuenta y uno por ciento (51%) o más de su capital social, salvo los casos en que se constituyan contra-garantías a juicio del Consejo de Política Económica y Social" (se subraya la parte pertinente al caso). En el capital de Cerro Matoso - la participación del Estado, a través de Econíquel sería del 45%. Es por ello que debía definirse por parte del CONPES que tipo de contra-garantías se exigirían en caso de que se accediera a garantizar el préstamo del Banco Mundial.

Para tomar una decisión a ese respecto debió tenerse en cuenta en primer término, los cambios en el esquema básico del Proyecto en relación con la participación de los socios :dada la nueva estructura del Proyecto definida entre 1977 y 1978, ECONIQUEL representaba los intereses del Estado, dueño del subsuelo,Hanna Mining aportaba la tecnología y Billiton asumiría el -

mercadeo en un tramo crucial (los primeros 12 años). Obviamente, al constituirse la Sociedad Anónima, cada uno de los socios aportaría el capital en el porcentaje que le correspondiera, así como también aportaría lo correspondiente en el capital de garantía (US\$ 125 millones).

Por otra parte el Gobierno recibiría una comisión por la garantía que otorgara al Banco Mundial. Dicha comisión, según exigencia del propio banco, debía equivaler (con el fin de no subsidiar el proyecto con tasas preferenciales) a la diferencia entre la tasa de interés del mercado (10% por entonces según el banco) y la tasa de interés que cobraría el Banco Mundial por su préstamo (del 8%). Esto equivalía a US\$ 1.6 millones por año. Para llenar las exigencias del Decreto 150 de 1976 se sugirió que el Gobierno solicitara como contragarantía, además de la pignoración de las acciones de ECONIQUEL, garantías hipotecarias y prendarias.

Nueva Definición sobre el registro de Capital y el Derecho a Giro de los Socios Extranjeros (Resolución 27).

Sobre remesa de utilidades de los socios extranjeros.--

El espíritu que inspiró la Resolución No. 18 de 1974 del CONPES fué el de permitir al inversionista extranjero, dándole una base de inversión ampliada, el giro de la totalidad de las utilidades al exterior.

La mencionada Resolución 18 debía ser modificada de todas formas puesto que fué concebida para un inversionista extranjero actuando dentro de un "joint venture", en el cual las nociones de capital y préstamos tienen -

una significación distinta a la que adquieren en el caso de una Sociedad Anónima.

La nueva figura definía socios extranjeros actuando dentro de una sociedad colombiana. No podía concebirse, en consecuencia, una definición de Base de Inversión incluyendo préstamos como se hizo en la Resolución 18.

El nuevo socio, Billiton, manifestó que se requería una mayor flexibilidad en las disposiciones que regían el giro de utilidades para el caso del níquel, a fin de evitar que parte de ellas permanecieran dentro del país sin posibilidad de remesarlas al exterior.

Los asesores gubernamentales sugirieron al CONPES adoptar un régimen tal que permitiera el giro de la totalidad de las utilidades al exterior pero no así el reembolso anticipado del capital como lo autoriza la Resolución 18 de 1974.

Tal régimen permitiría el giro de todas las utilidades, que en el caso de Cerro Matoso se recibirán como dividendos, autorizando el reembolso al exterior del capital registrado sólo al terminar la vigencia de la concesión sobre el yacimiento (25 años en el caso de Cerro Matoso).

Para evitar el registro como capital de sumas inadecuadamente pequeñas, el Departamento de Planeación señalaría, en cada caso específico, la relación mínima entre capital y endeudamiento de la sociedad en la cual participaría el socio extranjero.

En concordancia con estas exigencias y aspiraciones de los socios extranjeros de la futura Cerro Matoso S.A., se dictó la Resolución 27 (14 de julio de 1978), originaria del CONPES, la cual regula para el caso específico del níquel, en el aspecto cambiario :

1. El derecho de remesa sobre :
 - Dividendos
2. El derecho de reembolso de capital :
 - Cuando los inversionistas extranjeros vendan sus acciones (inversión extranjera directa)
 - Cuando ocurran ganancias de capital como resultado de la venta de acciones.

La Resolución 27 dice en su artículo 2o : " Los inversionistas extranjeros (accionistas de sociedades colombianas dedicadas a la explotación de yacimientos de mineral de níquel y a su beneficio) tendrán derecho a remesar al exterior en divisas libremente convertibles, previo el pago de los impuestos correspondientes, los dividendos recibidos de las empresas receptoras y los que estas les abonen en cuenta".

La frase " y los que estas les abonen en cuenta" poco agrega al objetivo de la Resolución 27 de garantizar el libre derecho de giro para los inversionistas extranjeros participantes en el Proyecto de Níquel. Se incluyó en el texto de la Resolución como una transacción del lado del capital extranjero participante en Cerro Matoso S.A., ante la imposibilidad de incluir en el texto cualquier frase relacionada con " sumas disponibles", a la manera

de la Resolución que rige los aspectos cambiarios del Contrato carbonífero de EL CERREJON. Pero sucede que dentro de la figura de Sociedad Anónima no hay concurrencia de "sumas disponibles" para los socios en particular, por conceptos distintos a los dividendos. La concurrencia de "sumas disponibles" (v.gr., por depreciación y agotamiento)*, en el caso de una sociedad da origen a la constitución de reservas de la sociedad solo distribuibles a través de utilidades. Sucede algo distinto al caso de joint operating agreement (y obviamente al caso de sus modalidades, un contrato de Operación Conjunta o un contrato de Asociación, como se configuraron para el caso del níquel entre 1970 y 1979, y para el caso del carbón de EL CERREJON) en los cuales las "sumas disponibles" que concurren, además de los dividendos, son disponibilidades directas de la SUCURSAL. En sociedad, el socio extranjero solo recibe dividendos.

La concurrencia de "sumas disponibles" en el caso de una sociedad tiene ciertamente un efecto tributario al aumentar el nivel de las utilidades repartibles y en consecuencia el monto de los dividendos susceptibles de ser remesados.

(*) El Decreto Legislativo Número 2310 de 1974 (octubre 28) define como se determina la deducción por agotamiento.

13. Sustitución de la Inversión Extranjera y Constitución de Cerro Matoso S.A.

En enero de 1979 el LNP estudió los acuerdos entre los socios prospectivos de la sociedad Cerro Matoso S.A., para participar en la inversión adicional requerida por el Proyecto y en el compromiso asumido con los prestamistas internacionales, con los cuales se estaban adelantando las gestiones de financiación, de aportar al Proyecto - hasta US\$ 125 millones adicionales a los US\$ 75 millones anteriormente mencionados, para garantizar la terminación del Proyecto. Tal inversión se asumió, desde luego, como enteramente contingente, vale decir, no estaba previsto que fuera necesario gastar dicha suma para completar el Proyecto, pero, en caso de serlo (como en efecto - ocurrió), era un compromiso de las partes aportarla. Dicha suma - (o " capital de garantía", como se le denominó) se compondría de la siguiente forma, de mantenerse la estructura del capital convenida - entre 1977 y 1978 :

	Participación en el capital.	Monto del aporte al "Capital de Garantía ".
	(US\$ Millones)	
ECONIQUEL	45%	US\$ 56.2 mn
BILLITON	35%	US\$ 43.7 mn
CONICOL	20%	<u>US\$ 25.0 mn</u>
		US\$125.0 mn

El acuerdo entre los accionistas de Cerro Matoso S.A., logrado en enero del 79 con relación al monto de los aportes al " capital de - garantía", aprobado por el LNP ese mismo mes, inició la sustitución de CONICOL como socio extranjero del Proyecto. En efecto, se decidió

que CONICOL, una vez hubiera suministrado los primeros US\$ 6.5 millones de los US\$ 25 millones prospectados como aportes al "capital de garantía" podía dejar de incorporar sumas adicionales y en este caso BILLITON tenía la obligación de suministrar el resto (hasta US\$ 18.5 millones). Esto implicaría que, en relación con la inversión contingente, si bien los inversionistas extranjeros aportarían el 55% de la misma, el monto de la contribución de cada cual oscilaría entre un mínimo de US\$ 43.75 millones y un máximo de US\$ 62.25 millones en el caso de BILLITON y un mínimo de US\$ 6.5 millones y un máximo de US\$ 25 millones en el caso de CONICOL.

El acuerdo de los tres inversionistas de Cerro Matoso S.A., protocolizado en enero de 1979 con la aprobación de su plan de inversión - (la adicional requerida hasta US\$ 75 millones y los aportes al "capital de garantía") contemplaba también sobre la forma de inversión que una parte de la misma se haría a cambio de acciones de capital (equity) y otra revestiría la forma de deuda subordinada, es decir, se aportaría no a cambio de acciones sino en forma de créditos documentados en pagarés. Dichos pagarés no devengarían ningún interés y, por su carácter subordinado, los respectivos créditos, pagaderos en dólares, solo podrían ser amortizados cuando las entidades internacionales que iban a financiar parte del Proyecto dieran su aprobación. En principio, se acordó que de los US\$ 75 millones a que se ha venido haciendo referencia, US\$ 25 millones corresponderían a capital suscrito y pagado de Cerro Matoso S.A., y US\$ 50 millones a préstamos su

bordinados. Esta forma de inversión, denominada deuda subordinada, debe examinarse en sus implicaciones como un instrumento típico de las multinacionales para disminuir el monto de los impuestos de ren-
ta que eventualmente pueda captar el país receptor de la inversión.^{41/} Obviamente, en el caso de la inversión extranjera en Cerro Matoso, - el tema es relativamente reciente y solo hasta ahora se está viendo en sus dimensiones y no se ha hecho, que se sepa, ninguna inferencia sobre tal tipo de implicaciones.

El 12 de marzo de 1979 se constituyó Cerro Matoso S.A.(*) con participación de ECONIQUEL (45%), BILLITON, subsidiaria de Royal Lutch Shell, (35%)y CONICOL (Hanna) (20%), y a partir de entonces el Proyecto se - fué reestructurando en base a los acuerdos mencionados. Una vez se completó un monto de aportes de capital por parte de los tres socios en cuantía de US\$ 107.7 millones, el socio CONICOL no volvió a hacer aportes por encima de los US\$ 21.5 millones ya aportados y a partir de ese momento BILLITON, el nuevo socio extranjero, tomó la parte co-
rrespondiente a CONICOL, hasta completar los aportes por un total de US\$ 200 millones; ECONIQUEL mantuvo su participación del 45% (US\$ 90 millones).

El Proyecto fué terminado el 10. de abril de 1982, casi 12 años des-
pués de la renegociación del contrato de concesión original y 6 años

* Sociedad constituida mediante Escritura Pública # 1.250 de esa fecha, otorgada por la Notaría Séptima del Círculo de Bogotá.
^{41/} Para una discusión teórica sobre los problemas de la deuda sobordina-
nada, véase Gillis, Malcolm & Beals, Ralph, Tax and Investment Policies for Hard Minerals, pp. 140 y 141 especialmente.

después de elaborado el Estudio Definitivo de Factibilidad para el mismo. No se ha estimado el costo de tan monumentales retrasos pero es útil recapitular de nuevo sobre la escalada de los costos de inversión total, según se muestra en la siguiente tabla :

TABLA XXII - MONTO DE LA INVERSIÓN EN CERRO MATOSO (Comparación entre las proyecciones y la inversión total al término del Proyecto).

<u>Estudio</u>	<u>Monto</u>	<u>Producción Anual</u> <u>(Millones de libras de Níquel)</u>
Junio 1969	US\$ 87.5 millones	37.5 millones
Julio 1976	US\$270.0 millones	42.0 millones
Agosto 1977 <u>a/</u>	US\$275.0 millones	42.0 millones
Abril 1, 1982	US\$400.0 millones	50.0 millones <u>b/</u>

a/ El Estudio Definitivo de Factibilidad, de junio de 1976, fué actualizado en agosto de 1977.

b/ La capacidad teórica de la planta es 50 millones de libras, pero el presupuesto original para 1984 de producir 40 millones de libras tuvo que ser rebajado a solo 33 millones de libras.

Como se desprende de los datos de la Tabla XXII, entre junio de 1969, fecha en la cual se realizó el primer estudio de factibilidad del Proyecto Cerro Matoso y abril 1o. de 1982, fecha en la cual fué concluído, el monto de la inversión subió de solo US\$ 87.5 millones hasta US\$ 400 millones, vale decir, casi 5 veces más, en dólares corrientes. La situación es aún más gravosa si se tiene en cuenta que el costo del Proyecto actualmente sobrepasa los US\$ 600 millones, alejando las perspectivas de que se acerque al punto de equilibrio, por los menos a mediano plazo 42/.

42/ Cf. Carta de Sergio Restrepo Londoño, Gerente del IFI, a Carlos Martínez Simahan, Ministro de Minas y Energía, mayo 7 de 1984.

Financiación para Construcción y Montaje.

Los créditos para el proyecto de Cerro Matoso S.A., fueron negociados durante 1979 y los contratos correspondientes se firmaron en diciembre del mismo año. El total comprometido a través de diferentes préstamos fué de US\$ 225.6 millones repartidos así :

<u>Entidad Prestamista</u>	<u>Monto del Crédito</u> <u>(US\$ millones)</u>
Chase Manhattan Bank (como líder de un grupo de bancos)	US\$ 120.0
Banco Mundial	US\$ 80.0
Eximbank (parte de bancos co- merciales).	US\$ 12.8
Eximbank (parte directa)	<u>US\$ 12.8</u>
Totales..	US\$ 225.6

A principios de 1982, el CONPES estudió los progresos en el desarrollo del proyecto y analizó las condiciones del mercado de níquel. En esa oportunidad, se vió la necesidad de obtener una financiación para los primeros años de producción. Así pues, con el objeto de cubrir défi-
cits de operación, debidos a la menor producción durante los dos pri-
meros años, a los bajos precios del níquel en el mercado internacional y a las altas tasas de interés, Cerro Matoso S.A, obtuvo con el Chase Manhattan Bank una ampliación del crédito concedido por un grupo de -
bancos, de US\$ 120 millones a US\$ 150 millones, con una ampliación de dos años en el período de repago de la deuda, rebajando los de los pri-
meros años y aumentando los de los últimos.

Como requisito para llevar a cabo esta operación los bancos exigieron el apoyo de los accionistas con aportes de capital o préstamos subordinados - hasta por US\$ 44.6 millones, en caso de que el proyecto tuviese déficit de operación en los 10 años siguientes. EL IFI se comprometió previa autorización del CONPES (Febrero de 1982), a contribuir con US\$ 22.5 millones. La Hanna Mining Co. se abstuvo de participar en el apoyo financiero dada su situación económica del momento. Los US\$ 44.6 millones, en forma de préstamo subordinado, fueron aportados por el IFI y por BILLITON y los desembolsos se efectuaron antes del mes de agosto de 1983.

De acuerdo con la operación de refinanciación antes planteada, la estructura de Cerro Matoso S.A., quedó a abril de 1984, así :

<u>Entidad Prestamista</u>	<u>Monto</u> <u>(US\$ Millones)</u>
Chase Manhattan Bank (como líder de un grupo de bancos)	US\$ 150.0
Banco Mundial	US\$ 80.0
Eximbank (parte de bancos comerciales)	US\$ 12.8
Eximbank (parte directa)	US\$ 12.8
<u>Deuda Subordinada</u>	
IFI	US\$ 22.5
Billiton International Metals.	US\$ 22.1
Subtotal	<u>US\$ 300.2</u>
CAPITALIZACION	<u>US\$ 252.9</u>
Total	<u>US\$ 553.2</u> =====

FUENTE : IFI, "Situación de Cerro Matoso S.A." , Memorando de Mayo 7 de 1984.

14. Comienzo de la Operación Comercial.

Durante los dos años largos que la planta lleva de funcionamiento, pues la operación comercial se inició el 1° de octubre de 1982, las actividades de Cerro Matoso S. A. han marchado contra todos los pronósticos.

Primero fueron desvirtuados los vaticinios del Staff Appraisal Report del Banco Mundial, elaborado en 1979, por los desalentadores resultados financieros del Proyecto en su primera fase. Este hecho sirvió de base a los analistas de la Contraloría General de la República para opinar que las grandes diferencias entre los estimativos del Banco Mundial en 1979 y los resultados reales del proyecto mostraban que éste fue inconsistente en sus cálculos, elaborados con el propósito de obtener el crédito de US\$ 80 millones concebido por ese organismo internacional. Sostiene la Contraloría que el precio, los ingresos de ventas netas y el volumen de producción se sobreestimaron y, en otro sentido, los costos de producción y financieros se subestimaron.

La Nación no solo es garante del empréstito por US\$ 80 millones con el Banco Mundial, sino que el IFI ha invertido como contribución - directa más de US\$ 116.6 millones y ha contribuido con un préstamo subordinado de US\$ 22.5 millones. El crédito con el Banco Mundial representa el 31.3% de la financiación externa recibida por el Proyecto.

A junio de 1984, el endeudamiento externo del Proyecto con saldos morosos ascendía a US\$ 162,8 millones y dichos saldos morosos a US\$ 12.4 millones (*).

Fallaron las proyecciones del Staff Appraisal Report del Banco Mundial en las cuales se estimó que el promedio anual de crecimiento de la demanda del níquel ascendería al 5% entre 1978 y 1985 consideró vulnerable el Proyecto si el precio del níquel caía por debajo de US\$ 2.08 / lb durante el período 1982-1984, aunque percibió remota esta hipótesis. El Banco Mundial trabajaba con una muy optimista serie de precios, como se desprende de los estimativos contenidos en el "Appraisal Report" elaborado por esa entidad en 1979:

Estimativos de Precios del Níquel hechos por el Banco Mundial
en 1979 - (US\$/lb, FOB Cartagena)
-Contenidos en el "Appraisal Report" para Cerro Matoso-

	1981	1982	1983	1984	1985	1986	1987
US\$ constantes de oct./78	2.23	2.37	2.47	2.56	2.67	2.67	2.67
US\$ corrientes	2.62	2.96	3.27	3.61	3.99	4.22	4.45

3.29

(*) Información del Banco de la República.

TABLA XXIII - CERROMATOSO S.A. EVOLUCION DE LAS OPERACIONES COMERCIALES (1982-1985)

Año	Producción (Mill. de libras)	Utilización planta <u>a/</u>	Exportaciones (Tons.)	Valor Exportaciones (US\$ miles)
1982	<u>b/</u>		1.700	2.153
1983	28	56	32.520	55.382
1984	35	70	35.867	66.298
1985*	40	80	38.000	70.000

a/ Para 1983 y 1984 habría que tener en cuenta un rendimiento efectivo de planta de solo 85% aproximadamente de la capacidad teórica (50 millones de lbs/año), en tanto entraron en operación las instalaciones complementarias que permiten obtener el pleno rendimiento de planta (v.gr., planta para producir ferroníquel granulado, etc.).

* Las cifras para 1985 son estimativos.

Nota: Las ventas para el mercado interno se presentaron solo en dos años, 1983 y 1984, en los cuales se vendieron 3.5 y 44.8 tons. respectivamente a ese mercado.

Fuente: Cerrromatoso S.A.

La evolución real de los precios del níquel muestra una tendencia opuesta a predicciones tan optimistas. Los precios del "Appraisal Report" son por lo demás precios FOB Cartagena, los cuales alcanzan por lo general niveles entre 85-88% del precio CIF.

En promedio el precio del níquel en el Mercado Internacional ha bajado de US\$ 3.08/lb., en 1980, a US\$ 3.05/lb., en 1981, US\$ 2.-33/lb en 1982, US\$ 2.18/lb., en 1983 y un promedio de US\$ 2.16 - US\$ 2.18/lb en 1984.

Los informes preliminares del US Bureau of Mines (USBM) indican un 6% de crecimiento en la producción mundial de níquel en 1984. Sin embargo, los recortes en la producción se tradujeron en una caída dramática en las existencias en la LME (London Metal Exchange) -de cerca de 30.000 a solo 7.000 ton. métricas- y una cierta recuperación en los precios para 1985, se piensa que la continuación de tales recortes en el presente año elevaría las cotizaciones promedio al contado en la LME hasta un nivel de US\$2.-35/lb. Pero todos estos pronósticos moderadamente reconfortantes podrían irse a pique si la Unión Soviética -el mayor productor mundial- reinicia ventas de proporción considerable en la LME.

El cuadro XXIII muestra la evolución de las operaciones comerciales de Cerro Matoso S. A. en el período 1982-1985. El 28 de noviembre de 1983, el horno eléctrico de la planta sufrió un daño

ocasionado por el desgaste prematuro del sistema refractario. Dicho daño determinó un paro de 8 semanas, con una disminución de la producción de 6 millones de libras de níquel y un menor valor de los ingresos por ventas de níquel, de aproximadamente US\$ 12.000.000 y pérdidas por costos fijos de US\$ 5 millones.

Los niveles de producción alcanzados, con porcentajes de utilización de la capacidad teórica de planta entre el 56 y el 70% distan enormemente de los proyectados en el "Appraisal Report" del Banco Mundial o en las proyecciones contenidas en el informe conjunto del Min-minas, DNP y Cerro Matoso S. A. elaborado en 1982 para el cálculo de regalías.

Según se desprende de la "Proyección de los Estados Financieros y Flujos de Fondos" (estimativos a mayo de 1984), entre los cálculos hechos en 1979 y estas proyecciones más recientes hay significativas diferencias. Con costos de producción estimados para 1984 en US\$ 58.1 millones, el Proyecto vio crecer este rubro en un 25.2% frente a los estimativos del Banco Mundial en 1979. De mayor significación fue la variación en los costos financieros frente a los estimativos de 1979. Para 1984 éstos alcanzaron a US\$ 28.5 millones aproximadamente, lo cual representó un aumento del 56.6% en este rubro frente a lo que se pensaba llegaría a representar - según los cálculos hechos en 1979. El año pasado se calculó que el solo costo financiero por devaluación ascendía a un 22.6% del

total de la deuda contraída por el IFI, por cuenta de Cerro Matoso S. A., a 30 de abril de 1984.

El pronunciamiento de la Contraloría General de la República ^{43/}, así contenga algunas imprecisiones sobre el alcance de los compromisos asumidos por el Estado en el Proyecto Cerromatoso, tuvo la gran virtud de llamar la atención de la opinión pública sobre las deficiencias operacionales de la empresa y las exigencias que ellas implican, en buena parte sobre los recursos del Estado colombiano, socio del proyecto, y garante de deudas con entidades internacionales, dada la estructura contractual del Proyecto.

En 1984, los técnicos del IFI calcularon que, dados ciertos supuestos, con base en los cuales se tendrían costos fijos de operación de US\$ 34 millones, costos variables de US\$ 0.71 por libra de níquel y costos financieros de US\$ 28.5 millones para ese año, ello daría un punto de equilibrio por año de US\$ 3.67 por libra de níquel y teórico, a plena capacidad y a precios constantes de 1984 de US\$ 2.58. Estos cálculos, elaborados de acuerdo con los resultados de la operación de los últimos meses de 1983, daban para la producción estimada para el año 1984, un costo unitario de

^{43/} Cf. Contraloría General de la República, "Proyecto Cerromatoso S. A. ", en Informe Financiero, septiembre de 1984, pp. 23 y 24.

US\$ 1.75 por libra de níquel. Para el año próximo, cuando se espera que la planta habrá superado enteramente sus problemas técnicos y hayan culminado las instalaciones complementarias, el nivel de producción podría llevarse hasta plena capacidad y el costo unitario sería de US\$ 1.39 por libra de níquel.

Lo anterior se traduce en un factor ampliamente favorable para el Proyecto pues como se desprende de comparaciones internacionales recientes ^{44/} colocaría a Cerromatoso S. A., entre las operaciones mineras más eficientes a nivel internacional, en un quinto lugar que podría mantener a través de todo el período entre 1983-1990, pues aún pasando de una producción acumulada ligeramente superior a las 150.000 toneladas hasta una producción acumulada de aproximadamente 225.000-235.000 toneladas, vale decir con un aumento de la producción acumulada de un 53.3%, el índice de los costos operativos en efectivo sólo se modifica muy ligeramente desde un nivel de 65 a uno de 68.

Son entonces factores de otra índole los que pesan en contra de un desempeño exitoso de Cerromatoso S. A., y los que pueden malograr los efectos esperados de tan favorable posición comparativa en -

44. Cf. Las comparaciones internacionales elaboradas por Robert G. Telewiak, las cuales aparecen en su trabajo "International Competitive Position of Canadian Nickel", en The International Minerals Scene, Ontario, Canada, 1984.

cuanto a costos de operación. Tales factores negativos podrían - enumerarse como sigue:

1. Los gravosos contratos de asesoría técnica que generan pagos muy elevados (más de US\$ 4 millones durante 1983, y una solicitud de US\$ 7 millones para 1984), en los cuales el contratista parece actuar sin una definición clara de responsabilidades.
2. Un esquema de financiamiento que, ante los déficits operativos, se traduce en la refinanciación constante y en gravosas cargas para los entes públicos participantes en la Empresa y para el Estado mismo (ya ha sido indispensable recurrir al Fondo de Garantías), en etapas cruciales del Proyecto.
3. Un contrato exclusivo de comercialización sobre el cual no existe información ni control para la parte nacional sobre los márgenes financieros y los beneficios de oportunidad en el mercado que él genera.
4. Unas regalías pactadas con base en factores fácilmente manipulables por los intereses que controlan el Proyecto. Luego del tanteo con una fórmula de regalías mínimas entre el Ministerio, el DNP y la empresa, en octubre 5 de 1984, el señor gerente del IFI, doctor Sergio Restrepo Londoño reveló

1947
1947
1947

que "se estudia una fórmula alterna que permita reducir las regalías". Una solución pronta a este problema bien vale la pena intentarla: dependiendo de estimativos más ciertos del Proyecto, se puede distribuir en el tiempo un equivalente de lo que se espera recibir en x número de años a través de la fórmula originalmente pactada.

Pero ya lo anunciamos en la Presentación de esta amplia sección sobre el Tema de la Contratación Minera, que habremos de volver sobre muchos de estos puntos, en otros escritos, dándoles más elaboración o proyectándolos en sus implicaciones.

1728
PROPIEDAD
Sección de Regulación
de Tarifas y Energía

