

MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA

CONCESION MINERA

IEC

1985



INSTITUTO DE ESTUDIOS COLOMBIANOS

348.3
I59n
1985
V. 3 y. 1

CONSORCIO

PROPIEDAD
Sección Documentación
y Divulgación
DE TIEMPO Y ENERGIA
INTEGRAL
INGENIEROS CONSULTORES

287
(286-292)

240.

las extensiones máximas del área de explotación, las causales de caducidad *
1/, la renuncia a la reclamación diplomática, el contenido de los informes anuales de explotación y la reversión.

Es éste un tratamiento adecuado, dado que el régimen aplicable a la industria extractiva no puede señalarse por la vía general; por el contrario, supone una reglamentación específica para cada mineral, que es realmente inexistente a pesar del fundamento normativo contenido en el artículo 8º de la ley 20 de 1969, en virtud del cual el Gobierno debe clasificar los yacimientos sometidos al régimen de concesión.

No obstante, se reitera la necesidad de replantear las normas sobre reversión (artículo 132 del decreto reglamentario

1/ Sobre causales de caducidad ver Consejo de Estado Sala de lo contencioso Administrativo, sección tercera, sentencia de octubre 1º de 1982, Consejero Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo, Anales del Consejo de Estado nos. 475-476, Tomo 103 Ps. 128 s.s.

* Estas causales están sometidas al poder normativo unilateral del Estado. Ello significa que si bien las partes pueden incluir las causales previstas por la ley y pactar otras, las nuevas que contemple el ordenamiento jurídico cobijan contratos celebrados con anterioridad.



INSTITUTO DE ESTUDIOS COLOMBIANOS



241.

1275 de 1970), a fin de convertirla en un mecanismo que permita a la Nación adquirir infraestructura minera verdaderamente útil allí donde ella sea necesaria, o enfatizar en otros aspectos de la contratación, cuando los requerimientos de equipos y obras no sean esenciales para el desarrollo de proyectos posteriores.

La falta de una reglamentación para la actividad extractiva según el mineral de que se trate, hace del Estatuto Minero un marco amplio para el manejo de los aspectos contractuales de la concesión. En efecto, según las normas vigentes, podrían pactarse en cada caso los mínimos de producción; los procedimientos técnicos que las dos partes (no sólo el concesionario) consideren adecuados, y los mecanismos para llevarlos a la práctica; los índices de transformación del mineral extraído y la proporción de inversión por unidad de área concedida.

La amplitud de la negociabilidad de una concesión supone eficiencia en las autoridades que intervienen en su forma-



ción; si ella se obtiene, la concesión constituye un mecanismo realmente ágil para el desarrollo minero.

d. El control de la Concesión Minera *
El sistema jurídico vigente prevé que el control sobre los trabajos de montaje y explotación que supone la concesión minera, se realice mediante informes periódicos que el concesionario debe enviar al Ministerio de Minas. Se trata de un sistema que, aunque no descarta la posibilidad de visitas de confirmación por parte de funcionarios del ministerio, deja de lado la interventoría directa, no siempre necesaria pero fundamental sobre todo en caso de grandes explotaciones o de exploraciones que revisan especial interés para el Estado.

e. Aspectos formales de la Concesión **

-
- * Se trata aquí del control que ejerce el concedente sobre el concesionario para verificar el cumplimiento de las obligaciones a su cargo. Al respecto ver el decreto 1275 de 1970 en sus artículos 98, 104, 105, 237, 249, 250 y 251.
- ** A propósito se deja de lado en este punto lo relacionado con la competencia para firmar o aprobar el contrato. Se trata de un asunto que interesa más a la parte institucional del Plan de Desarrollo Minero.



INSTITUTO DE ESTUDIOS COLOMBIANOS



INSTITUTO DE ESTUDIOS COLOMBIANOS



243.

La concesión minera difiere poco de la generalidad de los contratos administrativos, en cuanto hace relación con su forma: debe ser escrito, en ciertos casos someterse a la revisión del Consejo de Estado (artículo 17 del decreto 3050 de 1984 y artículos 253 y 254 del Código de lo contencioso Administrativo) y publicado en el Diario Oficial. Sin embargo, no se contempla en ningún caso la revisión por parte del consejo de Ministros y se impone la obligación de elevarlo a escritura pública.

Con relación a este último requisito no sobra aclarar que si bien es costoso, tiene su origen justificado en que la concesión versa, en el fondo, sobre el uso y goce de un inmueble que es el yacimiento. No obstante, este enfoque, de profunda raigambre civilista, queda desvirtuado por la ausencia de un registro de derechos mineros. De ahí que se pueda aconsejar su supresión en favor de los principios de economía y celeridad que deben regir la gestión de la Administración.

El control de legalidad por parte del Consejo de Estado es necesario e incluso, para ciertas concesiones de especial importancia, se recomienda combinarlo con el que ejerce del Consejo de Ministros, la conveniencia de la negociación.

Otro aspecto formal que llama la atención en el análisis del Estatuto Minero, se refiere a la necesidad de celebrar un contrato especial para cada una de las substancias que se pretende explotar. Si bien aparece claro que la extracción de cada uno de los minerales impone de un régimen jurídico diferente, ello no se opone a la "celebración" de un contrato que comprende todo el yacimiento, discriminando las diferentes condiciones económicas y técnicas a que pueda estar sometida cada una de las substancias elegidas. Por el contrario, se facilitaría así que la Nación unifiqué y racionalice los métodos de extracción, transformación y procesamiento de la mina y se economizaría tiempo y dinero en la tramitación del acto mismo de concesión, así como en los informes y demás actos de vigilancia sobre la ejecución de la explotación.



- Aspectos prácticos de la Concesión *

La forma como se interpretan y aplican actualmente las normas sobre concesión hace énfasis en las ritualidades que garantizan la oportunidad de terceros a oponerse al otorgamiento de un derecho de explotación, y ubica en un segundo plano las perspectivas que se abren al interés de la Nación de imponer condiciones para otorgar derechos. Ello, debido en cierta forma al enfoque que se le da a la licencia de exploración, como mecanismo de acceso garantizado a la condición de concesionario.

Esto resulta claro en la práctica actual del Ministerio, que emplea frecuentemente formatos preestablecidos y uniformes para las concesiones mineras, dentro de las cuales hay espacios en blanco que se llenan con el nombre del concesionario, la extensión del área otorgada y el mineral o los minerales que han de extraerse, así como los índices mínimos de producción.

* La concesión minera ha ofrecido amplias posibilidades de negociación aún antes del Estatuto Minero tal como se muestra en la evolución de las negociaciones de Cerromatoso S.A. Al respecto ver Anexo I y Héctor Melo "Negociaciones y contratos. Estudios de Caso: El níquel de Cerromatoso" en Estudios para la Formulación del Plan Nacional de Desarrollo Minero, Bogotá, 1985.



CONSORCIO
INSTITUTO DE ESTUDIOS COLOMBIANOS



INSTITUTO DE ESTUDIOS COLOMBIANOS



246.

2.4. -RECOMENDACIONES GENERALES

La concesión minera es un instrumento jurídico a través del cual el Estado puede obtener beneficios sociales, económicos o tecnológicos fácilmente identificables, beneficios que no pueden generar sino las medianas y grandes empresas mineras. Se recomienda, por ello, desarrollarla como el mecanismo para negociar la explotación de yacimiento que se presenten a esta clase de explotaciones.

Asimismo, se recomienda que su tamaño se determine por medio de factores múltiples, tales como la riqueza del yacimiento, el tenor de los minerales, la dificultad de extracción, las posibilidades de transformación, y se deje como característica secundaria el área concedida.

Asimismo, es importante replantear la relación licencia de exploración-contrato de concesión, y abrir paso a la teoría de la prelación sobre la del derecho adquirido, asegurándose de que ello no constituya un desestímulo innecesario a la inversión de los particulares.

Las posibilidades de negociación que permiten las peculiares características



de la concesión minera imponen, de otra parte, que se contemplen en cada caso las ventajas, cualquiera sea el orden de ellas, que el Estado aspire a obtener de la explotación del yacimiento que concede.

En la misma forma, es necesario que el Estado señale, por la vía de los decretos reglamentarios, el régimen general de exploración y explotación de cada mineral, con miras a darle contenido al aspecto unilateral de la concesión.

Debe aclararse que el Estado no puede adquirir, por virtud de la reversión del yacimiento, ninguna de las obligaciones adquiridas por el concesionario frente a terceros.

Además, es indispensable replantear los mecanismos de control, tanto sobre la formación de la concesión como sobre su ejecución.

Por último, no sobra recomendar que el Estudio para la Formulación del Plan Nacional de Desarrollo Minero se reflexiona sobre las características mismas de la concesión mine-



INSTITUTO DE ESTUDIOS COLOMBIANOS



INSTITUTO DE ESTUDIOS COLOMBIANOS

CONSORCIO



248.

ra y evalúe su similitud con el contrato de concesión que en la actualidad maneja el Derecho Administrativo. En efecto, parece ser que el contrato en virtud del cual la Nación dá a un particular el derecho de explotar un yacimiento no corresponde a la concesión de servicios o de otros bienes del Estado, lo cual puede llevar a un tratamiento confuso del tema que puede evitarse sentando legalmente los elementos de la esencia y la naturaleza de un negocio jurídico que emplea la Nación para la explotación contractualizada de sus yacimientos.

3. EL PERMISO

3.1. Antecedentes

La figura del permiso fué creada por el decreto legislativo 2514 de 1952 como un estímulo para el desarrollo de la pequeña minería, mediante la unificación total de la exploración y explotación que en el contrato de concesión entonces vigente formaban claramente dos etapas. Como minerales explotables a través de este sis



INSTITUTO DE ESTUDIOS COLOMBIANOS

CONSORCIO



249.

tema, se seleccionaron los señalados en los literales c) y d) del artículo 4º del Código Fiscal, es decir, las minas ubicadas en terrenos que hubieran tenido la calidad de baldíos a partir del 28 de octubre de 1874, así como los depósitos de abono.

Se enfocó el permiso hacia el desarrollo de empresas mineras que cobijaran una extensión no mayor de doscientas cincuenta hectáreas y su periodo máximo se fijó en (5) años, prorrogables hasta por un lapso igual. El objeto de explotación era el yacimiento integralmente considerado, aunque de él se excluían los minerales "adjudicables, los radioactivos, el helio y los gases raros, el petróleo, las esmeraldas y berilos, la sal gema, aquellos minerales que la nación llegare a reservarse con posterioridad a la expedición del presente decreto, y los metales preciosos a que se refiere el art. 1º de la ley 13 de 1937" (decreto 2544 de 1952, art. 2º).

Se mantuvieron los mecanismos para garantizar el derecho de oposición, pero se redujeron los términos para ejercerlo y se hizo obligatorio el otorgamiento del derecho a explotar el yacimiento, salvo en los casos que a continuación se enuncian:

- 1º Cuando el terreno pedido forme parte de una zona dada en concesión o sobre la cual se haya otorgado permiso con anterioridad;
- 2º Cuando el terreno solicitado haya sido reservado por el go bierno como zona forestal;
- 3º Cuando el terreno pedido, a juicio del Ministerio de Minas y petróleos, esté destinado efectivamente por su dueño u ocupante a la agricultura o a la ceba del ganado, con mejor sentido económico;
- 4º Cuando con la explotación pro yectada llegaren a sufrir per juicio las aguas de que se pro vee un pueblo o caserío; y
- 5º Cuando en esa zona existan mi nerales cuya explotación se ha reservado el Estado".

Asimismo, se consagró la preferencia del titular de un permiso para ser titular de una concesión sobre un área mayor.



123456789

123456789



CONSORCIO
INSTITUTO DE ESTUDIOS COLOMBIANOS



251.

Del texto de las normas contenidas en este decreto puede concluirse que el permiso se diseñó como un mecanismo más expedito * para proceder a otorgar a los particulares derechos de explotación y exploración sobre yacimientos de la Nación, quién conservaba el dominio sobre ellos.

3.b. El permiso en el Estatuto Minero.

El decreto 1275 de 1970 conservó en lo sustancial la institución creada en el decreto 2544 de 1952. En síntesis, podría decirse que el permiso goza hoy de las siguientes características como acto jurídico:

- 3.2.1. En un acto administrativo unilateral, en virtud del cual el Estado otorga a un particular, para su explotación y exploración, parte del subsuelo sin imponer-

* A pesar de ello es curioso ver como aparece la exigencia para el particular de actuar por medio de apoderado para obtener el permiso (artículo 1º, literal a)).



le más contraprestaciones que la de enviar una información periódica sobre el avance de sus actividades y, eventualmente, la de transformar en el país los materiales extraídos.

3.2.2. Su objeto está constituido por la totalidad de los minerales presentes en el área otorgada, salvo aquellos reservados por la Nación para otros fines.

3.2.3. El criterio de selección predominante para el otorgamiento de este derecho es de la prevalencia del explotador de hecho sobre el explorador de hecho, y de éste sobre el simple solicitante. En caso de igualdad de condiciones entre varios solicitantes, se aplica el principio de "el primero en el tiempo el primero en el derecho."

3.2.4 Se concibe al permiso como mecanismo de explotación para áreas menores de doscientas cincuenta (250) hectáreas.



INSTITUTO DE ESTUDIOS COLOMBIANOS

CONSORCIO



253.

3.2.5. Aunque no lo dice claramente el decreto 1275 de 1970, se conserva el principio de que quien solicita el permiso tiene derecho, a menos que prospere alguna oposición, a que éste se le otorgue. Se dejan a un lado las previsiones del decreto legislativo 2544 de 1952 sobre los supuestos en que el derecho puede ser negado, lo cual, si bien no constituye una violación de norma superior, sí ha degenerado en su inaplicación.

3.3. Proyección práctica y recomendaciones sobre el permiso minero.

La necesidad de un instrumento jurídico adecuado al desarrollo legal de la pequeña minería es indudable; por ello el permiso, tal como ha sido regulado por el sistema normativo colombiano, debe mantenerse. Al respecto sólo procede entrar a recomendar ciertos ajustes para hacerlo verdaderamente operativo:



INSTITUTO DE ESTUDIOS COLOMBIANOS

CONSORCIO



254.

3.3.1. El criterio empleado hasta hoy para determinar la posibilidad de otorgar y obtener un permiso, ligado a la extensión del área, debe ser remplazado por consideraciones de otra índole que tengan en cuenta aspectos técnicos, económicos y sociales que justifiquen la aplicación del permiso y su preferencia sobre el sistema de concesión.

3.3.2. Unida a ello va la necesidad de que el gobierno, en ejercicio de la facultad del tantas veces citado artículo 8º de la ley 20 de 1969, clasifique las áreas sometidas al sistema de permiso, racionalizando el empleo de esta figura.

3.3.3. El manejo del permiso debe ser desconcentrado al máximo. Al respecto, no basta lo previsto por el artículo 26 del decreto 3050 de 1984. Es preciso que no solo la solicitud pueda ser presentada a través de las gobernaciones,



01294000

REG. MERC. 20000000000000000000



INSTITUTO DE ESTUDIOS COLOMBIANOS

CONSORCIO



255.

intendencias o comisarías, sino que la decisión pueda ser tomada también a nivel local y claramente sin la intervención de abogados o intermediarios de cualquier clase.

3.3.4. Cuando se trate del permiso, si se recomienda hacer el otorgamiento automático del derecho minero al solicitante, conservando en caso de concurrencia de solicitudes los criterios de selección consagrados en el decreto reglamentario 1275 de 1970.

3.3.5. Se impone, no sólo desde el punto de vista del mantenimiento de la juridicidad, sino por motivos de conveniencia, que se respeten las causales previstas en el decreto 2455 de 1952 para que la Administración pueda negar el otorgamiento del permiso minero en ciertas áreas.

3.3.6. Además, como recomendación a largo plazo, se presenta el es-



tablecimiento, por parte del Gobierno Nacional, de áreas especialmente destinadas al permiso.

4. EL APOORTE

4.1. Antecedentes

La figura del aporte minero tiene su origen en el decreto extraordinario 1157 de 1940, que en su afán por asegurar la producción de los artículos alimenticios y materias primas industriales necesarios para el sostenimiento del país, así como "la exportación de géneros comerciales en proporciones que permitan un satisfactorio incremento de nuestra capacidad de compra en el extranjero" (artículo 1º), autorizó al Gobierno a sustraer del régimen previsto por el Código Fiscal yacimientos que considerara necesario afectar al fomento de ciertas empresas.

El régimen excepcional previsto

tablecimiento, por parte del Gobierno Nacional, de áreas especialmente destinadas al permiso.

4. EL APOORTE

4.1. Antecedentes

La figura del aporte minero tiene su origen en el decreto extraordinario 1157 de 1940, que en su afán por asegurar la producción de los artículos alimenticios y materias primas industriales necesarios para el sostenimiento del país, así como "la exportación de géneros comerciales en proporciones que permitan un satisfactorio incremento de nuestra capacidad de compra en el extranjero" (artículo 1º), autorizó al Gobierno a sustraer del régimen previsto por el Código Fiscal yacimientos que considerara necesario afectar al fomento de ciertas empresas.

El régimen excepcional previsto



INSTITUTO DE ESTUDIOS COLOMBIANOS

CONSORCIO



257.

por el artículo 15 del decreto 1157 de 1940 cobijaba dos figuras: una, desarrollada hasta entonces por el Derecho Comercial, era la del aporte; la otra, de arraigada tradición minera, era el arrendamiento de minas, profusamente reglamentado en el Código Fiscal y el decreto 1163 de 1967 * . La primera comprendía todos los yacimientos de la reserva nacional, excepción hecha de las minas de metales preciosos, esmeraldas y sal gema, y de los yacimientos de hidrocarburos.

Se concibió entonces un título en virtud del cual la Nación pudiera, transfiriendo el dominio sobre sus yacimientos no adjudicables a una compañía destinada a explotarlos, participar en su capital y adquirir la calidad de socia. De acuerdo con el artículo 30 del decreto extraordinario 1155 de 1940, esta clase de aportes se harían por intermedio del Instituto de Fomento Industrial.

* El arrendamiento minero, abolido por la ley 20 de 1969, no es objeto de este estudio.

El aporte minero, consagrado por el decreto extraordinario 1155 de 1940, fué reglamentado por el decreto 1163 de 1967 que modificó totalmente la naturaleza de esta institución 1/. De ser título apto para transferir la propiedad sobre un yacimiento de la Nación, pasó a ser un mecanismo para otorgar un "derecho a la exploración complementaria, a la explotación y al beneficio de los correspondientes yacimientos" sobre los cuales la Nación se reservó el derecho de dominio (artículo 10). Su duración se extendió a toda la vida útil del yacimiento (artículo 29), pero se previeron causales de caducidad, establecidas por el artículo 20.

El decreto reglamentario 1163 replanteó también lo relacionado con el beneficiario del aporte. En efecto, mientras el decreto 1155 pre-

1/ José Luis Aramburo, Curso de Derecho Minero, segunda Edición, Temis, Bogotá 1984 Ps. 109ss.



vió que este se hiciera a través del Instituto de Fomento Industrial a compañías en cuyo capital la Nación deseara participar, el 1165, en sus artículos 6º y 7º, señaló ciertos supuestos en que los particulares podían ser titulares de aportes mineros, sin necesidad de formar con ello una empresa de capital mixto.

4.2. El aporte en el Estatuto Minero

4.2.1- La Ley 20 de 1969

Las características que la ley 20 de 1969 dió al aporte minero, son fundamentalmente las siguientes:

a- Se trata de un sistema jurídico en virtud del cual, previa una exploración técnica, se debe lograr el aprovechamiento total de las sustancias económicamente explotables que se encuentren en un área (artículo 2º).

b- Los beneficiarios del aporte pueden ser tanto personas natu-



012802802

CONSORCIO



INSTITUTO DE ESTUDIOS COLOMBIANOS



261.

de título translativo de dominio.

4.2.2. El Decreto 1275 de 1970

a. En desarrollo de la potestad otorgada al Gobierno en el artículo 8º de la ley 20 de 1969, éste procedió a someter al sistema de aporte algunos yacimientos que enunció en su artículo 30 así:

"quedarán sometidas al régimen del aporte:

- a) Las minas de piedras preciosas y semipreciosas y en especial las de esmeraldas y demás variedades de berilo y de los compuestos de glucinio;
- b) Las descubiertas por las entidades oficiales que tengan importancia básica para el desarrollo de la economía nacional, a juicio del Ministerio del Ramo;
- c) Las minas cuyos titulares opten por este régimen de acuerdo con el artículo 14 de la ley 20 de 1969;



210000003

200000000

1000000



INSTITUTO DE ESTUDIOS COLOMBIANOS

CONSORCIO



- d) Las que sean objeto de propues-
tas y solicitudes en trámite,
que a juicio del Ministerio ten-
gan importancia básica para el
desarrollo económico nacional
y cuyos titulares opten por es-
te régimen;
 - e) Las que hayan sido objeto de
concesiones, permisos o adjudi-
caciones, que a juicio del Mi-
nisterio tengan importancia bá-
sica para la economía nacional
cuyos interesados acuerden con
el Ministerio someterse a este
régimen;
 - f) Las que el Gobierno determine
en resoluciones de carácter
general o especial".
- b. De acuerdo con el artículo 160,
el aporte recae sobre un área,
dentro de la cual el titular ha
de propender por el aprovecha-
miento de los minerales que a-
llí se encuentren. Sin embargo,
en virtud de lo previsto en el
artículo 169, se garantiza la o-
portunidad de que terceros con
mejor derecho se pongan, lo cual
ha determinado que en la práctica
el aporte se otorgue sobre ya-
cimientos concretos y no sobre
un área generalizada.



INSTITUTO DE ESTUDIOS COLOMBIANOS

CONSORCIO



263.

- c. El texto del decreto 1275 de 1970 restringió la posibilidad de que los particulares sean beneficiarios de aportes mineros, a la circunstancia de que siendo titulares de un derecho minero (bien sea de dominio o de exploración y explotación) obtenido por otro título, opten por acogerse a este sistema. Por el contrario, convirtió en su beneficiario casi exclusivo a las empresas industriales o comerciales del Estado o a entidades financieras oficiales que tengan por objeto el desarrollo de actividades mineras (artículo 163); entre las primeras se refirió expresamente a la Empresa Colombiana de Minas. Además, Ecominas es la única beneficiaria posible de aportes sobre yacimientos de esmeraldas.
- d. El aporte, en principio, se otorga por toda la vida del yacimiento, lo que no obsta para que pueda caducar por las causales

INTEGRAL



INSTITUTO DE ESTUDIOS COLOMBIANOS

CONSORCIO



264.

que señala el artículo 125 del decreto 1275 de 1970, en cuanto sean compatibles con él. Asimismo, puede ser renunciado.

e. El aporte es negociable, de acuerdo con lo previsto por los artículos 164 y 181 del decreto 1275, previa autorización del Gobierno. Asimismo es un sistema que permite el desarrollo de las actividades de exploración y explotación minera por medio de contratos con terceros; de este modo ha habido lugar al desarrollo de figuras nuevas, como son los contratos de operación, el de asociación y el de servicios, así como a la creación de sociedades entre entidades públicas, o entre éstas y particulares para dar cumplimiento a las obligaciones del aporte.

f. La solicitud de aporte puede provenir bien de la entidad pública interesada en obtenerlo o de un particular (decreto 1275



de 1970, artículo 171). En este último caso de todas maneras la beneficiaria será siempre una en tidad descentralizada del orden nacional y con objeto industrial o comercial, en la práctica la Empresa Colombiana de Minas, quien, si la solicitud prospera, se ve obligada a negociar con el particular que ha desatado la ac tuación administrativa, aunque el área obtenida no esté dentro de sus proyectos.

g. En términos generales, el aporte es un acto jurídico a través del cual el Estado se limita a trans ferir a una entidad descentrali_zada unos derechos para explorar y explotar un área; la normati- vidad se reduce a la fijación del área y a la remisión al sistema jurídico general.

h. Cuando el aporte de minas de pie dras preciosas, semipreciosas, berilos o glucinios se haga a solicitud de un particular, la



Empresa deberá, en la negociación posterior, fijar "las normas re lacionadas con la participación del particular en las utilidades, y la Empresa Colombiana de Minas en todo caso mantendrá la respon sabilidad en la dirección de las operaciones, en la adopción de los sistemas de control y vigi lancia de las mismas y en las de más regulaciones que garanticen el adecuado aprovechamiento de los recursos minerales" (artícu lo 172).

1. El régimen normativo general a plicable al aporte es, según el estatuto minero, el previsto por él para la licencia y la conce sión, en tanto en cuanto no pug ne con su naturaleza. Ello abre la duda de hasta dónde pugna la institución del aporte con las otras dos.

4.2.3. La ley 61 de 1979 y el decreto re glamentario 1155 de 1980.

El sistema jurídico aplicable al

aporte sufrió un notable cambio con la ley 61 de 1979, que reguló la explotación de carbón en el país y consagró este sistema como el único apto para la actividad exploratoria y extractiva de un mineral que entonces se consideró de importancia fundamental para la economía nacional.

Aunque ya se hizo referencia al decreto 1155 de 1980, es procedente revisarlo nuevamente, ahora desde el punto de vista de las características del aporte carbonífero. Así, de la interpretación sistemática del conjunto normativo formado por él y por la ley que reglamenta, es posible determinar ciertas notas fundamentales de éste título minero.:

- a. Por primera vez el Legislador lo define (artículo 1º de la ley 61 de 1979), como título jurídico en virtud del cual el Estado "transfiere el derecho a explotar y explorar sus reservas carboníferas a empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional";



- b. Se consagra como el único instrumento a través del cual la Nación puede explorar o explotar su subsuelo de carbón, lo cual supone la existencia de una reserva que cubre todos los yacimientos de éste mineral ubicados en el país y sobre los cuales no haya derecho adquirido por terceros;
- c. Termina el sistema de otorgamiento de aportes en forma inconsulta a la entidad beneficiaria. Por el contrario, se exige expresa manifestación por parte de Carbocol de que el yacimiento solicitado por otra empresa no entra en sus planes de explotación o exploración; en caso de que Carbocol manifieste su interés en la mina solicitada, se impone un convenio entre las dos entidades descentralizadas;
- d. La ejecución de las obligaciones que surgen para el beneficiario del aporte, puede tener

lugar mediante contratos celebrados con terceros. El decreto 1155 de 1980 sacó estos contratos del ámbito de las normas sobre contratación administrativa.

- e. El aporte carbonífero no se somete en su ejecución a las normas del Estatuto minero previstas para la concesión y la licencia de exploración. En principio, el precedimiento para su otorgamiento se rige por lo previsto en el decreto 1275 de 1970, modificado en lo relativo a oposiciones para este objeto específico por el decreto reglamentario 2932 de 1984.
- f. En virtud de lo previsto por el artículo 11 del decreto 1155 de 1980, el acto de aporte no limita en nada la capacidad de negociación de la empresa beneficiaria. Ella podrá "establecer libremente la oportunidad, duración y condiciones de los trabajos de prospección, exploración y montaje, teniendo en cuenta las circunstancias geográ-



ficas y técnicas de las zonas y yacimientos o la situación y perspectivas del mercado interno o externo del carbón".

4.2.4. Decreto 384 de 1985

mediante este decreto reglamentario el Gobierno Nacional procedió a dictar el estatuto de exploración, explotación y beneficio de yacimientos de metales preciosos de propiedad de la Nación. Entre sus regulaciones se destacan las relacionadas con el sistema del aporte, cuyas características más notables son:

1. En cuanto al objeto, se mantiene la enumeración del artículo 30 del decreto 1275 de 1970, pero se añaden a las minas de la reserva especial, las minas de aluvión en el lecho y en las márgenes de los ríos navegables o en las islas fluviales, así como aquellos que soliciten las entidades que pueden ser beneficiarias de aportes.

2. Los beneficios se restringen a empresas comerciales e industriales del Estado, a entidades financieras oficiales cuyas funciones tengan relación con la explotación minera, o a establecimientos públicos adscritos al Ministerio de Minas y Energía (art. 35). Es decir, se excluye a las entidades descentralizadas de carácter comercial y naturaleza societaria de la posibilidad de obtener aportes de metales preciosos y se incluye a entidades que aunque pueden tener funciones crediticias relacionadas con la minería, no están diseñadas para desarrollar esta clase de empresas *, lo mismo que establecimientos públicos.

3. Se mantiene el sistema de otor-

* Este tipo de previsión se justifica cuando la entidad crediticia pueda verse abocada a recibir como pago de una acreencia, una empresa minera; es absurdo pretender convertir a las entidades financieras del Estado en titulares de derechos mineros por cualquier otra vía.



INSTITUTO DE ESTUDIOS COLOMBIANOS

CONSORCIO



272.

gamiento oficioso o a solicitud de parte, lo cual lleva a preguntarse si no hay lugar a una posible objeción por parte de la entidad "beneficiaria", en caso de que un yacimiento no esté comprendido dentro de sus planes de trabajo.

4. Se mantiene la remisión a las normas sobre licencia de explotación y concesión en cuanto no pugnen con la naturaleza del aporte.

4.3. Conclusiones

De este análisis formal sobre el régimen del aporte minero en Colombia, pueden establecerse algunas características generales que se resumen así:

- 4.3. 1. Se trata de un régimen jurídico cuya formación obedece a desarrollos particularizados y carentes de uniformidad; no se percibe una idea rectora del



INSTITUTO DE ESTUDIOS COLOMBIANOS

CONSORCIO



273.

aporte como figura propia del derecho minero, lo cual desemboca en la ausencia de un sistema jurídico y en la presencia de multiplicidad de normas a él aplicables;

4.3.2. Se asocia generalmente el aporte a la noción de reserva con lo cual se excluye de la práctica jurídica la posibilidad de establecer reservas que eventualmente puedan ser exploradas y explotadas por particulares en desarrollo de planes y programas específicos señalados por el Ministerio de Minas.

4.3.3. La normatividad vigente marca el énfasis del control sobre los aportes en la entrega periódica de informes por parte del beneficiario al Ministerio, en una repetición de las normas aplicables a la licencia de exploración y a la concesión; se descuidan, entre tanto, las pautas básicas dentro de las cuales la



entidad beneficiaria del aporte puede ejercer los trabajos de explotación y exploración.

- 4.3.4. La falta de sistematización jurídica del aporte se refleja también en la consideración de sus posibles beneficiarios mientras unas normas admiten una clase de entidades como posibles titulares otras la rechazan, por lo menos tácitamente, sin que haya una razón aparente para hacerlo.

4.4. Recomendaciones

Como consecuencia de las conclusiones anteriores se llega a recomendar:

- 4.4.1. Establecer, por medio de ley, una serie de normas básicas que fijen la noción de aporte minero en forma general y establezcan las pautas mínimas del manejo que el Gobierno debe dar a esta figura.



4.4.2. Si bien entre los yacimientos otorgados en aporte puede y debe haber muchos "reservados", las nociones de reserva y aporte deben desligarse: la figura del aporte debe dejar de ser el mecanismo obligado para la explotación de reservas.

4.4.3. Es necesario reiterar que el sistema de aporte sólo puede beneficiar a entidades descentralizadas, pero debe abolirse ese sistema taxativo de enunciarlas. Se propone, entonces, entrar a señalar unos criterios objetivos tales como la eficiencia, la capacidad técnica, el personal de planta, para que el Ministerio pueda otorgar el aporte minero.

4.4.4. El otorgamiento de aportes debe obedecer a criterios claramente establecidos por el Ministerio en cada caso, para racionalizar la exploración o la explotación de un determinado yacimiento. Ello conlleva la ne-

cesidad de que el acto de aporte contenga pautas básicas sobre la forma como la entidad beneficiaria pueda dar cumplimiento a sus obligaciones.

4.4.5 Si bien el aporte es un acto administrativo unilateral, debe por lo menos ir precedido de una consulta al posible beneficiario sobre la oportunidad y las condiciones mínimas en que ella pueda desarrollarlo. Por ello se propone abolir el sistema de asignación de aportes a solicitud de particulares en el caso de las esmeraldas, y de oficio en el caso de los demás minerales.

5. FORMAS ATIPICAS DE NEGOCIACION MINERA

Contrariamente a lo que sucede con las formas de negociación minera de la Nación, claramente tipificadas en el sistema jurídico colombiano, la normatividad vigente no contiene previsiones en cuanto a los negocios jurídicos que las entidades descentralizadas pueden realizar para la explotación y exploración de los yacimientos sobre los cuales tienen algún derecho. En efecto, tan sólo las normas orgánicas de algunas de ellas * hacen referencia a los contratos de operación, asociación y servicios como medios jurídicos aptos para el desarrollo de trabajos de explotación y exploración minera. Esta circunstancia ha permitido la evolución de gran variedad de negocios jurídicos mineros que se agrupan caprichosamente bajo cada uno de estos nombres, dificultando enormemente su análisis. No obstante, es posible detectar sus características fundamentales para analizarlas conforme al ordenamiento jurídico vigente y formular, a partir de allí algunas recomendaciones.

* Como por ejemplo, el decreto 122 de 1970, aprobatorio de reformas introducidas al estatuto interno de Ecominas

Aunque el ordenamiento jurídico no descarta la posibilidad de que las entidades descentralizadas puedan ser titulares de cualquier clase de derecho sobre el subsuelo *, en la práctica ellos se circunscriben a la exploración y explotación de yacimientos recibidos de la Nación a título de aporte. Esta circunstancia impone una necesaria relación entre el acto jurídico de aporte y las formas contractuales empleadas por su titular para el cumplimiento de la actividad exploratoria o extractiva, lo cual debe tenerse en cuenta al mirar los aspectos jurídicos de la negociación minera.

5.1. Clasificación según el riesgo

Como ya se dijo, la legislación vigente no tipifica los negocios jurídicos que desarrollan las entidades descentralizadas para la explotación o exploración de los yacimientos a su cargo, por lo cual cada una de ellas ha ido desarrollando modelos contractuales propios, dotados de

* Incluyendo derechos de plena propiedad, según se desprende, por ejemplo, del literal c) del artículo 2 del decreto extraordinario 912 de 1960.

características especiales que impiden un tratamiento uniforme para lo que ha pretendido ubicarse bajo el rótulo de contrato de asociación, de operación o de servicios.

No obstante, del análisis práctico de negociaciones mineras vigentes* puede llegarse a determinar tres grandes grupos que se analizarán más adelante:

- Las modalidades del joint-venture, en virtud de las cuales las entidades descentralizadas asumen el riesgo de la explotación y de la exploración de un yacimiento, pero compartiéndolo con un asociado, a través de una forma consorcial o de una sociedad.
- Las modalidades en que la entidad asume el riesgo total de la exploración y de la explotación, pero contrata parte o la totalidad de la operación con terceros, mediante un contrato de servicios.

* Ver análisis realizado por Héctor Melo para cada caso: *Negociaciones y Contratos Estudios de Caso: El Cerrejón zona norte. El Níquel de Cerromatoso. El Uranio* como parte de los Estudios para la Formulación del Plan Nacional de Desarrollo Minero. Consorcio IEC-Integral, Bogotá, 1985. Algunos aspectos de estos estudios se presentan en el Anexo I del presente trabajo.



- Las modalidades en que el titular del aporte desplaza la totalidad del riesgo de la exploración y de la explotación a un tercero, pero conserva la titularidad de los derechos pertinentes y en consecuencia, un cierto control sobre la operación.

Si bien el riesgo es un factor determinante en la forma de negociación minera, no lo es menos el objeto inmediato que ella persiga. En efecto, en ocasiones el objeto de un contrato minero será la formación de una cuenta conjunta o de una persona jurídica de tipo societario, que permitan la adquisición y el manejo de recursos para adelantar una cierta actividad minera; otras veces lo serán la actividad exploratoria o la extractiva, o parte de ellas. Así pues, en el primer caso aparecen los contratos de joint-venture o de consorcio, y los de sociedad; en el segundo los llamados de operación o de servicios y las denominadas en el lenguaje corriente "concesiones chiquitas" o "concesiones indirectas".

5.2. El régimen Jurídico

En términos generales, los contratos que

los titulares de aportes celebran para su desarrollo, se clasifican como de derecho privado. Ello se ha fundado en el carácter industrial o comercial de las entidades descentralizadas que participan en el negocio jurídico. No obstante, esto lejos de constituir un fenómeno claro, impone ciertas precisiones:

5.1.1. Los contratos administrativos

Sin ánimo de volver sobre las discusiones que hay en la doctrina jurídica sobre lo que determina la naturaleza pública (es decir, administrativa) o privada de un contrato celebrado por una entidad pública, puede decirse que ésta última se da cuando el ordenamiento jurídico no impone su sujeción a un régimen exorbitante frente a aquel que regula normalmente las relaciones entre los particulares.

En el sistema jurídico colombiano, la naturaleza administrativa de los contratos se traduce, a grandes rasgos, en

la distorsión del principio de la igualdad de las partes dentro de la relación jurídica que genera el contrato. Ella funda en la aplicabilidad de una serie de principios que consagran la importancia del interés general frente al privado. De acuerdo con la ley 19 de 1982 estos principios se resumen en la interpretación unilateral del contrato por la administración y en "la terminación que ella ordene bien por inconveniencia del contrato o por incumplimiento del mismo por parte del contratista, mediante resolución motivada".

Aunque el sistema jurídico colombiano emplea para calificar un contrato como administrativo una mezcla del criterio orgánico y del criterio formal, no puede desconocerse que el criterio material es necesario para justificar el empleo de poderes exorbitantes por parte de uno de los sujetos que intervienen en la relación contractual. Por ello resulta importante analizar las negociaciones que desarrollan los titulares de aportes teniendo como parámetro básico de cada

uno de estos criterios.

-El criterio orgánico

El sistema normativo que en la actualidad regula la contratación administrativa está conformado por la ley 19 de 1982 y el decreto extraordinario 222 de 1983. De su interpretación armónica resulta que la Administración pública puede celebrar dos clases de contratos: los administrativos y los de derecho privado, pero aún en éstos últimos, está sometida a una serie de normas especiales que si bien no suponen una preponderancia del contratante público sobre el privado, sí pretenden garantizar la correcta gestión administrativa. Se trata de las normas sobre capacidad y requisitos de contratación que contienen los títulos II y V del decreto extraordinario 222 de 1982.

las normas del decreto 222 de 1982 son aplicables a todos los contratos que celebre la Nación a través de sus ministerios, departamentos administrati-

vos las superintendencias y los establecimientos públicos. En cuanto a las empresas industriales o comerciales del Estado y a las sociedades de economía mixta en que el Estado posee

más del noventa por ciento (90%) del capital social, el artículo 1º del decreto extraordinario 222 de 1982³ prevé que "les son aplicables las normas aquí consignadas sobre contratos de empréstito y de obras públicas y las demás que expresamente se refieran a dichas entidades".

Cuando se trata de sociedades de economía mixta en que el Estado participe con menos del noventa por ciento del capital social se puede concluir por exclusión, que todos sus contratos, salvo norma expresa en contrario, son de derecho privado y por consiguiente no entrañan posibilidad alguna de desigualdad frente al cocontratante.

- El criterio formal

Este criterio busca la clasificación de un contrato por la presencia de elementos específicos, o por la califi-



INSTITUTO DE ESTUDIOS COLOMBIANOS

CONSORCIO



285.

cación legal.

Así, de acuerdo con el artículo 16 del decreto extraordinario 222 de 1982, son contratos administrativos:

"1. Los de concesión de servicios públicos; 2. Los de obras públicas; 3. Los de prestación de servicios; 4. Los de suministros; 5. Los inter administrativos internos que tengan estos mismos objetos; 6. Los de explotación de bienes del Estado; 7. Los de empréstito; 8. Los créditos celebrados por la compañía de fomento Cinematográfico FOCINE; 9. Los de conducción de correo aéreo; y 10. Los que celebren las instituciones financieras internacionales públicas, entidades gubernamentales de crédito extranjero y los organismos internacionales, con entidades colombianas, cuando no se les considere como tratados o convenios internacionales".

De otra parte, los elementos que se consideren exorbitantes en ciertos contratos y que, por lo mismo, marcan su naturaleza como administrativa, son las cláusulas de caducidad y las posibilidades de terminación e interpretación unilaterales por parte de la Adminis-

tración.

La cláusula de caducidad: Esta cláusula que supone la "posibilidad de que el Estado termine unilateralmente el contrato por el incumplimiento del particular contratista, o por una serie de hechos que va a hacer imposible, o sumamente difícil, la continuación del contrato..." 1/, está prevista como obligatoria "en todos los contratos que no fueren de compraventa de bienes muebles o de empréstitos, o en los contratos interadministrativos" (artículo 61, decreto extraordinario 222 de 1983).

Esta cláusula es en principio la nota distintiva de un contrato de derecho público. En efecto, supone como mínimo que la entidad pública pueda ordenar, sin recurrir a órgano jurisdiccional, la efectividad de las multas pactadas y el valor de la cláu-

1/ ESGUERRA PORTOCARRERO Juan Carlos, Principios del contrato Administrativo, en contratos Administrativos, nuevo régimen legal, Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 1983, p. 80

sula penal pecunaria (artículo 63 del de
creto extraordinario 222 de 1982). Además,
esta cláusula impone la suje-
ción del contrato a los principios de ter
minación e interpretación unilateral por
parte de la entidad contratante, y la com
petencia de la jurisdicción en lo conten
cioso-administrativo para el conocimien-
to de los litigios que genere el contra-
to (artículo 17 decreto extraordinario
222 de 1983).

En términos generales, todos los contra-
tos que celebren la Nación y los estable-
cimientos públicos deben contener esta
cláusula, pero además las normas del de-
creto 222 de 1983 admiten la eventualidad
de que allí donde no sea obligatoria se
pacte.

Por cuanto se refiere a los contratos que
celebren las empresas industriales o co-
merciales del Estado y las sociedades a
ellas asimiladas, el artículo 254 del de
creto extraordinario 222 de 19 prevé:

"Salvo lo dispuesto en este estatuto,
los requisitos y las cláusulas de los
contratos que celebren las empresas in-
dustriales o comerciales del Estado,
no serán los previstos en este decreto



INSTITUTO DE ESTUDIOS COLOMBIANOS

CONSORCIO



288.

sino las usuales para los contratos en
tre particulares".

"Sin embargo, cuando a ello hubiere lu
gar, incluirán lo relativo a la renun-
cia a reclamación diplomática por parte
del contratista extranjero".

Entre las excepciones que se señalan en
el Estatuto contractual, pues, se desta-
can los contratos de obras públicas y los
contratos de empréstito (ver artículos 19,
255 y 256 y 257 del decreto extraordina-
rio 222 de 1982).

Las normas del nuevo Estatuto contrac-
tual han significado un viraje total en
la contratación administrativa de las em
presas industriales y comerciales, así
como de las sociedades de economía mixta
con aporte estatal superior al noventa
por ciento del capital social, por lo me
nos en cuanto se refiere a la cláusula
de caducidad. En efecto, el decreto ex-
traordinario 150 de 1976 estableció, en
su artículo 161, que estas entidades po-
dían pactar la caducidad en aquellos con
tratos en que no era obligatoria.

Desaparecida esta opción del régimen ge-
neral de los contratos de las empresas,

surge el interrogante de si subsisten o no para aquellas entidades del sector minero cuyos estatutos les otorgan facultades en este sentido, cuando se trata de negocios jurídicos mineros. Al respecto hay que distinguir si se trata del estatuto básico o del estatuto interno. En el primer caso, como se trata de una norma legal de carácter especial, esta opción ha de entenderse vigente; por el contrario, cuando está contenida en los estatutos internos -normas jerárquicamente subordinadas a la ley- debe entenderse derogada por las actuales estipulaciones del Estatuto contractual.

La terminación unilateral del contrato:
Consagrado en el derecho colombiano en el artículo 8º de la ley 19 de 1982 y en los artículos 19 y siguientes del decreto extraordinario 222 del mismo año, este principio implica que un contrato pueda darse por terminado, mediante resolución motivada de la Administración, cuando "graves motivos posteriores al perfeccionamiento del contrato o sobrevinien-tes dentro de su ejecución, determinen que es de grave inconveniencia para el in

terés público el cumplimiento del objeto del contrato".

La declaratoria de terminación unilateral del contrato supone el pago al contratista de los perjuicios que se le hayan causado.

Este principio se impone como norma contractual en todos los contratos administrativos y en aquellos de derecho privado en que la Administración haya pactado la cláusula de caducidad.

La modificación unilateral del contrato:
Regulada por los artículos 20 y siguientes del decreto 222 de 1982, esta figura opera cuando por motivos de utilidad pública un contrato no puede continuar siendo ejecutado en la forma acordada.

Se trata de una propiedad exorbitante que la Administración debe ejercer de acuerdo con unas reglas mínimas que pueden resumirse así:

- No pueden alterarse ni la clase, ni el objeto, ni las condiciones técnicas del contrato;

- Se deben respetar las ventajas económicas otorgadas al contratista, guardar el equilibrio financiero del contrato para ambas partes y reconocer al particular los nuevos costos que genere la modificación.

Además, se mantiene abierta para el particular la posibilidad de desistir del contrato, en los términos del artículo 22 del decreto extraordinario 222 de 1982:

"Si de la propuesta o de la Resolución de modificación unilateral del contrato apareciere que el valor del mismo se aumenta o disminuye en más de un veinte por ciento (20%) del precio inicialmente pactado, el contratista podrá desistir del contrato en forma expresa en el acta correspondiente o dentro de los (10) diez días siguientes a la ejecutoria de aquella; en tales eventos se pasará a la liquidación del contrato".

La modificación unilateral del contrato se da en los contratos administrativos y en aquellos de derecho privado en que se haya pactado la caducidad.

La interpretación unilateral del contrato:
De acuerdo con el artículo 24 del decreto extraordinario 222 de 1982:



INSTITUTO DE ESTUDIOS COLOMBIANOS

CONSORCIO



292.

"Cuando surgieren discrepancias sobre la interpretación de las cláusulas del contrato que puedan traer su parálisis, la entidad pública convocará al contratista y le expondrá su criterio sobre la mejor manera de adelantar el cumplimiento del contrato".

"Se sentará un acta con los resultados de la reunión; si no existiera acuerdo, la entidad pública señalará la forma como el contrato debe continuar y ser ejecutado, mediante resolución motivada.."

"Contra la resolución que esto defina sólo procederá el recurso de reposición; en firme la decisión, el cumplimiento del contrato se hará conforme allí se disponga, sin perjuicio de las acciones contencioso administrativas que pueda intentar el contratista".

Por su parte el parágrafo del mismo artículo establece que:

- Debe hacerse teniendo en cuenta el objeto del contrato, "el conjunto de sus cláusulas y los principios de hermenéutica prescritos en la ley."
- A ella debe procederse siempre en función del interés público.
- No puede modificar el contrato.



INSTITUTO DE ESTUDIOS COLOMBIANOS

CONSORCIO



293.

De acuerdo con las normas vigentes, los resultados de la interpretación unilateral del contrato no pueden ser objeto de arbitramento.

Este principio, como los que se han venido enunciando, es aplicable a todos los contratos administrativos y a aquellos en que se pacte la caducidad administrativa.

- El criterio material

Este criterio, insuficientemente desarro-
llado dentro del marco del Derecho Adminis-
trativo Colombiano, pretende ligar la na-
turaleza de un contrato a la de su objeto
así como a la finalidad que persigue. En-
tonces, un contrato será administrativo
cuando su objeto esté ubicado fuera de la
órbita de gestión de los particulares, o
cuando su ejecución afecte en forma nota-
ble el interés general. Solo estas consi-
deraciones son las que justifican que uno
de los sujetos del contrato esté dotado
de poderes exorbitantes que rompan la i-
gualdad de las partes, y que en consecuen-
cia la relación contractual transcurra
de acuerdo con una normatividad de dere-



cho público.

Pero, además de este factor, es importante tener presente que en muchas ocasiones la Administración entabla relaciones jurídicas de naturaleza contractual por demás onerosas, en condiciones de inferioridad real que debe compensar en alguna forma.

Este es un fenómeno frecuente cuando se trata de contratos con sujetos difíciles de determinar, como es el caso de las multinacionales, o cuyo objeto exige conocimientos tecnológicos particularmente especializados. Entonces, si la administración no está dotada de potestades especiales, la situación en que puede encontrarse ubicada es la de inferioridad frente al particular, y ésta es una posibilidad que no admite ningún ordenamiento jurídico que busque el beneficio común, antes que el individual.



5.1.2. Los negocios mineros atípicos a la luz de los criterios de clasificación atrás enunciados.

De lo dicho sobre la contratación administrativa habría que deducirse que las negociaciones mineras de las entidades descentralizadas pueden clasificarse en dos grandes grupos según las normas del decreto extraordinario 222 de 1982, a saber:

- Los contratos que celebren los establecimientos públicos, que a la luz de este estatuto serían administrativos, y supondrían por tanto la presencia de cláusulas exorbitantes.
- Los contratos que con el mismo objeto celebren las empresas industriales o comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, sometidos al derecho privado.

Como se ve, es ésta una diferencia derivada unicamente de la aplicación del criterio orgánico, de donde se impone indagar sobre el objeto mismo de la negociación minera y determinar así cual es el régimen jurídico que le debe ser aplicado.



INSTITUTO DE ESTUDIOS COLOMBIANOS

CONSORCIO



296.

5.1.3. Los negocios mineros atípicos según su objeto

Los negocios atípicos que desarrollan las entidades descentralizadas tienen por objeto la realización de trabajos de exploración y explotación sobre yacimientos que ha recibido generalmente a título de aporte. No puede, pues, decirse propiamente que se trate de la explotación y exploración de bienes del Estado *; los derechos sobre los cuales recaen forman parte del patrimonio propio de cada una de estas personas jurídicas. Pero, no puede tampoco hablarse de ellos como contratos de derecho privado en la medida en que persiguen fines de interés general claramente identificables.

En efecto, aparte del interés general difuso que va envuelto la gestión de las entidades descentralizadas, la negociación minera que ellas desarrollan comprende un interés general concreto que justifica el desplazamiento de la negociación directa entre la Nación y los particulares.

Ese interés general concreto puede ser de orden fiscal, cambiario, o de desarrollo económico

* Por lo cual no recaen dentro de lo previsto por el artículo 1º de la ley 19 de 1982.

regional o nacional. Pero cualquiera que sea, es suficiente como para que el Estado asuma el riesgo que comprende una actividad tan aleatoria como la minera.

Por lo anterior y por que muchas veces el sujeto particular dentro de la negociación minera es difuso (como por ejemplo las multinacionales) o dispone de condiciones técnicas y administrativas que dificultan el control sobre su gestión, es indispensable dotar a las entidades descentralizadas de potestades que garanticen el interés de la administración frente al interés del contratista particular.

En síntesis, se hace necesario replantear el régimen aplicable a las negociaciones mineras atípicas y se recomienda el diseño de un sistema jurídico administrativo que las regule en forma clara y específica. No se trata de proyectar indiscriminadamente el sistema de negociación administrativa vigente; se busca simplemente crear un régimen especial que, consultando las especiales características del quehacer minero, garantice la supremacía del interés general sobre el individual.

5.1.4. El aporte

Como las negociaciones mineras atípicas surgen generalmente de un acto de aporte, se propone que este título minero contenga normas claras y concretas que expresen la política del poder central con respecto al área entregada a una entidad descentralizada, especificando los motivos que han determinado la decisión de sustraerla de los sistemas de concesión o permiso.



TERCERA PARTE

EL OBJETO DE NEGOCIACION MINERA

Como se dijo en la introducción de este estudio, los negocios mineros son aquellos cuyo objeto está constituido por derechos de exploración y explotación sobre yacimientos del Estado. Obstante ser ésto muy claro, hay unos aspectos que merecen alguna consideración por cuanto afectan la negociación minera de un modo u otro; se trata del conocimiento que tiene la Nación sobre el subsuelo y del problema de las reservas.

1. EL CONOCIMIENTO GEOLOGICO

No sobra puntualizar aquí sobre la relación que existen el conocimiento geológico y la negociación minera e interaz. En efecto, mientras la Nación no sepa, así sea globalmente, cual es el contenido aproximado de los yacimientos que transfiere mediante concesión, aporte o permiso, ninguna de estas figuras podrá ofrecer todas las ventajas o los defectos que la caractericen.

Esta información geológica a nivel general debe estar a cargo del Instituto de Investigaciones Geológico Mineras y consistir, inicialmente, en el mapa geológico nacional.

Adicionalmente, se recomienda que el Ministerio de Minas y Energía procese la información geológica que le suministran



los titulares de derechos mineros tanto públicos como privados, para complementar el mapa geológico y obtener una base de negociación sólida que además constituya una pauta de verificación para la información que los solicitantes de derechos mineros adjunten a sus documentos.

En la medida en que el Estado perfeccione y sistematice su información geológica podrá determinar más claramente sus políticas de negociación y definir así las áreas de permisos, concesiones y aportes e implementar todo lo relativo a la transferencia de las competencias para otorgar derechos mineros a particulares. Además, podrá entonces pensar en el empleo de la licitación dentro del marco de la mediana y gran minería.

2. LAS RESERVAS

El régimen colombiano ha sido afectado, las formas de negociación minera a través de las reservas, mecanismos jurídicos a través de los cuales sustrae de la relación directa estado-particular ciertas áreas o ciertos yacimientos. Actualmente es posible distinguir en Colombia la reserva nacional, la reserva especial del Estado y la reserva de investigación.

2.1. La reserva nacional

Esta expresión tiene su origen en la normatividad an-



terior a la ley 20 de 1969. Durante la vigencia del Código Fiscal y el decreto 805 de 1947 se empleó para designar aquellos yacimientos que no podían ser denunciados ni adjudicados a particulares; el Estado tan solo podía negociar su exploración y explotación.

Cuando la ley 20 de 1969 dió fin al sistema de la adjudicación, todo el subsuelo pasó a constituir la reserva nacional; tan solo quedaron por fuera aquellos yacimientos que los particulares habían adquirido mediante justo título.

El término "reserva especial del Estado" aparece por primera vez en el decreto 3161 de 1968, reorgánico del Ministerio de Minas. Allí se señaló entre las funciones del Ministerio la de "explorar, explotar y administrar directamente o a través de los organismos descentralizados, empresas de economía mixta o de otras entidades oficiales dependientes de la Nación (...) todos aquellos yacimientos que se encuentren en zonas pertenecientes a la reserva especial del Estado".

Posteriormente, el artículo 89 de la ley 20 de 1969 señaló que "los yacimientos que constituyen la reserva especial del Estado solo podrán aportarse o concederse a empresas comerciales e industriales de la Nación o a sociedades de economía mixta que tengan una participación oficial mínima del 51% del respectivo capital".



Analizando estas dos normas puede llegarse a la conclusión de que las "reservas especiales del Estado" están constituidas por aquellas áreas o yacimientos para los cuales el legislador ha señalado un régimen especial de manejo y administración, obligatorio para el gobierno, quien no puede modificarlo.

2.2. Las reservas de investigación

Previstas por la ley 60 de 1967 (artículo 4º), fueron reglamentadas por el decreto 769 de 1972 que señaló sus características más notables y la técnica normativa que debían seguir los funcionarios para su aplicación. Allí se previó su carácter eminentemente temporal y no necesariamente excluyentes del otorgamiento de derechos de exploración y explotación a particulares sobre la misma área y el mismo mineral, y se contempló esta previsión con la posibilidad de que el Gobierno declare el área como de "reserva especial" si en ella considera que existen minerales de especial importancia.

Posteriormente, la ley la. de 1984 impuso al Ejecutivo un régimen de manejo de las reservas de investigación que las convirtió, en el fondo, en otra "reserva especial". En efecto, ésta ley previó que el Ministerio debe:

"aportar de conformidad con las disposiciones legales vigentes a empresas industriales y comerciales del Estado o a entidades financieras oficiales cuyas funciones tengan relación con la explotación minera, los yacimientos mineros que se encuentren en tales zonas y que el gobierno considere básicos para el desarrollo del país".

3. RECOMENDACIONES

Visto lo caótico del régimen de reservas imperante en Colombia, se recomienda abolir las que tienen carácter legal, es decir aquellas que han venido denominándose "reservas especiales del Estado".

Por el contrario, se propone que el mecanismo de la reserva quede como potestad administrativa claramente reglamentada, de tal modo que sus efectos sean siempre temporales.

También es aconsejable que la normatividad sobre reservas las desligue del aporte como único mecanismo de negociación, y que se prevea la posibilidad de acceso de los particulares a yacimientos ubicados dentro de su perímetro.



INSTITUTO DE ESTUDIOS COLOMBIANOS

CONSORCIO



BIBLIOGRAFIA

- ANGEL, Adelaida : "Organización institucional del sector minero" en Estudios para la Formulación del Plan Nacional de Desarrollo Minero. Consorcio IEC-INTEGRAL. Bogotá, 1985.
- ARCINEGUI, Isidro
E. de : El Dominio Minero, Régimen Jurídico-Administrativo de las minas de hidrocarburos y los minerales radiactivos, Civitas, Madrid, 1979.
- CABALLERO SIERRA,
Gaspar : Los consorcios públicos y privados. Temis, Bogotá, 1985.
- CAJA DE CREDITO AGRA
RIO, INDUSTRIAL Y MI
NERO : Manual de crédito. Bogotá, Julio de 1983.
- CASTRO RUIZ, Marcela: Características esenciales y naturaleza jurídica del contrato de asociación en el derecho colombiano, Tesis de Grado, Universidad de los Andes, Bogotá, Febrero de 1983.
- CODIGO CIVIL : 1983.
- CODIGO DE COMERCIO : 1983.
- COLOMBIA, CONGRESO
NACIONAL : Historia de las Leyes. Legislatura de 1967 DANE. Tomo II Bogotá, 1980. p. 436.



INSTITUTO DE ESTUDIOS COLOMBIANOS

CONSORCIO



2.

COLOMBIA. CONSEJO DE
ESTADO.

: Anales del Consejo de Estado. Tomo 88 números 445
y 446. Bogotá, Primer Semestre de 1975.

Anales del Consejo de Estado. Primer semestre de
1972.

Código Fiscal. Sala de Negocios Generales del Con-
sejo de Estado. Bogotá, 1928.

Anales del Consejo de Estado. Tomo 104, pag. 826
y 55. Primer Semestre de 1983.

CONSEJO DE ESTADO,
SALA DE CONSULTA Y
SERVICIO CIVIL, CON-
CEPTO DE MARZO 11 DE
1972, PONENTE

: Dr. Alberto Hernández Mora, Anales del Consejo de
Estado, Tomo 82, págs. 25ss.

CONSEJO NACIONAL DE
POLITICAS ECONOMI-
CAS Y SOCIAL

: Resolución No. 17 del 19 de Julio de 1972.

CONSORCIO IEC-INTE-
GRAL

: "Esmeraldas, Estudio de Inventoría Minera" en Estu-
dios para la Formulación del Plan Nacional de Desa-
rrollo Minero. Bogotá, 1985.

INTEGRAL

INGENIEROS CONSULTORES



INSTITUTO DE ESTUDIOS COLOMBIANOS

CONSORCIO



3.

CORTE SUPREMA DE
JUSTICIA SALA PLENA: Sentencia del 11 de Diciembre de 1964.
Sentencia de Febrero 28 de 1985.

DECRETO 805 DE 1947

DECRETO 4489 DE 1956

DECRETO EXTRAORDINA-
RIO 2345 DE 1959

DECRETO LEY 2351 DE
1965.

DECRETO LEY 444 DE
1967.

DECRETO 3161 DE 1968.

DECRETO 440 DE 1969

DECRETO 122 DE 1970.

DECRETO REGLAMENTARIO
1275 DE 1970.

DECRETO LEGISLATIVO 1900
DE 1973.

DECRETO 1487 DE 1974.



INSTITUTO DE ESTUDIOS COLOMBIANOS

CONSORCIO



4.

DECRETO 2811 DE 1974.

DECRETO 100 DE 1980.

DECRETO 1155 DE 1980.

DECRETO LEY 222 DE 1983.

DECRETO 1425 DE 1983.

DECRETO 2832 DE 1984.

DECRETO REGLAMENTARIO
3050 DE 1984.

DECISION 24 DE LA COMISION
DEL ACUERDO DE CARTAGENA.

DECISION 27 DE LA COMISION DEL
ACUERDO DE CARTAGENA.

FOMMEL, S.N.

: "Imposición de filiales, sucursales y subsidiarias en Europa Occidental, Canadá y los Estados Unidos" en Derecho Financiero Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid, 1980.

GALAN, Luis Carlos

: Los carbones de El Cerrejón, La Oveja Negra, Abril 1982, Bogotá.



INSTITUTO DE ESTUDIOS COLOMBIANOS

CONSORCIO



5.

ISAZA DELGADO, José Fernando : Consideraciones sobre el contrato de asociación petrolera en Colombia.

LEGOUX, Pierre : Economic Commission for Africa, Economic and Social Council, United Nations, Report Mining legislation in african countries, april 1979.

LEY 110 DE 1912.

LEY 75 DE 1913.

LEY 120 DE 1919.

LEY 13 DE 1937.

LEY 85 DE 1945.

LEY 60 DE 1967.

LEY 20 DE 1969.

LEY 61 DE 1979.

LEY 1 DE 1984.

LONDOÑO ORTIZ, Joaquín : Estudio de la legislación minera en Colombia.

MADRINAN DE LA TORRE, RAMON : Conferencias de Derecho Comercial. Parte General. Pontificia Universidad Javeriana Capítulo V . Pag. 3. Bogotá, 1973.

- MARTIN MATEO, Ramón : Nuevo Derecho Energético, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1982.
- MELO PINZON, Héctor : "Aspectos de Negociación Minera" en Estudios para la Formulación del Plan Nacional de Desarrollo Minero. Consorcio IEC-Integral. Bogotá, 1985.
- MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA: Resolución 2393 de julio 29 de 1977.
Resolución 2437 de 1983.
- MARVÁEZ, José I. : Teoría General de las Sociedades. Legis Editores. 4a. Edición, Bogotá, 1982.
- RTVADENETRA, Luis Mario : Derecho de Minas Colombiano, 2a. Edición, Pirámide Ltda., Bogotá, Noviembre de 1981.
- ROJAS, Fernando : "Legislación tributaria y cambiaria" en Estudios para la Formulación del Plan Nacional de Desarrollo Minero. Consorcio - IEC- Integral, Bogotá, Septiembre de 1985.
- SARRIA, Eustorgio y
SARRIA, Mauricio : Derecho de Minas. Universidad de Caldas. Manizales, 1985.
- SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES : Resolución 05354 de junio 15 de 1974.

7.

VILLARREAL, Ernesto

: Conferencia para Seminario sobre Negociación
Minera Internacional, Universidad de los An-
des, Marzo de 1983.



A N E X O I

ALGUNOS ASPECTOS DE LOS CONTRATOS DE
CARBON, URANIO Y NIQUEL*

* El análisis completo de estos contratos se encuentra en los documentos de:
"Negociaciones y Contratos. Estudios de Caso:
El Níquel de Cerromatoso.
El Cerrejón Zona Norte.
El Uranio."Elaborado por Héctor Melo como parte de los Estudios para la Formulación del Plan Nacional de Desarrollo Minero, Bogotá, 1985, en poder del Ministerio de Minas y Energía.



1. ASPECTOS GENERALES DE LA CONTRATACION EN CARBON

La literatura sobre negociaciones y contratos con compañías multinacionales para la explotación de recursos mineros, ha identificado una serie de puntos comunes, de gran importancia para cualquier negociación específica. Así mismo, sobre la base del análisis de dichos puntos se ha tratado de establecer un conjunto de recomendaciones orientadas a servir de guía en las negociaciones con el objeto de mejorar los beneficios de todo tipo para los países contratantes. Los resultados de este tipo de ejercicios analíticos son bastante conocidos, lo cual no implica necesariamente que sus recomendaciones siempre sean puestas en práctica, como ha señalado Wälde:

"A pesar de que existe un considerable conocimiento disponible en Colombia sobre los problemas y soluciones relativos a los modernos acuerdos mineros, parece que tal conocimiento no se usa siempre que es necesario"* 1/.

El autor atribuye esta situación a la falta de coordinación entre los diversos organismos estatales competentes y la elevada rotación de altos funcionarios, problema que a su vez se deriva del "medio ambiente político".

En las páginas siguientes de esta sección revisaremos algunos de dichos aspectos principales en la contratación de recursos mineros en general, y del carbón en particular.

* 1/ Wälde, Thomas. Colombia. Mineral Development Legislation and the National Mining Plan, p. 23

1.1. Tratamiento a los pagos de intereses

Las compañías multinacionales pueden reducir las utilidades obtenidas en un proyecto, y en consecuencia los ingresos del gobierno provenientes de los impuestos, mediante el mecanismo de los precios de transferencia, consistente en la venta a precios menores o mayores (dependiendo de si se trata del producto final o de insumos y equipos) de los normales, a empresas afiliadas. Un primer obstáculo para contrarrestar esta práctica se encuentra en la dificultad de establecer cuáles serían los precios justos y normales en el caso de realizar las transacciones con empresas no afiliadas.

Una de las modalidades de los precios de transferencia es la contratación por parte de la empresa multinacional, de créditos con empresas afiliadas, a tasas de interés mayores que las del mercado, que permiten al inversionista extranjero la deducción de estos pagos de sus utilidades, y el giro al exterior sin el pago de impuestos.

La utilización de crédito entre empresas afiliadas responde también a otras ventajas para las empresas multinacionales. Por una parte, en la mayoría de países las remesas de interés no están gravadas mientras que las utilidades sí. Así mismo, las autoridades cambiarias son más flexibles cuando se trata de la remisión de intereses que de utilidades. Por otra parte, la obtención de grandes ganancias hace a las compañías susceptibles de mayores impuestos, críticas públicas, e incluso de la nacionalización. Finalmente, en cualquier caso es posible convertir las



deudas en capital pero sin efectuar el proceso contrario.

1.2. Soluciones alternativas al problema

Existen básicamente tres enfoques de solución al problema:

1. Prohibir todas las deducciones por intereses, trátase o no de créditos con empresas afiliadas.
2. No permitir deducciones de interés pagados a empresas afiliadas, y
3. No permitir deducciones de interés sobre deudas que hagan sobrepasar la relación deuda capital de cierta cifra*.

A juicio de Gillis y Beals ^{1/} el enfoque más apropiado es aquel que prohíbe los pagos de intereses a empresas afiliadas y al mismo tiempo coloca un límite a la magnitud de los préstamos sobre los cuales se reconoce deducción de intereses. Se presenta, sin embargo, el inconveniente de identificar con facilidad cuándo se trata de compañías afiliadas. La fijación de un límite a la relación deuda-capital tiene la ventaja de ayudar a controlar las deducciones en los casos en que se hace difícil la identificación de las empresas afiliadas. Por otra parte, este enfoque se complementa con la limitación a pagar tasas de interés más altas que las usuales en el mercado.

* MORENO POSADA, Félix en el documento "Poder de Negociación y Política Carbonera en Colombia", Colciencias-Carbocol, Bogotá, Septiembre de 1979, sos tiene que las medidas restrictivas usuales son: 1) Impedir deducciones por intereses pagados al exterior de cualquier clase; 2) Colocar topes máximos a la relación deuda-capital y permitir solo los intereses comerciales y 3) Establecer un impuesto a los giros de intereses.(pp. 52).

^{1/} GILLIS Malcolm y RALPH E. Beals. Tax and Investment Policies for Hard Mi-



Se argumenta en contra de las medidas tendientes a contrarrestar esta modalidad de precios de transferencia, que dichas deducciones por intereses estimulan la inversión extranjera; en este caso, si los gobiernos están interesados en estimular directamente al capital extranjero, lo más conveniente sería una reducción de las tasas impositivas. También se afirma que el capital prestado por la casa matriz a su filial es una combinación de capital y de deuda. En este caso, en el país de origen se permiten las deducciones de los intereses pagados por la casa matriz y no hay razón para que se deduzcan nuevamente.

1.3. Definición de las empresas afiliadas

En relación con el punto anterior se encuentra el problema de definir las empresas afiliadas. Gillis señala que en muchos países se considera que existe afiliación cuando una compañía controla como mínimo el 51% de otra, definición que deja espacar el hecho de que con participaciones más reducidas una compañía puede tener el control efectivo de otra, y propone lo siguiente:

"El control (...) significa la posesión directa o indirecta de influenciar las decisiones administrativas. Sin limitarla generalidad de lo anterior, se presume que existe tal influencia cuando una persona posee, directa o indirectamente, 25% o más de los votos decisivos sobre otra" (p. 148).

1.4. Impuesto de remesas

Para efectos de considerar modificaciones eventuales en la tasa del impuesto de remesas hay que considerar el nivel impositivo general y su relación conjunta con el porcentaje de impuestos acreditable



en el país de origen del inversionista. En el caso de los Estados Unidos, en 1979, la administración de impuestos aceptaba hasta un 46% de impuestos sobre las utilidades obtenidas por inversiones en el exterior. El país debe tener en cuenta este límite a fin de no permitir situaciones en las que deja de cobrar impuestos que de todas maneras habrá de pagar la compañía extranjera en su país de origen.

1.5. Impuestos de renta

En términos generales, la literatura sobre el tema considera que se deben aplicar a la minería la estructura tributaria general, Gillis critica las propuestas de otorgar incentivos tributarios a la minería, basados en el argumento de que estas actividades presentan mayores riesgos, sosteniendo que no existe evidencia de tal afirmación. Por el contrario, consideran que en la minería existen en general "rentas económicas"* que posibilitan el establecimiento de tasas impositivas mayores que en otras actividades o la aplicación de impuestos a los excesos de ganancias.

* "La renta (sea en minería o en cualquier otra actividad) representa un plusvalor obtenido por algún factor de producción de oferta inelástica y puede ser determinado, en principio, en la actividad minera, deduciendo del ingreso minero bruto los costos de operación y de capital. Una renta puede ser vista como un tipo especial de renta de escasez atribuible a los recursos naturales no renovables. Los recursos de mejores calidades (incluyendo el tenor del mineral, a caso, a mercados, etc.) tendrán a recibir rentas mayores: esto se llama renta diferencial" (pp. 153).



1.6. Impuestos de exceso de utilidades

Este mecanismo busca capturar para el país una gran parte de las ganancias excesivas o extraordinarias que se produzcan como resultado de precios inesperadamente altos en los recursos mineros. Esto se podría lograr calculando las tasas de retorno sobre la inversión en la actividad específica, imponiendo luego tasas mayores sobre las utilidades que excedan de dicho nivel.

- El obstáculo principal que encuentra la implantación de este mecanismo es el de establecer una definición operativa de "exceso de ganancias" o "ganancias inesperadas". El exceso de ganancias, obviamente, debe ser definido con relación a una tasa usual de ganancias, que puede determinarse de dos maneras: 1) La tasa básica de ganancias puede ser la tasa normal de retorno para la economía como un todo o para un sector específico y 2) la tasa básica puede determinarse a partir de la tasa histórica de ganancias de firmas particulares.

1.7. Capital comprado y capital libre (Free Equity)

Se ha señalado la tendencia de los países a considerar la participación en el capital de los proyectos como la panacea para extraer los mayores beneficios económicos. Esta tendencia responde a varias razones:

1. El objetivo de capturar directamente la renta y los ingresos extraordinarios del proyecto.
2. La reducción de las exigencias del capital extranjero, que de



este modo ve reducidos sus riesgos políticos. Desde otro punto de vista se señala que las empresas multinacionales consideran favorable la participación en el capital por parte del país receptor, por cuanto esta situación ofrece mayores garantías a su inversión.

3. La participación en la inversión permite obtener algún control de la administración y mayor acceso a información interna sobre las operaciones de la compañía.

Estos argumentos encuentran sin embargo, algunas objeciones. En primer lugar, los requerimientos de fondos para el proyecto pueden afectar seriamente los programas de inversión generales del país, en especial en aquellos con escasos recursos de capital. o comprometen su capacidad de endeudamiento externo. De otro lado, las inversiones estatales pueden estar desplazando recursos extranjeros que se hubieran invertido en el proyecto. Como afirman Gillis y Beals:

" Si las nuevas inversiones ofrecen perspectivas de retornos aceptables, la empresa extranjera hubiera provisto todos los fondos necesarios, en ausencia de la participación del gobierno" (p. 164).

Con relación al control y conocimiento del proyecto, se afirma que esto puede lograrse sin participación de capital, a través de estipulaciones contractuales. Sin embargo, en cualquiera de los casos, los beneficios de tal participación en la administración no son muy altos, a juicio de Gillis y Beals.

La participación mediante el mecanismo del capital libre es otro instrumento utilizado en algunos países para capturar beneficios económicos. Consiste en la obtención de participación gratuita en el capital del proyecto en una proporción determinada, como compensación por el aporte del recurso minero. Se le compara favorablemente con otros instrumentos de captación de beneficios económicos para el país, como las primas por firma de contrato, los cánones superficiarios y aún las regalías por cuanto depende de los resultados económicos del proyecto.

1.8. Regalías

La regalía ha sido considerada como la contraprestación más conveniente para el país por cuanto no está ligada a la aleatoriedad de los resultados del proyecto, y compensa por la utilización de un recurso natural no renovable. Sin embargo, para efecto de su establecimiento es necesario tener en cuenta dos aspectos:

1. El pago que el país espera como compensación por la extracción del recurso.
2. Los efectos de la regalía sobre las decisiones de producción minera.

Definir el primer punto, el monto de la compensación esperada no es un asunto fácil y el procedimiento apropiado parece ser observar las tasas de regalías fijadas para proyectos similares en otros lugares. Gillis señala que para depósitos de tajo abierto de alta calidad son usuales regalías entre 7 y 15 por ciento, mientras que para minas subterráneas de aproximadamente la misma calidad se si-



túan entre 3 y 8 por ciento, diferencias que se aplican por los mayores costos de minería en este último caso. Así mismo, en general, estos niveles de regalía no conducen a una explotación minera en la cual el operador deje de extraer cantidades significativas del producto. Esto puede ocurrir cuando el nivel de regalía, resulte tan alto que incite a extraer los carbones más superficiales que implican menores costos.

1.9. Formas contractuales

Aunque el tipo de beneficios que se pueden obtener de un proyecto de explotación de un recurso minero son muy amplios, los beneficios económicos constituyen evidentemente los principales al considerar una negociación específica. La forma de obtención de los excedentes económicos determinará las modalidades contractuales. Restrepo Londoño ha propuesto el siguiente cuadro resumen de las posibilidades teóricas de combinación de tres instrumentos (regalía, impuestos, participación estatal en el capital) de obtención del excedente económico).

El Caso No. IV*, que combina la utilización de los tres instrumentos, constituye para Restrepo un sistema bastante seguro por cuanto la regalía genera ingresos permanentes, complementados por el impuesto, - mientras que la participación estatal produce beneficios adicionales y permite un mayor control del proyecto. Claro está que el Gobierno

* Los casos a los que se hace referencia se encuentran en el documento del cual este análisis hace parte, titulado "Negociaciones y Contratos, Estudios de Caso: El Cerrejón Zona Norte" elaborado por Héctor Melo como parte de los Estudios para la Formulación del Plan Nacional de Desarrollo Minero, Consorcio IEC-Integral, Bogotá, 1985.



MECANISMOS DE TRANSFERENCIA DEL EXCEDENTE

ECONOMICO DE LA ACTIVIDAD MINERA

Caso No.	Recibido por Regalía	Recibido por Impuestos	Recibido por Partici- pación estatal en el capital
I	0	Todo	0
II	0	Parte	Parte
III	Parte	Parte	0
IV	Parte	Parte	Parte
V	Todo	0	0
VI	0	0	Todo



comparte los riesgos: "si los resultados operativos llegaren a ser negativos es posible que las pérdidas puedan anular lo que se recibe por regalía". Las dudas formuladas con respecto a la participación estatal en el capital por los riesgos que se corren, pueden disiparse:

"aceptando en términos generales que la minería del carbón de exportación representa una actividad con una potencialidad de generar rentabilidades altas y que el ideal del Estado es en este caso, el de obtener teóricamente fácil aceptar una participación sustancial del Estado en las explotaciones asociado a la iniciativa privada, la cual debe ser gravada con regalías e impuestos generales o específicos".

Sobra decir que esta modalidad de combinación de instrumentos de participación en los beneficios del proyecto es la empleada por Carbocol en el contrato con Intercor para explotación de la Zona Norte de el Cerrejón. Ya hemos mencionado en sección anterior algunas críticas a la participación del país en el capital del proyecto. De otro lado, convendría comparar esta modalidad con otras donde no existiera dicha participación. Se ha dicho que Carbocol obtiene entre el 80 y el 90% de las utilidades aportando tan sólo el 50%. Sin embargo, dada la estructura impositiva existente podría participar con mucho más del 50% sin hacer ningún aporte de capital.

El caso VI representa el extremo donde el Estado asume por su cuenta la explotación, corriendo con todos los riesgos, con el ánimo de captar la totalidad de los excedentes, en el caso de que se produzcan. Esta modalidad se consideró la más favorable para la explotación de El Cerrejón Central. Según Restrepo:



"Este tipo de explotación no asociada es especialmente recomendable para aquellas áreas en las cuales la extracción, transporte y comercialización del carbón se benefician en alto grado de infraestructuras pre-existentes. El caso de la Zona Central de El Cerrejón y otras áreas aledañas es típico de esta categoría" (pp. 112).

El Estudio Nacional de Energía también planteó las ventajas de los contratos de servicios pero en términos mucho más generales. En efecto, se sostiene en el Informe final del ENE, que los cambios ocurridos en la escena internacional permiten que el país pueda adelantar proyectos de gran dimensión sin recurrir al capital extranjero, a no ser que se trate de casos de elevado riesgo. En caso contrario, debe adelantarse la explotación mediante contratos de servicios, especialmente en carbón:

"El país tiene hoy la capacidad de llevar a cabo por su cuenta las tareas de exploración que conlleva bajos riesgos y requisitos moderados de capital, a través de Ingeominas y compañías privadas nacionales o extranjeras, cuando se requiera. De otra parte, Carbocol, con base en la experiencia que adquirirá (sic), ha optado correctamente (sic) por un contrato de servicios para la producción en El Cerrejón Centro, asumiendo íntegramente la comercialización del producto. En explotaciones adicionales, puede estar incluso en capacidad de optar por administrar directamente contratando separadamente los servicios tecnológicos requeridos". (p. 606).

La situación que ha atravesado el proyecto de la Zona Central de El Cerrejón, cuyo contrato de servicios ha sido suspendido unilateralmente, tiene que llevar necesariamente a una profunda revisión de las posibilidades de aplicación de esta modalidad contractual. El hecho de que la forma considerada como más apropiada para la ex



plotación haya fracasado plantea una serie de interrogantes que por el momento no pueden ser resueltos debido a la falta de información. Puede ser que la forma contractual sea apropiada pero no existe la suficiente capacidad técnica y administrativa para el manejo del proyecto. O que los riesgos son muy elevados, toda vez que la variación de precios en un corto período de tiempo genere grandes pérdidas en el proyecto .

1.10. Técnicas de negociación *

1.10.1. Exploraciones previas como requisito para una mejor posición negociadora.

En general, existe acuerdo sobre la necesidad de fortalecer la posición negociadora del país mediante la realización por cuenta propia, mediante contratos con firmas nacionales o extranjeras, de los estudios explotatorios que permitan determinar las perspectivas de los proyectos. De este modo, se evita llegar a la mesa de negociaciones en condiciones notorias de inferioridad frente al inversionista extranjero. El Estudio Nacional de Energía señala la necesidad de negociar el contrato de explotación una vez llevada a cabo la etapa de exploración, con excepción de las situaciones de muy alto riesgo y Restrepo sostiene que una negociación reali

* Evidentemente los puntos mencionados aquí son completamente generales. Cada negociación requerirá de técnicas específicas y la consideración de condiciones particulares del país en cuanto a su situación económica.



zada después de las labores de exploración puede arrojar mejores contraprestaciones para el país, por cuanto ha de saparecido uno de los elementos de riesgo (geológico) para el inversionista.

Esta posición, claramente orientada a mejorar la posición negociadora del país, ha recibido algunas críticas por Wälde, que sostiene que existen mecanismos alternativos a la fijación definitiva de las reglas de juego antes de iniciar la exploración, práctica que puede ser perjudicial para el país, sobre todo en el caso de yacimientos bastante rentables. Así mismo, los limitados recursos de los organismos estatales y los altos riesgos de exploración - (Wälde indica que por cada US\$ 5 gastados solamente US\$ 1 resulta en descubrimientos comerciales), limitan la aplicación de tal estrategia de negociación.

1.10.2. Modelos de Contratos.

La experiencia en negociaciones ha conducido en muchos países a la elaboración de modelos de contratos en los que muy pocos puntos quedan abiertos para la discusión entre las partes. Este procedimiento permite que las negociaciones se concentren en muy pocos temas y que un contrato pueda ser comparado fácilmente con otro.

Aunque se argumenta en contra de este procedimiento que cada negociación es única y presenta características específicas, en gran medida los temas en cualquier proyecto mi



nero de gran escala con inversionistas extranjeros, son similares. En consecuencia se ha considerado conveniente el diseño de modelos contractuales, cuya elaboración consulte las variaciones que se están presentando en las diferentes negociaciones sobre carbón en el mundo. A juicio de Wälde, la elaboración de un contrato modelo presenta una serie de ventajas:

1. Permite la recopilación de información de fuentes internas y externas, sin la presión de una negociación actual.
2. Facilita la coordinación de las entidades gubernamentales.
3. Fortalece la posición negociadora del gobierno y reduce el tiempo y el personal requerido para las negociaciones.
4. Es un ejercicio útil para formular una política gubernamental clara y consistente.
5. Funciona como un instrumento para promover la inversión al reducir el tiempo de negociación y las ambigüedades de posiciones contradictorias dentro del Gobierno.

1.10.3. Seminario permanente sobre negociación.

Uno de los instrumentos recomendados por diversos autores es la conformación de un organismo cuya principal función

sería la de servir de consulta en las negociaciones. Este organismo mantendría información sobre todos los aspectos importantes en las negociaciones y contratos, elaboraría los modelos contractuales y prestaría asesoría en las negociaciones específicas. Se compondría de funcionarios de los diferentes organismos estatales relacionados con la contratación con capitales extranjeros en el sector minero.

2. ASPECTOS DE LAS NEGOCIACIONES Y CONTRATOS EN URANIO

Los dramáticos cambios ocurridos en el panorama de la energía nuclear en el mundo conducen a unas proyecciones pesimistas del mercado mundial del uranio durante el resto de la década del ochenta. La nueva situación caracterizada por el exceso de producción y de capacidad de producción, así como por las perspectivas inciertas de la demanda por energía nuclear provoca una reducción de las actividades exploratorias y de interés por parte de las empresas multinacionales. En el año de 1982, todas las compañías extranjeras interesadas en la exploración del uranio en Colombia abandonaron el país. A juicio de algunos analistas las perspectivas de desarrollo en uranio se han aplazado para un futuro distante.

La experiencia obtenida permite, sin embargo, analizar algunos aspectos de las negociaciones y contratos en uranio, como referencia para casos posteriores. Existen así mismo, algunos puntos comunes a la contratación en uranio que hacen parte de los instrumentos disponibles en la literatura orientada a colaborar con los países subdesarrollados en sus negociaciones con las empresas multinacionales.

En un informe elaborado por Gillis para el Estudio Nacional de Energía se analizan una serie de puntos importantes relativos a la política de explotación del uranio y a las negociaciones y contratos con compañías extranjeras: 1/

1/ Gillis, M., Contratos de Energía en Colombia.



- 1.- Las perspectivas de beneficio fiscales para el país encuentran obstáculos por varias circunstancias. Por un lado las obligaciones fiscales de las empresas extranjeras son menores que las establecidas en países como Canadá y Estados Unidos. Por el otro, restricciones no fiscales como la incertidumbre sobre la posibilidad de exportar el uranio por parte de dichas empresas, limitan el desarrollo potencial de la exploración.
- 2.- El impuesto al exceso de ganancias establecido no es muy efectivo, puesto que comienza a operar después de que la compañía ha repartido totalmente el valor actualizado de sus inversiones originales. Según Gillis, los contratos en uranio presentan el mismo problema que los de petróleo y carbón; no hay estipulaciones que garanticen una adecuada participación del Gobierno en los proyectos muy rentable. El autor propone un sistema alternativo a la fórmula de transferencia del 42% de los ingresos netos del contratista al IAN, compuesto de dos características:
 - a. Establecimiento de una escala creciente de reparto de la producción entre la empresa estatal colombiana y el contratista extranjero, relacionada con el tamaño del yacimiento y el contenido del mineral.
 - b. Inclusión de una cláusula que asegure la participación del país en los beneficios derivados del precio favorable.



3. Colombia, así como otros países en desarrollo, carece de adecuadas estipulaciones contractuales para limitar el deterioro ambiental y humano producido por los niveles de radioactividad de la minería del uranio. Aunque se establece la obligación de prevenir estos daños, los contratos no disponen las penas, si se comete infracción.
4. En caso de que un depósito sea declarado comercial, COLURANIO deberá pagar la mitad de los costos de explotación actualizados con el LIBOR con dos puntos de interés. Esta tasa de interés es demasiado alta.

Por su parte, Zamora realiza un análisis de los contratos en uranio que aplica específicamente al caso colombiano. En primer lugar, considera que dado que la posibilidad de utilizar el mineral como combustible para uso doméstico es remota, la opción a considerar es la de permitir o no la venta del uranio en el mercado internacional por parte de las compañías extranjeras. El autor considera que un paso necesario es el establecer el sistema legal que permita la venta del producto, a fin de mantener la consistencia de la política general con respecto al uranio. ^{1/}

Con relación a la elección del tipo de contrato apropiado Zamora considera que la modalidad utilizada, de participación en la producción, puede no ser la más conveniente dado el grado de desarrollo de las negociaciones. Señala que los

^{1/} Zamora, José Armando, "Policy Analysis on Colombian Uranium Resources" Tesis MIT, Mayo 1983.

Contratos de concesión tienen ventajas sobre los otros puesto que no existe interés por parte del país en consumir el producto. Así mismo, proporciona un conjunto de ingresos fiscales derivados de las regalías e impuestos y permite iniciar el entrenamiento de nacionales en la operación de proyectos de este tipo. Finalmente el autor acoge la propuesta del Estudio Nacional de Energía consistente en la creación de un grupo permanente de estudio y análisis de negociaciones y contratos, que asesore en la selección de los contratos más apropiados en las condiciones específicas.

Buena parte de los temas principales en la contratación (pago de intereses, relación entre empresas afiliadas, precios de transferencia, impuesto al exceso de utilidades, regalías, etc.) son comunes a diversos minerales. En otro informe se han tratado dichas materias por lo cual se hace innecesario repetir aquí aquellos planteamientos.

Resta por comentar, solamente, algunos aspectos específicos relativos al uranio:

- 1.- A juicio de varios analistas el hecho de que la exploración y explotación del uranio sea adelantada por empresas estatales han conducido a descuidar la vigilancia de muchos países sobre el tipo de exigencias fiscales que puede establecer. Esta situación responde a la consideración de que dichas empresas no actúan motivadas por el afán de obtener ganancias sino de



INSTITUTO DE ESTUDIOS COLOMBIANOS

CONSORCIO



21.

garantizar suministros para sus países. Tal posición ha sido criticada, poniendo en duda las ventajas aparentes de negociar con empresas estatales señalando la necesidad de no ceder en el beneficio fiscal del país.

- 2.- Existen dificultades para establecer los precios del uranio válidos para efectos fiscales en los contratos, por cuanto las características del mercado (integración vertical, transacciones entre afiliados, etc.) dificultan la fijación de un precio de mercado internacional. Gillis, estudiando las posibles soluciones a esta situación, sugiere que en aquellos casos donde el país no tenga el suficiente poder de negociación para determinar los precios, debe recurrir a las negociaciones y finalmente al arbitramento. En este último caso, debe estar claramente reglamentado, especificando los precios que se utilizarán como referencia.
- 3.- Finalmente las consideraciones sobre salud, seguridad y conservación del medio ambiente adquieren mayor importancia dadas las características del mineral. Aunque los contratos consideran el punto y determinan que el contratista debe adoptar medidas para prevenir los daños en personas y medio ambiente, no estipulan las sanciones para el incumplimiento.



3. EL CASO DEL NIQUEL DE CERROMATOSO

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° 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 conoci-



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.



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" ^{1/}. Los desarrollos posteriores del Proyecto re-

^{1/} Cf. Rivera Milton Ruiz, Ingeniero Industrial, Informe sobre la Visita a la Planta Piloto Instalada en Riddle, Oregon, U.S.A., sept



INSTITUTO DE ESTUDIOS COLOMBIANOS

CONSORCIO



25.

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 concluida 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 ^{1/}.

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

^{1/} 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 des-
acuerdos permanentes con el Ministerio cuando se trate de efectuar las
liquidaciones trimestrales estipuladas. En el texto del recurso de re-
posición que CMS.A. interpuso contra la Resolución 000588 del Minis-
terio (de 18 de abril de 1983) mediante la cual se liquidaron las re-
galías 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 a-
ños de la Concesión 866 se presenten discrepancias de criterio sobre
cuáles precios y costos son admisibles y cuáles no" 1/.

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 presenta-
ron 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 impli-
caciones sobre el reparto de los beneficios del Proyecto. La primera
tabla compara las cifras de la propuesta de los inversionistas extran-
jeros (CONICOL - Hanna) con lo negociado por el gobierno, todo en tér-

1/ Incluida en CMS.A., Regalías, marzo 30 de 1984 (compilación foto-
copiada).



minos 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	875.467	875.467
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 7%)	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.	478.456	354.269
14. Valor en boca de mina	397.008	521.198
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)	83.173	94.782
21. Sub-Total	313.835	426.416
22. Menos agotamiento	36.525	47.527
23. Más: Deducción especial (línea 6)	126.740	- -
24. Menos intereses	64.725	25.500
25. Renta gravable	375.850	353.389
26. Importenta y Complementarios	195.878	190.435
27. Utilidades a distribuir	221.497	210.481
28. Impuestos locales y aduaneros	15.342	15.342



31.

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.



INSTITUTO DE ESTUDIOS COLOMBIANOS

CONSORCIO



32..

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. Nos 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 ^{1/}

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

^{1/} 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 1/.

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" 2/. Auncuando 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

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

2/ 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 ^{1/}. 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.

^{1/} Cf. Burke, Frank M. Jr. & Bowhay Robert, 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 niquelífero 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 niquelífero 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		
				Fe	MgO	SiO ₂	Al ₂ O ₃	LOI	Fe	C	S
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

		Metros Cúbicos	Toneladas Secas
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 1/. Se trataba de saber, en el caso de la propuesta de mine-

1/ 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



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



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 1/.

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.

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



46.

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 tras pasados 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 caracter 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 caracter 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 1/. 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-

1/ Silva Hernández Lucia de, "Inversión Extranjera-Tratamiento Tribu-

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

51.

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 estadinense 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 1/.

1/ 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-



54.

ños posteriores desaparecieron o disminuyeron enormemente" ^{1/}. 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.

^{1/} Carta de Hendrik van der Heigden, 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

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



57.

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,



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



INSTITUTO DE ESTUDIOS COLOMBIANOS



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.

DIAGRAMA

CONTENIDO



CONSORCIO

INSTITUTO DE ESTUDIOS COLOMBIANOS



60

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).

Concesión Minera/INTEGRAL Ingenieros
Consultores

338.2 I611c Ej.1

CATALOGADO POR: HELP FILE LTDA

FECHA PEDIDO	PRESTADO A	FECHA DEVUELTO