

TRANSITO DE LEGISLACION - Contratos para la exploración y explotación de minerales / CERRO MATOSO - Tránsito de legislación en contratos / CONTRATO PARA LA EXPLORACION Y EXPLOTACION DE MINERALES - Incorporación automática de áreas correspondientes a Contratos de Concesión previamente suscritos por el Ministerio de Minas y Energía / CONTRATO PARA LA EXPLORACION Y EXPLOTACION DE MINERALES - Prórroga

La consulta se circunscribe a tres contratos celebrados en distintas épocas, entre la autoridad pública competente y entidades públicas y privadas, con el objeto de adelantar operaciones de exploración, explotación y procesamiento de minerales. Dichos contratos, actualmente en ejecución por parte de la sociedad privada Cerro Matoso S.A., cubren un lapso que hoy puede delimitarse entre los años 1963 y 2029, tiempo durante el cual las leyes que regulan su objeto y en general la actividad minera, han cambiando sucesiva y sustancialmente, así como también, por voluntad de las partes, las estipulaciones contractuales originales. Se trata entonces de examinar los efectos del tránsito de legislación y el impacto de las modificaciones contractuales posteriores sobre los contratos de concesión 866 y 1727, para lo cual es pertinente realizar un repaso de la normatividad aplicable y un análisis de las cláusulas contractuales que regulan la duración de los contratos y fijan diversas obligaciones y derechos en cabeza de las partes contratantes. A lo que la Sala responde: "¿Se podía pactar en los Contratos de Exploración y Explotación Minera que se suscribían en virtud del aporte, que había sido otorgado en los términos de los artículos 48 y siguientes del Decreto Ley 2655 de 1988, cláusulas que de forma anticipada previeran la incorporación automática de áreas correspondientes a Contratos de Concesión previamente suscritos por el Ministerio de Minas y Energía? Sí, pues el artículo 51 del decreto ley 2655 de 1988, vigente cuando se firmó el contrato 051-96M, previó expresamente que al área del aporte se integrarían aquellas áreas correspondientes a títulos mineros anteriores sobre los mismos minerales que presentaran superposición con el área del aporte. Y dispuso, además, que la integración de las áreas ocurriría ipso facto o automáticamente al perder su vigencia los títulos preexistentes al aporte, si así lo hubiere pedido el interesado. ¿Imposibilita la desaparición de la figura jurídica del aporte minero, el cumplimiento de lo pactado en la cláusula vigésima octava del Contrato de Exploración y Explotación No.051-96M? La desaparición de la figura jurídica del aporte minero en la ley 685 de 2001 no afecta la vigencia ni la validez del contrato 051-96M, en lo relativo a que "al vencimiento del período de explotación" de las concesiones 866 y 1727 las respectivas áreas entrarán a hacer parte del contrato de Aporte, conforme a lo pactado en la cláusula 28. Ello es así porque la propia ley 685 de 2001, en varias disposiciones y especialmente en los artículos 14 y 351, dejó a salvo los derechos provenientes de los contratos celebrados sobre áreas de aporte. ¿Lo pactado entre el Estado y Cerro Matoso S.A. al momento en que esta última solicitó acoger los contratos Nos. 866 y 1727 a las previsiones de la Ley 685 de 2001, sustituyó integralmente cualquier pacto anterior celebrado entre las mismas partes sobre los mismos contratos? En cuanto el artículo 349 de la ley 685 de 2001 estipula que los contratos de concesión que hubieren sido objeto de modificación integral serán ejecutados "como de concesión para explorar y explotar, en los términos y condiciones establecidos en este Código", lo pactado en los contratos modificatorios de 2005 sustituye lo que estuviera acordado en los contratos de concesión precedentes. Sin embargo, los contratos modificatorios de las concesiones 866 y 1727 no pueden incidir en los derechos y obligaciones de que son titulares las Partes en virtud de un contrato diferente, el de aporte minero 051-96M, porque este contrato, que es especial y conserva su identidad y autonomía frente a los contratos de concesión, no ha sido objeto de modificación. ¿En caso de que la Sala de Consulta y Servicio Civil

considere viable que se pacte la prórroga de los contratos de concesión Nos. 866 y 1727 en los términos de la Ley 685 de 2001, la Autoridad Minera podría imponer contraprestaciones adicionales a la simple regalía o, en su defecto, podría el concesionario minero ofrecer en ejercicio de la autonomía de su voluntad, pagos y contraprestaciones mayores al pago de las regalías? En este punto la Sala se remite a la respuesta anterior, que excluye la posibilidad de prórroga de los contratos de concesión 866 y 1727. ¿En caso en que sea negativa la respuesta a la pregunta 4.3., es posible renegociar las condiciones económicas del Contrato de Exploración y Explotación No. 051-96M, teniendo en cuenta que éste tiene vigencia inicial hasta el año 2026?" El contrato No. 051-96M es renegociable en todos sus aspectos, por las razones aquí expuestas, siendo deber constitucional del Gobierno velar porque este contrato, en sus nuevos términos, guarde armonía con los modernos estándares de la legislación minera y ambiental, y proteja eficazmente la integridad del patrimonio de la Nación y los derechos sociales implicados en la actividad de la gran minería.

NOTA DE RELATORIA: Autorizada la publicación con oficio OF112 00105310 JMISC 3302 de 25 de septiembre de 2012.

FUENTE FORMAL: LEY 685 DE 2001

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: AUGUSTO HERNANDEZ BECERRA

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de septiembre de dos mil doce (2012)

Radicación número: 11001-03-06-000-2012-00079-00(2122)

Actor: MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA

Referencia: Contratos para la exploración y explotación de minerales. Tránsito de legislación.

El señor Ministro de Minas y Energía plantea en su consulta varias preguntas relacionadas con "la legalidad de las cláusulas que en el año de 1996 fueron pactadas en el contrato de Exploración y Explotación Minera No. 051-96M, según las cuales, a la fecha de vencimiento de los Contratos de Concesión Nos. 866 y 1727, las áreas de estos serían incorporadas al contrato de Exploración y Explotación No. 051-96M."

Con base en el texto de la consulta y en los documentos acompañados a ésta, se sintetizan los siguientes

I. ANTECEDENTES

A. Los títulos mineros y sus dueños

La consulta versa sobre 3 títulos mineros que actualmente posee la Sociedad Cerro Matoso S.A., dos de los cuales están contenidos en los contratos de

concesión N° 866 de 1963 y N° 1727 de 1971, y el tercero en el contrato de exploración y explotación N° 051-96M.

Originalmente, el contrato N° 866 de 1963 se celebró con la empresa Richmond Petroleum Company of Colombia y el contrato N° 1727 de 1971 con la Compañía de Níquel Colombiano S.A. - CONICOL y el Instituto de Fomento Industrial - IFI.

Los beneficiarios iniciales de los dos contratos de concesión mencionados, unos privados y otros estatales, transfirieron sus derechos en sucesivos negocios a otras empresas, las cuales crearon en 1979 la empresa Cerro Matoso S.A. como una sociedad de economía mixta. Cerro Matoso S.A., a su vez, registró varios cambios en su composición accionaria¹ hasta convertirse en una empresa perteneciente a un solo dueño privado, BHP Billiton.

El contrato de exploración y explotación No. 051-96M fue suscrito el 13 de noviembre de 1996 entre MINERALCO S.A. y Cerro Matoso S.A., como un contrato de gran minería para la exploración y explotación del níquel y otros minerales asociados o en liga íntima, en una parte del área del Aporte Minero No. 20853 que el Ministerio de Minas y Energía había otorgado a MINERALCO S.A.²

B. Los Contratos de Concesión Nos. 866 de 1963 y 1727 de 1971

1. El contrato de concesión N° 866 de 1963

El contrato de concesión N° 866 se suscribió el 30 de marzo de 1963, en vigencia del decreto 805 de 1947³, con el objeto de obtener el aprovechamiento económico de los depósitos de níquel en un área de 500 hectáreas en jurisdicción del municipio de Montelíbano.

Debido a distintas vicisitudes de orden jurídico, el contrato no se elevó a escritura pública ni se publicó en el Diario Oficial, es decir, no se perfeccionó. El 22 de julio de 1970 las Partes⁴ suscribieron un “Contrato Adicional”, para el aprovechamiento del níquel y demás minerales que se encontraran en el área delimitada en el contrato 866 original, acordaron perfeccionar éste y sometieron ambos contratos a las leyes 60 de 1967 y 20 de 1969, a los decretos 805 de 1947 y 292 de 1968 y demás normas vigentes, que se incorporan a sus cláusulas y “por consiguiente, modifican el contrato original.”⁵

¹La consulta informa que el 20 de abril de 1971, E.P. No.1598, Notaría Décima de Bogotá, el IFI traspasó sus derechos en el Contrato 866 a la Empresa Colombiana de Níquel, ECONÍQUEL. El 31 de marzo de 1980, ECONÍQUEL y CONICOL (E.P. Nos. 1431 y 1432, Notaría Séptima de Bogotá) cedieron a CERRO MATOSO S.A., los derechos e intereses derivados de los dos contratos de concesión, 866 y 1727. Por decreto 1749 de 1996, el gobierno nacional aprobó el plan de enajenación de las acciones de FIDUIFI. Cerro Matoso S.A. dejó de ser sociedad de economía mixta el 18 de febrero de 1997.

² Por Resolución No. 701076 del 12 de septiembre de 1996, el Ministerio de Minas y Energía otorgó a Minerales de Colombia S.A., MINERALCO S.A., el Aporte Minero No. 20853, con fundamento en el artículo 48 del D. L. 2655 de 1988, “Por el cual se expide el Código de Minas”. Art. 48: “Aporte Minero. El aporte minero es el acto por el cual el Ministerio otorga a sus entidades adscritas o vinculadas que tengan entre sus fines la actividad minera, la facultad temporal y exclusiva de explorar y explotar los depósitos o yacimientos de uno o varios minerales que puedan existir en un área determinada.”

³ Decreto 805 de 1947 (marzo 5), “Por el cual se reglamenta la ley 85 de 1945, se sustituyen los decretos 1054 de 1932 y 1343 de 1937 y se dictan otras disposiciones sobre minas”. D. O. No. 26.386 de mayo 24 de 1947.

⁴ Las Partes en este Contrato Adicional fueron la Nación- Ministerio de Minas y Petróleos, de una parte; y de la Otra, el IFI, CONICOL y ECOMINAS quienes habían adquirido los derechos de Chevron Petroleum Company of Colombia, que su vez había sustituido a Richmond Petroleum Company, la Concesionaria en el contrato Original de 1963.

⁵ Cfr. las consideraciones expuestas en el Contrato Adicional y las cláusulas: primera, cuarta y trigésima tercera, especialmente.

En su cláusula TRIGESIMA⁶ se estipuló una duración de 25 años prorrogable por 5 años más, para el período de explotación y de procesamiento. Posteriormente se fijó el 1° de octubre de 1982 como fecha de iniciación de dicho término.

2. El contrato de concesión N° 1727 de 1971

En el marco de las leyes 60 de 1967 y 20 de 1969 y el decreto reglamentario 1275 de 1970, fue suscrito el contrato de Concesión N° 1727 del 10 de febrero de 1971, con el objeto de obtener el aprovechamiento total de los yacimientos de níquel en un área de 186 hectáreas, en jurisdicción del municipio de Montelíbano.

En la Cláusula NOVENA⁷ se acordaron 30 años para el período de explotación, y su iniciación se definió más adelante, junto con la del contrato N° 866, a partir del 1° de octubre de 1982.

3. La gestión conjunta de los contratos de concesión 866 y 1727 y sus modificaciones integrales de julio de 2005

a) Duración del período de explotación y fecha de vencimiento:

En atención a que Cerro Matoso S.A. era la titular de los contratos de Concesión Nos. 866 y 1727, el Ministerio de Minas autorizó la exploración y explotación conjunta de las áreas concesionadas en dichos contratos, mediante la Resolución N° 001906 de julio 16 de 1979⁸.

Una vez estuvo lista la planta para iniciar la producción, se estipuló que el período de explotación de los Contratos 866 y 1727 iniciara en forma conjunta el 1° de octubre de 1982, según autorización expedida por Auto N° 00453 de la División Legal - Sección Legal de Minas del Ministerio,⁹ por lo cual quedó acordado que la fecha de terminación del contrato 1727 sería el 1° de octubre de 2012.

El 10 de octubre de 1996 se firmó la prórroga de 5 años pactada en la cláusula trigésima del Contrato Adicional del Contrato 866¹⁰ y, en consecuencia, la fecha de terminación común de los contratos de Concesión Nos. 866 y 1727 quedó unificada en el 1° de octubre del 2012.

b) Los contratos modificatorios de julio 22 de 2005:

Al entrar en vigencia la ley 685 de 2001, nuevo Código de Minas, la empresa Cerro Matoso S.A. solicitó la modificación de los Contratos de Concesión Nos. 866 y 1727 fundamentándose en el artículo 349 que dice así:

⁶ Contrato 866, cláusula TRIGESIMA: "El período de explotación y de procesamiento del contrato original y del presente contrato adicional será de veinticinco (25) años, prorrogable por cinco (5) años más, previo acuerdo entre el Gobierno y el Concesionario. Dicho período se contará a partir del vencimiento definitivo del término señalado en la cláusula séptima de este contrato adicional".

⁷ Contrato 1727, cláusula Novena: "El período de explotación será hasta de treinta (30) años, contados a partir del vencimiento definitivo del período de montaje, durante el cual el CONCESIONARIO deberá explotar anualmente una cantidad mínima de 80.000 tons. de mineral conjuntamente con los contratos 1726 y 1728. Pero si en curso de la explotación se demostrare la imposibilidad de obtener esa cantidad, se procederá en la forma contemplada en el artículo 106 del Decreto 1275 referido."

⁸ Así se indica en la Consideración 4) del Contrato Modificatorio (de julio de 2005) del Contrato 866; y en la Consideración 3) del Contrato Modificatorio (de julio de 2005) del Contrato 1727.

⁹ Así lo afirma la Consulta; no se anexó el acto administrativo.

¹⁰ "Otrosí al Contrato Adicional del Contrato de Concesión No. 866", firmado el 10 de octubre de 1996 para prorrogar 5 años el período de explotación, contados a partir del 1° de octubre de 2007.

“ARTICULO 349. SOLICITUDES Y PROPUESTAS. Las solicitudes de licencias de exploración y explotación y los contratos de concesión, que al entrar en vigencia el presente Código se hallaren pendientes de otorgamiento o celebración, continuarán su curso legal hasta su perfeccionamiento, conforme a las disposiciones anteriores. Sin embargo, el interesado, dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha de tal vigencia, podrá pedir que sus solicitudes de licencia se tramiten de acuerdo con las nuevas disposiciones sobre propuestas de contrato de concesión o se modifiquen las licencias de exploración o explotación o los contratos que hubiere suscrito, para ser ejecutados como de concesión para explorar y explotar, en los términos y condiciones establecidos en este Código. En la modificación de tales contratos se fijará el término para la exploración, descontando el tiempo de duración de las licencias que les hubieren precedido.”

El 22 de julio de 2005 INGEOMINAS y Cerro Matoso S.A. suscribieron la “MODIFICACION INTEGRAL AL CONTRATO DE CONCESION No. 866...” y la “MODIFICACION INTEGRAL AL CONTRATO DE CONCESION No. 1727...”. Ambas modificaciones fueron inscritas el 11 de agosto del mismo año 2005 en el Registro Nacional Minero.

C. El Contrato de Exploración y Explotación N° 051-96M

Años atrás, el 13 de noviembre de 1996, MINERALCO S.A. y Cerro Matoso S.A. habían celebrado el Contrato de Exploración y Explotación No. 051-96M, sobre parte del área del Aporte Minero No. 20853 del cual era titular MINERALCO S.A.¹¹ y conforme a la Resolución 701076 de 1996, que constituyó dicho aporte, el citado contrato 051-96M previó que cuando expiraran los contratos de Concesión Nos. 866 y 1727 sus áreas se integrarían a la de este Aporte.

El fundamento del acto administrativo citado y de las estipulaciones contractuales mencionadas fue el artículo 51 del decreto ley 2655 de 1988, Código de Minas, que decía así:

*“Art. 51. Superposición de áreas. Para el otorgamiento de un aporte no será necesario eliminar previamente las superposiciones parciales que presente con solicitudes o títulos anteriores sobre los mismos minerales, sea que dicho aporte los abarque total o parcialmente dentro de sus linderos. En este caso, el aporte se entenderá otorgado con exclusión de las áreas cubiertas por dichas solicitudes y títulos mientras se hallen vigentes. Al perder su vigencia, las mencionadas áreas quedarán **ipso facto**, integradas al aporte si así lo hubiere pedido la entidad interesada.”*
(Las negrillas son del original).

Así pues, en las Consideraciones d), e), f) y g) del contrato 051-96M se lee que “de conformidad con el Artículo 51 del Código de Minas y la Resolución No. 701076 de 1996 del Ministerio de Minas y Energía, a partir de la fecha en que expire el período de las Concesiones las respectivas áreas (en adelante, en conjunto, ‘el Area de las Concesiones’) quedarán integradas al Aporte”; y que Cerro Matoso S.A., como titular de las Concesiones Mineras Nos. 866 y 1727, solicitó a MINERALCO “el derecho ... a continuar explorando y explotando el Area

¹¹ Conforme a la Resolución No. 701076 de 1996, el área del Aporte Minero N° 20.85, fue de 218.700 Has. aproximadamente. Por decreto 1938 del 28 de octubre de 1996, el Gobierno Nacional había autorizado a MINERALCO S.A. la celebración de un contrato de gran minería para el área de dicho aporte, y estableció los criterios para la contratación directa con Cerro Matoso S.A.

de las Concesiones a partir de la expiración del período de explotación de las Concesiones”.

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

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

La cláusula del contrato 051-96M que delimita exactamente los regímenes contractuales y su aplicación, teniendo en cuenta las distintas condiciones jurídicas y fácticas bajo las cuales se encontraba el área total del Aporte 20853, es la Cláusula SEGUNDA, en la cual se diferencian y definen las siguientes "áreas":

1. El *área del Aporte*, que corresponde a las 218.700 Has. del Aporte No. 20853;
2. El *Area Total Contratada*, que fue originalmente de 77.483 Has. 5254 Mts.²;
3. El *Area Neta Contratada*, que resulta de excluir del Area Total Contratada, las áreas correspondientes a títulos mineros o solicitudes de licencia en trámite presentadas antes del 12 de septiembre de 1996, las zonas que hubiere que legalizar, otras áreas correspondientes a licencias de exploración identificadas en la misma cláusula; y las áreas de los contratos de concesión Nos. 866 y 1727, que para todos los efectos y a lo largo del clausulado se identifican como el "Área de las Concesiones".¹²

La expresión "Área de las Concesiones" se utiliza, entonces, para identificar las áreas de los contratos 866 y 1727 y las condiciones acordadas para cuando éstas áreas se incorporen al Area Total Contratada, que es el área dentro de la cual Cerro Matoso S.A. adquiere los derechos y las obligaciones inherentes al objeto del contrato 051-96M.

La Cláusula TERCERA señala que el contrato 051-96M estará vigente, en relación con el Area Total Contratada, por un término inicial de 30 años contados a partir de su firma (literal a), y que a su vencimiento se prorrogará por 15 años, siempre y cuando Cerro Matoso S.A. haya cumplido sus obligaciones contractuales y haya solicitado la prórroga por lo menos con 6 meses de anticipación. También se acuerda que este contrato podrá continuar prorrogándose, previa solicitud de Cerro Matoso S.A. con antelación de 6 meses.

En relación con el Area de las Concesiones, específicamente, la cláusula TERCERA señala en el literal b) que, como a la expiración de los contratos la respectiva zona "se incorpora automáticamente al Area Total Contratada, a partir

¹² Cfr. Cláusula Segunda del Contrato 055-96M, en especial el literal (A) de la letra (i) del numeral (1).

de dicho momento se sujeta a lo previsto en el literal (a) anterior", esto es, al plazo de treinta años pactado para el Area Total Contratada.

Posteriormente las partes suscribieron dos Otrosí al contrato 051-96M: el N° 01 del 11 de abril de 2002 y el N° 02 del 17 de mayo de 2007. El primero modifica al área contratada, por la devolución de unas zonas y la incorporación de otras licencias y el segundo adiciona el objeto del Contrato para incluir la exploración, el montaje y la explotación del carbón.

Informa la consulta que en septiembre de 2011 se iniciaron conversaciones con Cerro Matoso S.A., y que actualmente la Agencia Nacional de Minería - ANM adelanta los estudios necesarios "para definir los términos y condiciones en que podría desarrollarse una eventual modificación del Contrato de Exploración y Explotación No. 051-96M, de tal suerte que se adopte de la manera más favorable a los intereses del Estado y de las comunidades locales, conforme a la normatividad vigente."

D. La situación jurídica actual según aparece planteada en la consulta

La consulta indica que "los Contratos de Concesión Nos. 866 y 1727 presentan como fecha de terminación el día treinta (30) de septiembre de dos mil doce (2012). Su régimen jurídico aplicable es el de la Ley 685 de 2001, actual Código de Minas, toda vez que en virtud del artículo 349 de dicha Ley, el Concesionario Cerro Matoso S.A., se acogió al régimen de Concesión Minera previsto en este nuevo Código."

La consulta incluye una representación gráfica de las áreas de los contratos y analiza el "Marco Jurídico" de la siguiente manera:

1. El "aporte minero" que existía de tiempo atrás como una forma propia de administración del recurso minero, fue regulado integralmente por el Decreto Ley 2655 de 1988, que en el artículo 48 lo definió como el acto por el cual el Ministro de Minas y Energía otorgaba a sus entidades adscritas o vinculadas que tuvieran entre sus fines la actividad minera, la facultad temporal y exclusiva de explorar y explotar los depósitos o yacimientos de uno o varios minerales que pudieran existir en un área determinada. En los artículos 78 y siguientes, el citado decreto ley señaló y desarrolló la naturaleza y el régimen del aporte minero.

2. El actual Código de Minas, adoptado por la ley 685 de 2001, eliminó la figura del "aporte minero", y "en consecuencia el Ministerio de Minas y Energía, mediante Resolución No. 18 1320 del 16 de octubre de 2001, ordenó la cancelación de la inscripción en el Registro Minero Nacional de los Aportes Mineros entre los cuales se encontraba el aporte No. 20853 otorgado a MINERALCO."

3. Sin embargo, la ley 685 de 2001 dispuso en su artículo 351: *"Los contratos mineros de cualquier clase y denominación celebrados por los entes descentralizados sobre zonas de aporte, continuarán vigentes, incluyendo las prórrogas convenidas..."*.

Debido a esta disposición, expresa la consulta, coexisten títulos mineros de distinta naturaleza, en particular porque los contratos celebrados en vigencia del decreto ley 2655 de 1988, en área de aporte, fueron resultado de un proceso de negociación de los términos y condiciones de ejecución y de la modalidad y monto de las contraprestaciones económicas, en tanto que los contratos de concesión sujetos a la ley 685 de 2001 son contratos de adhesión.

4. En el contrato 051-96M, además de pactarse que al expirar las concesiones 866 y 1727 sus áreas ingresarían automáticamente al área del contrato 051, se acordó que "en tal evento operaría la reversión de todos los bienes afectos al proyecto...". Ocurrida la reversión, el Estado entregará a Cerro Matoso S.A. dichos bienes a título de arrendamiento, y Cerro Matoso S.A. pagará un canon equivalente al 1.25% semestral sobre su ganancia neta.

5. Como los contratos de concesión Nos. 866 y 1727 se acogieron a las disposiciones de la ley 685 de 2001 mediante la modificación integral de dichos contratos en el año 2005, a partir de su vencimiento en el año 2012 sería posible acordar una prórroga hasta por un período adicional de 30 años. La prórroga se efectuaría en los términos del artículo 77 de la ley 685 de 2001, que estaba vigente cuando se firmó dicha modificación integral y que para el caso consultado sigue vigente.¹³

La consulta concluye con la formulación a la Sala de las siguientes

PREGUNTAS:

"4.1. *¿Se podía pactar en los Contratos de Exploración y Explotación Minera que se suscribían en virtud del aporte, que había sido otorgado en los términos de los artículos 48 y siguientes del Decreto Ley 2655 de 1988, cláusulas que de forma anticipada previeran la incorporación automática de áreas correspondientes a Contratos de Concesión previamente suscritos por el Ministerio de Minas y Energía?*

"4.2. *¿Imposibilita la desaparición de la figura jurídica del aporte minero, el cumplimiento de lo pactado en la cláusula vigésima octava del Contrato de Exploración y Explotación No.051-96M?*

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

"4.4. *¿En caso de que la Sala de Consulta y Servicio Civil considere viable que se pacte la prórroga de los contratos de concesión Nos. 866 y 1727 en los términos de la Ley 685 de 2001, la Autoridad Minera podría imponer contraprestaciones adicionales a la simple regalía o, en su defecto, podría el concesionario minero ofrecer en ejercicio de la autonomía de su voluntad, pagos y contraprestaciones mayores al pago de las regalías?*

"4.5. *¿En caso en que sea negativa la respuesta a la pregunta 4.3., es posible renegociar las condiciones económicas del Contrato de Exploración y Explotación No. 051-96M, teniendo en cuenta que éste tiene vigencia inicial hasta el año 2026?"*

II. CONSIDERACIONES

¹³ El artículo 77 de la ley 685 de 2001 fue modificado por el artículo 6° de la ley 1382 de 2010, ley que fue declarada inexecutable por la sentencia C-366-11, con efectos diferidos a dos años. Este evento para nada afecta los Contratos de Concesión 866 y 1727, modificados integralmente en 2005, puesto que, además de que por regla general los contratos se rigen por las normas que estaban vigentes cuando se celebraron, de acuerdo con el artículo 27 del decreto reglamentario 2715 de 2010, "la prórroga establecida en el artículo 6° de la ley 1382 de 2010 sólo se aplicará a los contratos de concesión minera que se suscriban a partir de la vigencia de dicha ley."

La consulta se circunscribe a tres contratos celebrados en distintas épocas, entre la autoridad pública competente y entidades públicas y privadas, con el objeto de adelantar operaciones de exploración, explotación y procesamiento de minerales.

Dichos contratos, actualmente en ejecución por parte de la sociedad privada Cerro Matoso S.A., cubren un lapso que hoy puede delimitarse entre los años 1963 y 2029, tiempo durante el cual las leyes que regulan su objeto y en general la actividad minera, han cambiando sucesiva y sustancialmente, así como también, por voluntad de las partes, las estipulaciones contractuales originales.

Se trata entonces de examinar los efectos del tránsito de legislación y el impacto de las modificaciones contractuales posteriores sobre los contratos de concesión 866 y 1727, para lo cual es pertinente realizar un repaso de la normatividad aplicable y un análisis de las cláusulas contractuales que regulan la duración de los contratos y fijan diversas obligaciones y derechos en cabeza de las partes contratantes.

1. LOS CONTRATOS DE CONCESION 866 Y 1727 Y LA INCORPORACION AUTOMATICA DE SUS AREAS AL CONTRATO 051-96M

Como ya se indicó, en el contrato de concesión N° 866 la duración del período de explotación y procesamiento se pactó por 25 años prorrogables a 5 años más. En el contrato N° 1727 tal duración se pactó, de una vez, por 30 años. Para ambos contratos ese término inició el 1° de octubre de 1982 y su terminación quedó unificada al 1° de octubre de 2012, cuando en 1996 las partes del contrato N° 866 acordaron la prórroga de cinco años a partir del 1° de octubre de 2007.¹⁴

De manera que llegado el 1° de octubre de 2012 se cumple la condición para la aplicación de las cláusulas vigésima octava del contrato 866 y vigésima del contrato 1727, en sus versiones originales, que establecían la reversión gratuita de los bienes muebles e inmuebles a favor del Estado por vencimiento del período de explotación pactado.

Al entrar en vigencia el decreto ley 2655 de 1988 los contratos 866 y 1727 no sufrieron modificación alguna, pues el artículo 6° del nuevo estatuto minero reconoció y protegió ampliamente los derechos adquiridos en ellos comprendidos.

Los derechos adquiridos en los contratos de concesión 866 y 1727 originales habrían permanecido incólumes hasta el presente, de no haber sido porque las partes, al amparo del artículo 51 del decreto 2655 en cita, decidieron trazar para el futuro de dichas concesiones un nuevo derrotero mediante la celebración del contrato de aporte minero 051-96M, el día 13 de noviembre de 1996. Puesto que en este contrato MINERALCO y Cerro Matoso S.A. regularon expresa y detalladamente el régimen al que quedarían sujetas las áreas de los contratos 866 y 1727 cuando estos vencieran, es necesario examinar las cláusulas referidas a esta materia, pues se relacionan directamente con los temas propuestos en la consulta.

La Cláusula Primera (literal a) del numeral 1), describe el Objeto del contrato 051-96M como el “derecho temporal y exclusivo” de realizar la explotación, exploración

¹⁴ Como en ambos contratos el plazo se fijó en número de años, se cuenta según la regla del segundo inciso del artículo 67 del código Civil: *Art. 67. “.../ El primero y último día de un plazo de meses o años deberán tener un mismo número en los respectivos meses. El plazo de un mes podrá ser, por consiguiente, de 28, 29, 30 o 31 días, y el plazo de un año de 365 o 366 días, según los casos./ .../”*. Por esto el plazo expira el 1° de octubre de 2012, es decir, el mismo día del mismo mes del año 30.

y procesamiento del níquel, de los subproductos de éste y de los minerales asociados o en liga íntima¹⁵, dentro del Area Total Contratada, y en el literal b) del numeral 1) de dicha cláusula incluye como parte del Objeto las siguientes actividades:

“Continuar, a partir de la expiración de las concesiones (subraya la Sala), la exploración, explotación y procesamiento del mineral de níquel, y de los minerales que estén asociados, o en liga íntima, o se obtengan como subproductos de dicho mineral, según la lista señalada en el Anexo 1 del presente Contrato, que se encuentren dentro del Area Total Contratada.”

La Sala destaca el uso del verbo “continuar”, pues con él las Partes acuerdan su voluntad de que la explotación de las áreas de los contratos 866 y 1727 no se interrumpirá al expirar el término de estos contratos, momento a partir del cual dejarán de ser concesiones para integrarse al “Area Total Contratada” del aporte minero según se verá más adelante. Con este propósito y con mayor precisión, en el numeral (6) de la cláusula Primera pactan:

*“Las Partes reconocen que, desde antes de otorgar la NACION el Aporte a MINERALCO, CERRO MATOSO ha venido explorando y explotando el Area de las Concesiones y procesando los minerales que allí se encuentran, y acuerdan que, a partir del momento en que el Area de las Concesiones se incorpore al Aporte y la explotación de la misma quede bajo el presente Contrato, CERRO MATOSO tendrá el derecho de **seguir realizando** sus labores de exploración, explotación y procesamiento en las mismas condiciones y con los mismos derechos que actualmente tiene bajo las Concesiones y a las cuales se hace referencia específica en la Cláusula Octava del presente Contrato. MINERALCO tomará todas las medidas que fueren necesarias para asegurar que CERRO MATOSO pueda disfrutar los derechos que se le confieren por el presente Contrato. Los derechos contractuales consagrados expresamente por el presente Contrato **no podrán ser modificados sino mediante acuerdo escrito de las Partes**, y el Contrato se interpretará durante su vigencia de acuerdo con las leyes y demás normas vigentes al momento de su firma. **Si dichas leyes y normas fueren modificadas o derogadas, los derechos contractuales de CERRO MATOSO no se afectarán sin su consentimiento** (subraya la Sala). Si, no obstante lo anterior, en el curso del presente Contrato la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones existentes a la fecha de su firma se afectare en forma adversa a CERRO MATOSO por causas no imputables a este, las Partes negociarán de buena fe las modificaciones al presente Contrato que fueren necesarias para restablecer dicha igualdad o equivalencia.”*

Los numerales (3) y (4) de la Cláusula Primera reiteran la "reversión gratuita" pactada en la cláusula Veintiocho del “Contrato Adicional”, que es el del contrato 866. Adicionalmente establecen que, al operar la reversión gratuita a la Nación, ésta se compromete irrevocablemente con MINERALCO a entregarle los bienes a título de comodato, y MINERALCO a la vez se obliga, también irrevocablemente, a entregárselos a Cerro Matoso a título de arrendamiento:

“(3) En desarrollo de lo previsto en la Cláusula Vigésima Octava del Contrato Adicional, al vencimiento de dicho contrato todos los muebles e inmuebles adquiridos o contruidos por CERRO MATOSO y destinados al

¹⁵ De acuerdo con el Anexo 1 del contrato se contemplaron cobalto, cobre, cromo, hierro, oro, plata y platino.

servicio de la empresa, así como los equipos y maquinarias de exploración y explotación de las minas, las plantas de procesamiento y transformación de los minerales, el material en laboreo o en tratamiento, los elementos de transporte, las vías de comunicación y locomoción y, en general, todo lo destinado a la exploración y explotación de los yacimientos y al beneficio y procesamiento de los minerales, pasarán al dominio de la NACION a título de reversión, sin pago ni indemnización de ninguna especie a cargo de la NACION. Se adjunta, como Anexo 2, un listado de dichos bienes, existentes a la fecha del presente Contrato. Dicho Anexo forma parte integral de este Contrato y será actualizado por CERRO MATOSO cuando se produzca la reversión, sin perjuicio de la facultad de verificación por parte de la NACION. Mediante el presente contrato la NACION se compromete irrevocablemente, tanto con MINERALCO como con CERRO MATOSO, a que en el evento y en el momento en que se produzca dicha reversión, la NACION entregará inmediatamente a MINERALCO, a título de comodato, la totalidad de los bienes revertidos, y MINERALCO se compromete irrevocablemente a recibirlos a dicho título. El presente compromiso entre la NACION y MINERALCO se entiende como una estipulación en beneficio de CERRO MATOSO, que CERRO MATOSO expresamente acepta, y por lo tanto, dicho compromiso no podrá ser modificado, terminado o invalidado sin el consentimiento previo y escrito de CERRO MATOSO. CERRO MATOSO tendrá acción directa para exigir el cumplimiento de este compromiso por parte de la NACION.

“(4) MINERALCO, a su turno, mediante el presente Contrato se obliga irrevocablemente frente a CERRO MATOSO, a que, en el mismo momento en que reciba en comodato de la NACION los bienes a que se refiere el punto anterior, los dará en arrendamiento a CERRO MATOSO, en la forma que se especifica en la Cláusula Décima del presente Contrato, y CERRO MATOSO se obliga irrevocablemente a recibirlos a este título y a cumplir las obligaciones señaladas en dicha cláusula.”

La cláusula Décima del contrato 051-96M identifica los bienes que se entregarán a Cerro Matoso en arrendamiento a la expiración de las concesiones reguladas en los contratos 866 y el 1727. Dice esta Cláusula Décima¹⁶:

“BIENES MUEBLES E INMUEBLES QUE SE DAN EN ARRENDAMIENTO A CERRO MATOSO:

(1) Entrega: A partir de la expiración de las Concesiones, MINERALCO entregará a CERRO MATOSO, a título de arrendamiento, por el término en que este los utilice para cumplir sus obligaciones bajo el presente Contrato, todos los bienes muebles e inmuebles que hayan revertido a la NACION en virtud de lo previsto en la Cláusula Vigésima Octava del Contrato Adicional.

(2) Cánones de Arrendamiento: CERRO MATOSO pagará a MINERALCO, por el arrendamiento de la totalidad de los muebles e inmuebles que reciba de MINERALCO en desarrollo de lo previsto en el numeral (1) anterior, una suma equivalente al uno punto veinticinco por ciento (1.25%) semestral de la ganancia neta, después de la provisión para impuestos, que CERRO MATOSO haya obtenido en el ejercicio social semestral inmediatamente anterior a la fecha de pago, según los estados financieros de CERRO MATOSO, debidamente auditados y aprobados por su Asamblea General

¹⁶ El numeral (3) de esta cláusula DÉCIMA estipula que los arrendamientos se pagarán por “semestre contractual anticipado”; y el numeral (4), establece que CERRO MATOSO “efectuará por su cuenta el adecuado mantenimiento a todos y cada uno de los bienes muebles e inmuebles entregados en calidad de arrendamiento por parte de MINERALCO, mientras sean utilizados por CERRO MATOSO.”

de Accionistas. Si los resultados de un semestre arrojan pérdidas, dichos resultados se promediarán con los del semestre inmediatamente anterior en que CERRO MATOSO haya obtenido una ganancia neta, después de la provisión para impuestos, suficiente para compensar dichas pérdidas, y sobre esta base se calculará el canon de arrendamiento para dicho semestre.”

De la reversión vuelve a tratar la cláusula Vigésima Séptima del contrato 051-96M, que en el numeral (1), literal (a) respecto del "Area de las Concesiones", establece:

“Al vencimiento del período de explotación de las Concesiones incluidas sus prórrogas, los bienes muebles e inmuebles a que se refiere el numeral (3) de la Cláusula Primera del presente Contrato pasarán a la NACION a título de reversión gratuita, en los términos y condiciones previstos en la Cláusula Vigésima Octava del Contrato Adicional.”

El vencimiento del período de la explotación que da lugar a la reversión, en todos los contratos, debe interpretarse en los términos de la duración pactada en el contrato 051-96M para el Area Neta Contratada y para el Area de las Concesiones. Dice al respecto la cláusula Tercera del contrato 051-96M:

"DURACION Y PRORROGA DEL CONTRATO

(1) Duración. El presente Contrato estará vigente:

(a) En relación con el Area Total Contratada: Por un término inicial de treinta (30) años, contados a partir de la fecha de la firma del presente Contrato, el cual término se prorrogará en el evento y en la forma prevista en el numeral (2) de la presente Clausula.

(b) En relación con el Area de las Concesiones: Como a la expiración de las Concesiones la respectiva zona se incorpora automáticamente al Area Total Contratada, a partir de dicho momento se sujeta a lo previsto en el literal (a) anterior.

(2) Prórroga. Al vencimiento del término inicial de duración previsto en el literal (a) del numeral (1) de la presente Cláusula, dicho término se prorrogará por quince (15) años más, siempre y cuando CERRO MATOSO hubiere dado cumplimiento a sus obligaciones bajo el presente Contrato y hubiere solicitado por escrito la prórroga con no menos de seis (6) meses de anticipación al vencimiento del término inicial. De ahí en adelante podrán convenirse nuevas prórrogas en los términos y condiciones que se acuerden en el respectivo momento, siempre que CERRO MATOSO las solicite por escrito con no menos de seis (6) meses de anticipación al vencimiento del término correspondiente. (...)"

Es de observar que, en virtud de la estipulación contenida en el literal b) de esta cláusula Tercera, Cerro Matoso S.A. adquirió el derecho a explotar las áreas de los contratos 866 y 1727 durante el mismo plazo de 30 años acordado para el Area Total Contratada, lo cual representa 14 años adicionales al término originalmente convenido. Y la Nación adquirió el derecho a la reversión de todos los bienes muebles e inmuebles adquiridos o construidos por Cerro Matoso S.A. en las áreas de las concesiones y destinados al servicio de la empresa, de que

trata la cláusula primera del contrato 051-96M, “a partir de la expiración de las Concesiones”, esto es, a partir del 1° de octubre de 2012.

Como en el numeral 2) de la misma cláusula Tercera quedó acordado que al vencimiento del término de 30 años, el contrato 051-96M se prorrogaría 15 años más, las áreas de los contratos 866 y 1727 quedaron igualmente cubiertas con la posibilidad de esta prórroga.

De otra parte en la cláusula Décima Primera, sobre las regalías y compensaciones, la administración y la auditoría del contrato, el numeral (4) estableció el pago de una prima, a cargo de Cerro Matoso S.A., por el derecho de continuar explotando en el Área de las Concesiones a la expiración de dichos contratos, que fue pagada por Cerro Matoso S.A. y recibida por la autoridad minera:

“Por concepto de prima de contratación. Por el derecho de continuar la exploración y explotación del Área de las Concesiones durante el término señalado en el literal a) del numeral 1) de la Cláusula Tercera del presente Contrato, CERRO MATOSO pagará a MINERALCO una suma equivalente a diez millones doscientos siete mil treinta y tres dólares de los Estados Unidos de América (US\$10.207.733). El pago se hará en un solo contado, antes del 31 de diciembre de 1996, en moneda legal colombiana, a la tasa representativa del mercado correspondiente a la fecha de pago.”

En síntesis, el artículo 51 del decreto ley 2655 de 1988 autorizó la incorporación automática de las áreas objeto de licencias y contratos perfeccionados con antelación a su vigencia, que se produciría a la terminación de las respectivas licencias o contratos a solicitud del interesado. En armonía con esta disposición, mediante el contrato 051-96 la Nación-Ministerio de Minas y Energía, MINERALCO y Cerro Matoso S.A., acordaron todas las condiciones bajo las cuales continuaría la explotación del níquel y demás minerales en las áreas de los contratos de concesión 866 y 1727, una vez estos concluyeran, es decir a partir del 1° de octubre de 2012, de allí en adelante bajo el régimen de aporte minero, y dentro de los términos y condiciones generales del contrato 051-96M.

Finalmente, al entrar en vigencia el nuevo Código de Minas con la ley 685 de 2001, quedaron a salvo los términos y condiciones del contrato 051-96M, por efecto de la regla general consagrada en el artículo 38 de la ley 153 de 1887, y específicamente en virtud de las garantías establecidas en los artículos 14, 46, 348, 350, 351 y 352 de la ley 685 en cita.

2. LAS MODIFICACIONES INTEGRALES A LOS CONTRATOS DE CONCESION 866 Y 1727 Y SU INCIDENCIA EN EL CONTRATO 051-96M

Según se acaba de resaltar, al entrar en vigencia el nuevo Código de Minas mediante la ley 685 de 2001, los contratos 866 y 1727 estaban perfeccionados y en ejecución, al igual que el contrato de aporte minero 051-96M, de manera que sus términos y condiciones quedaron amparados frente a los cambios normativos introducidos por la nueva legislación.

Aunque se analizará más adelante, es preciso tener presente, respecto del contrato 051-96M, el acuerdo de las Partes expresado en el numeral 6) de su cláusula Primera:

“Los derechos contractuales consagrados expresamente por el presente Contrato no podrán ser modificados sino mediante acuerdo escrito de las Partes, y el Contrato se interpretará durante su vigencia de acuerdo con las leyes y demás normas vigentes al momento de su firma. Si dichas leyes y normas fueren modificadas o derogadas, los derechos contractuales de CERRO MATOSO no se afectarán sin su consentimiento...” (Subraya la Sala).

En relación con los contratos Nos. 866 y 1727, es claro en los antecedentes que las Partes, a solicitud de Cerro Matoso S.A., decidieron dar aplicación al artículo 349 de la ley 685 de 2001, el cual vuelve a transcribirse por su incidencia en las consideraciones que la Sala hará a continuación:

“Artículo 349. Solicitudes y propuestas. Las solicitudes de licencias de exploración y explotación y los contratos de concesión, que al entrar en vigencia el presente Código se hallaren pendientes de otorgamiento o celebración, continuarán su curso legal hasta su perfeccionamiento, conforme a las disposiciones anteriores. Sin embargo, el interesado, dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha de tal vigencia, podrá pedir que sus solicitudes de licencia se tramiten de acuerdo con las nuevas disposiciones sobre propuestas de contrato de concesión o se modifiquen las licencias de exploración o explotación o los contratos que hubiere suscrito, para ser ejecutados como de concesión para explorar y explotar, en los términos y condiciones establecidos en este Código. En la modificación de tales contratos se fijará el término para la exploración, descontando el tiempo de duración de las licencias que les hubieren precedido.”

Hace notar la Sala que, en los términos del artículo 349 del nuevo Estatuto, la posibilidad ofrecida a los titulares de licencias y contratos en ejecución estaba orientada a adecuar las actividades de exploración y explotación a la regulación de la ley 685 de 2001.

Como se narra en los antecedentes y documentos de la consulta, Cerro Matoso S.A. solicitó la aplicación de la norma y el 22 de julio de 2005 las Partes suscribieron las modificaciones a los contratos Nos. 866 y 1727, ajustándolos a la nueva legislación, para lo cual, según se lee en las consideraciones de los modificatorios, mediante acto SFOM-055 del 13 de diciembre de 2004, le fueron aprobados al Concesionario los Planes de Trabajos y Obras presentados para las respectivas concesiones.¹⁷

También la octava consideración del Modificadorio del Contrato 866 y la sexta del Modificadorio del Contrato 1727, dicen textualmente:

“Que el 13 de noviembre de 1966 EL CONCESIONARIO suscribió con el Ministerio de Minas y Energía y Minerales de Colombia S.A. (Mineralco) el Contrato de Exploración y Explotación No. 051-96M (o 21149) sobre una zona de mayor extensión de la cual se excluyó el área de la concesión No. (866/1727).”

Sin embargo, en el articulado de los respectivos Modificatorios no se hace mención del Contrato 051-96M. Por lo que, deduce la Sala, las Partes no consideraron necesario hacer precisión alguna respecto de dicho contrato 051-

¹⁷ El texto de ambos contratos es el mismo; el Modificadorio del contrato 866 tiene una cláusula de más, que corresponde a una estipulación particular sobre la canga, que estaba regulada en un otrosí anterior.

96M, que, por supuesto, estaba igualmente amparado en su régimen y contenido por el conjunto de normas en las que la ley 685 de 2001 reconoció la continuidad y vigencia de los títulos mineros precedentes bajo el régimen en el que fueron configurados.

En cambio, respecto de los contratos Nos. 866 y 1727, las Partes expresaron que:

“Acuerdan modificar integralmente el contrato de concesión (866 y su contrato adicional 1727), con base en la facultad otorgada a LA CONCEDENTE en el artículo 317 del Código de Minas (Ley 685 de 2001), y por la Resolución No. 180074 del 27 de enero de 2004, mediante la cual se delegaron unas funciones en LA CONCEDENTE. Por lo tanto, en adelante el contrato de concesión (866/1727) se regirá por las siguientes cláusulas:...”

Ahora bien, en el nuevo clausulado la duración del período de explotación en cada contrato pactada en la cláusula quinta del Modificadorio del contrato 866 y en la cláusula cuarta del Modificadorio del contrato 1727, la posibilidad de prórroga, las estipulaciones relativas a la reversión y al derecho para Cerro Matoso S.A. de conservar la tenencia de los bienes objeto de reversión, a título de arrendamiento, fueron pactadas así¹⁸:

“Duración del Contrato y Etapas.

“(5.1/ 4.1) El presente contrato tendrá una duración total de treinta (30) años, contados desde el primero (1) de octubre de mil novecientos ochenta y dos (1982) hasta el primero (1) de octubre de dos mil doce (2012).

“(5.2/ 4.2) Antes de vencerse el período de explotación, el Concesionario podrá solicitar una prórroga de hasta 30 años que se perfeccionará mediante un acta suscrita por las partes, que se inscribirá en el Registro Minero. Para acceder a la prórroga se deberá haber cumplido con las obligaciones correspondientes al contrato inicial, y pagadas las sanciones que se hubieren impuesto a la fecha de la anterior solicitud.

“(5.3/ 4.3) El CONCESIONARIO tendrá igualmente preferencia para contratar de nuevo la misma área, y continuar con las labores de explotación sin suspensión de las mismas mientras se perfecciona el nuevo contrato, y podrá ofrecer la sustitución de la obligación de revertir bienes al Estado por la de pagar una suma equivalente al valor de tales bienes, o ejercitar la opción de que trata la cláusula 20.2 (19.2)”

“Reversión y Obligaciones en Caso de Terminación.

“(20.1/ 20.2) Al vencimiento del término de duración del contrato y su prórroga si la hubiere, todos los muebles e inmuebles adquiridos o construidos por EL CONCESIONARIO, o por quien represente sus derechos, y destinados al servicio de la Empresa, así como los equipos y maquinarias de exploración y explotación de las minas, las plantas de procesamiento y transformación de los minerales, el material en laboreo o en tratamiento, los elementos de transporte, las vías de comunicación y locomoción y, en general, todo lo destinado a la exploración y explotación de los yacimientos y al beneficio y procesamiento de los minerales, pasarán al dominio del Estado a título de reversión, sin pago ni indemnización de ninguna especie a cargo de la Nación. LA CONCEDENTE podrá tomar posesión inmediata de tales bienes y elementos. También operará la

¹⁸ Explica la Sala que en la transcripción, los números (5.1/4.1...) y 20.1/19.1)..., corresponden a las respectivas cláusulas del Modificadorio del contrato 866 y del Modificadorio 1727, que como se indicó tienen el mismo texto.

reversión cuando se declare la caducidad del contrato y como consecuencia de ella; en este caso, la posesión la tomará LA CONCEDENTE tan pronto como esté ejecutoriada la providencia en que se declare la caducidad.

“(20.2/ 19.2) Producida la reversión, EL CONCESIONARIO tendrá derecho de tomar en arriendo la totalidad de los bienes muebles e inmuebles revertidos. En este evento, EL CONCESIONARIO pagará a título de canon de arrendamiento una suma equivalente al uno punto veinticinco por ciento (1.25%) semestral de la ganancia neta, después de la provisión para impuestos, que EL CONCESIONARIO haya obtenido en el ejercicio social semestral inmediatamente anterior a la fecha de pago, según los estados financieros de EL CONCESIONARIO, debidamente auditados y aprobados por su Asamblea General de Accionistas. Si los resultados de un semestre arrojan pérdidas, dichos resultados se promediarán con los del semestre inmediatamente anterior en que EL CONCESIONARIO haya obtenido una ganancia neta, después de la provisión para impuestos, suficiente para compensar dichas pérdidas, y sobre esta base se calculará el canon de arrendamiento para dicho semestre. LA CONCEDENTE mediante el presente Contrato se obliga irrevocablemente frente a EL CONCESIONARIO a que, en el mismo momento en que éste ejercite el derecho de que trata la presente Cláusula, dará en arrendamiento a EL CONCESIONARIO la totalidad de los bienes revertidos, en la forma aquí prevista.

“(20.3/19.3) EL CONCESIONARIO, en todos los casos de terminación del contrato, queda obligado a cumplir y a garantizar las obligaciones de orden ambiental exigibles al tiempo de hacerse efectiva dicha terminación.”

Se observa que el plazo originalmente pactado para la explotación de los minerales no sufrió variación, y que se contabilizó desde el 1° de octubre de 1982 hasta el 1° de octubre del 2012. Las partes convinieron en incorporar a su relación contractual la posibilidad de prórroga en los términos del texto original del artículo 77 de la ley 685 de 2001, vigente para la fecha de firma y perfeccionamiento de dichos modificatorios¹⁹, así como el derecho de “preferencia para contratar de nuevo la misma área”, según estaba previsto en el artículo 77 de la ley 685 de 2001, entonces vigente.

En tal sentido informa la consulta que el 6 de diciembre de 2007 Cerro Matoso S.A. solicitó la prórroga de las concesiones 866 y 1727 por un período adicional de 30 años, “en virtud de las estipulaciones del artículo 77 de la ley 685 de 2001, aplicable después de la modificación integral de los contratos en el año 2005.”

Las referidas estipulaciones del artículo 77 de la ley 685 de 2001, a las cuales Cerro Matoso S.A. ha entendido que se someten las concesiones 866 y 1727 desde el año 2005 de acuerdo con los contratos de modificación integral de ese año, dicen así:

“Artículo 77. Prórroga y renovación del contrato. Antes de vencerse el período de explotación, el concesionario podrá solicitar una prórroga del contrato de hasta treinta (30) años que se perfeccionará mediante un acta suscrita por las partes, que se inscribirá en el Registro Minero. Vencida la prórroga mencionada, el concesionario tendrá preferencia para contratar de

¹⁹ El artículo 77 de la ley 685 de 2001 fue modificado por el artículo 6° de la ley 1382 de 2010, en el sentido de que las prórrogas de los contratos de concesión minera serán hasta de 20 años y requerirán estudios actualizados de la situación del contrato de que se trate. Como ya se indicó, esta ley 1382 fue declarada inexecutable por la sentencia C-366-11, con efectos diferidos a dos años, pero ni la ley ni la sentencia alteran la aplicación del artículo 77 original de la ley 685 de 2001 a los contratos de modificación integral celebrados en 2005.

nuevo la misma área para continuar en ella las labores de explotación. Esta no tendrá que suspenderse mientras se perfecciona el nuevo contrato. En lo relativo al principio de favorabilidad se aplicará lo dispuesto en el artículo 357 de este código.”

Ha surgido, entonces, controversia en relación con el régimen aplicable para continuar la explotación de las áreas concesionadas al vencimiento de los contratos 866 y 1727, esto es, como se ha dicho, a partir del 1° de octubre de 2012. O se aplica el mecanismo de incorporación de las áreas al aporte minero 051-96M o, en cambio, se aplica la prórroga regulada en el artículo 77 de la ley 685 de 2001. Por mutuo rechazo resulta evidente que el mecanismo de prórroga de los contratos 866 y 1727, conforme a los Modificatorios de julio 22 de 2005 y aplicando la ley 685 de 2001, no es compatible con la incorporación automática de sus áreas al Area Total Contratada según se había previsto en el contrato 051-96M. En la primera fórmula, después del 1° de octubre de 2012 las concesiones siguen siendo concesiones (prorrogadas), y de acuerdo con la segunda fórmula las concesiones dejan de serlo para convertirse en parte integral del aporte minero regulado por el contrato 051-96M.

Para encontrar solución a este dilema es necesario establecer hasta qué punto conservan vigencia y validez los compromisos asumidos por las partes en el contrato 051-96M, dado que en este se regularon al detalle las condiciones de explotación de las áreas de las concesiones 866 y 1727 para cuando, una vez extinguidas, sus áreas se incorporaran al Area Total Contratada. Tiene relevancia en este análisis el significativo hecho de que las partes no le han introducido en este punto ninguna modificación al contrato 051-96M.

Estima la Sala que el Contrato 051-96M, habiéndose ajustado a la normatividad entonces vigente, el decreto ley 2655 de 1988, conserva hoy toda su fuerza y validez, específicamente en cuanto a los derechos que adquirieron las partes y las obligaciones que asumieron, a pesar de que dicho decreto fue remplazado por un nuevo estatuto minero, la ley 685 de 2001. Ello es así en virtud del principio consagrado en el artículo 38 de la ley 153 de 1887, conforme al cual *“En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración.”*

La ley 685 de 2001 recoge dicho principio, relativo a la estabilidad de los contratos frente a los cambios legislativos, mediante varias disposiciones que dejan a salvo los derechos derivados de contratos vigentes al entrar a regir el nuevo código, incluso con expresa alusión a los *“contratos celebrados sobre áreas de aporte, vigentes al entrar a regir este Código”*.

ARTICULO 14. TITULO MINERO. A partir de la vigencia de este Código, únicamente se podrá constituir, declarar y probar el derecho a explorar y explotar minas de propiedad estatal, mediante el contrato de concesión minera, debidamente otorgado e inscrito en el Registro Minero Nacional.

Lo dispuesto en el presente artículo deja a salvo los derechos provenientes de las licencias de exploración, permisos o licencias de explotación, contratos de explotación y contratos celebrados sobre áreas de aporte, vigentes al entrar a regir este Código. Igualmente quedan a salvo las situaciones jurídicas individuales, subjetivas y concretas provenientes de títulos de propiedad privada de minas perfeccionadas antes de la vigencia del presente estatuto. (La negrilla es de la Sala).

ARTICULO 350. CONDICIONES Y TERMINOS. Las condiciones, términos y obligaciones consagrados en las leyes anteriores para los beneficiarios de títulos mineros perfeccionados o consolidados, serán cumplidos conforme a dichas leyes.

Específicamente, respecto de los contratos celebrados sobre zonas de aporte, como el Contrato 051-96M, la ley 685 de 2001 establece que continuarán vigentes:

ARTICULO 351. CONTRATOS SOBRE AREAS DE APORTE. Los contratos mineros de cualquier clase y denominación celebrados por los entes descentralizados sobre zonas de aportes, continuarán vigentes, incluyendo las prórrogas convenidas. Los trámites y procedimientos de licitaciones y concursos que los mencionados entes hubieren resuelto abrir o hubieren iniciado para contratar otras áreas dentro de las zonas aportadas, continuarán hasta su culminación y los contratos correspondientes se celebrarán conforme a los términos de referencia o pliegos de condiciones elaborados para el efecto. Las áreas restantes de los aportes, serán exploradas y explotadas de acuerdo con el régimen común de concesión.

Finalmente, el artículo 352 de la ley 685 reitera que los contratos celebrados antes de su expedición se cumplirán de acuerdo con los términos y condiciones de las leyes vigentes cuando se suscribieron, **y “conforme a... las cláusulas contractuales correspondientes”**. Dice así la norma:

ARTICULO 352. BENEFICIOS Y PRERROGATIVAS. Los términos, condiciones y obligaciones establecidas en las leyes anteriores para los beneficiarios de títulos mineros perfeccionados, serán cumplidas conforme a dichas leyes y a las cláusulas contractuales correspondientes, sin perjuicio de serles aplicables los beneficios de orden operativo y técnico, así como las facilidades y eliminación o abreviación de trámites e informes que se consignan en este Código, con excepción de las referentes a las condiciones o contraprestaciones económicas. En lo que corresponde a la reversión de bienes se estará a lo dispuesto en el artículo 113 y 357 de este Código.

En este punto la Sala vuelve al numeral (6) de la cláusula Primera del contrato 051-96M:

*“Las Partes reconocen que, desde antes de otorgar la NACION el Aporte a MINERALCO, CERRO MATOSO ha venido explorando y explotando el Area de las Concesiones y procesando los minerales que allí se encuentran, y acuerdan que, a partir del momento en que el Area de las Concesiones se incorpore al Aporte y la explotación de la misma quede bajo el presente Contrato, CERRO MATOSO tendrá el derecho de **seguir realizando** sus labores de exploración, explotación y procesamiento en las mismas condiciones y con los mismos derechos que actualmente tiene bajo las Concesiones y a las cuales se hace referencia específica en la Cláusula Octava del presente Contrato. MINERALCO tomará todas las medidas que fueren necesarias para asegurar que CERRO MATOSO pueda disfrutar los derechos que se le confieren por el presente Contrato. Los derechos contractuales consagrados expresamente por el presente Contrato **no podrán ser modificados sino mediante acuerdo escrito de las Partes**, y el Contrato se interpretará durante su vigencia de acuerdo con las leyes y*

*demás normas vigentes al momento de su firma. **Si dichas leyes y normas fueren modificadas o derogadas, los derechos contractuales de CERRO MATOSO no se afectarán sin su consentimiento** (subraya la Sala). Si, no obstante lo anterior, en el curso del presente Contrato la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones existentes a la fecha de su firma se afectare en forma adversa a CERRO MATOSO por causas no imputables a este, las Partes negociarán de buena fe las modificaciones al presente Contrato que fueren necesarias para restablecer dicha igualdad o equivalencia.”*

En consideración a este marco legal y contractual estima la Sala que la modificación integral efectuada a los contratos de concesión 866 y 1727 en el año 2005, mediante la cual se buscó armonizar sus cláusulas con las nuevas reglas de la ley 685 de 2001, no puede tener el alcance de alterar las obligaciones asumidas por las partes en el contrato 051-96M, porque este es otro contrato, que de acuerdo con la ley conserva plena validez, y que las partes no han modificado.

En efecto, el contrato 051-96M regula un acuerdo, reiterado en varias de sus cláusulas, consistente en que Cerro Matoso S.A. *“tendrá el derecho de **seguir realizando** sus labores de exploración, explotación y procesamiento... a partir del momento en que el Área de las Concesiones se incorpore al Aporte y la explotación de la misma quede bajo el presente Contrato”.*

Específicamente el numeral (6) de la cláusula Primera estipula que los derechos contractuales estipulados en el Contrato *“no podrán ser modificados sino mediante acuerdo escrito de las Partes, y el Contrato se interpretará durante su vigencia de acuerdo con las leyes y demás normas vigentes al momento de su firma.”*

Puesto que las cláusulas del contrato 051-96M no sufrieron alteración alguna en su momento, como consecuencia de la expedición de la ley 685 de 2001, ni han sido objeto de expresa modificación *mediante acuerdo escrito de las Partes*, los contratantes continúan vinculados a las obligaciones que adquirieron en el contrato 051-96M y conservan a salvo los correlativos derechos.

Ahora bien, puesto que de acuerdo con la información recibida del Ministerio, las partes están adelantando un proceso de revisión del contrato 051-96M, el Gobierno deberá tener en cuenta los modernos estándares de la legislación minera y ambiental, puesto que es su deber constitucional velar por la integridad del patrimonio de la Nación y proteger los derechos sociales implicados en la actividad de la gran minería.

Con fundamento en las consideraciones expuestas,

I. LA SALA RESPONDE

"4.1. ¿Se podía pactar en los Contratos de Exploración y Explotación Minera que se suscribían en virtud del aporte, que había sido otorgado en los términos de los artículos 48 y siguientes del Decreto Ley 2655 de 1988, cláusulas que de forma anticipada previeran la incorporación automática de áreas correspondientes a Contratos de Concesión previamente suscritos por el Ministerio de Minas y Energía?"

Sí, pues el artículo 51 del decreto ley 2655 de 1988, vigente cuando se firmó el contrato 051-96M, previó expresamente que al área del aporte se integrarían

aquellas áreas correspondientes a títulos mineros anteriores sobre los mismos minerales que presentaran superposición con el área del aporte. Y dispuso, además, que la integración de las áreas ocurriría *ipso facto* o automáticamente al perder su vigencia los títulos preexistentes al aporte, si así lo hubiere pedido el interesado.

"4.2. ¿Imposibilita la desaparición de la figura jurídica del aporte minero, el cumplimiento de lo pactado en la cláusula vigésima octava del Contrato de Exploración y Explotación No.051-96M?"

La desaparición de la figura jurídica del aporte minero en la ley 685 de 2001 no afecta la vigencia ni la validez del contrato 051-96M, en lo relativo a que "al vencimiento del período de explotación" de las concesiones 866 y 1727 las respectivas áreas entrarán a hacer parte del contrato de Aporte, conforme a lo pactado en la cláusula 28. Ello es así porque la propia ley 685 de 2001, en varias disposiciones y especialmente en los artículos 14 y 351, dejó a salvo los derechos provenientes de los contratos celebrados sobre áreas de aporte.

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

En cuanto el artículo 349 de la ley 685 de 2001 estipula que los contratos de concesión que hubieren sido objeto de modificación integral serán ejecutados "como de concesión para explorar y explotar, en los términos y condiciones establecidos en este Código", lo pactado en los contratos modificatorios de 2005 sustituye lo que estuviera acordado en los contratos de concesión precedentes. Sin embargo, los contratos modificatorios de las concesiones 866 y 1727 no pueden incidir en los derechos y obligaciones de que son titulares las Partes en virtud de un contrato diferente, el de aporte minero 051-96M, porque este contrato, que es especial y conserva su identidad y autonomía frente a los contratos de concesión, no ha sido objeto de modificación.

"4.4. ¿En caso de que la Sala de Consulta y Servicio Civil considere viable que se pacte la prórroga de los contratos de concesión Nos. 866 y 1727 en los términos de la Ley 685 de 2001, la Autoridad Minera podría imponer contraprestaciones adicionales a la simple regalía o, en su defecto, podría el concesionario minero ofrecer en ejercicio de la autonomía de su voluntad, pagos y contraprestaciones mayores al pago de las regalías?"

En este punto la Sala se remite a la respuesta anterior, que excluye la posibilidad de prórroga de los contratos de concesión 866 y 1727.

"4.5. ¿En caso en que sea negativa la respuesta a la pregunta 4.3., es posible renegociar las condiciones económicas del Contrato de Exploración y Explotación No. 051-96M, teniendo en cuenta que éste tiene vigencia inicial hasta el año 2026?"

El contrato No. 051-96M es renegociable en todos sus aspectos, por las razones aquí expuestas, siendo deber constitucional del Gobierno velar porque este contrato, en sus nuevos términos, guarde armonía con los modernos estándares de la legislación minera y ambiental, y proteja eficazmente la integridad del patrimonio de la Nación y los derechos sociales implicados en la actividad de la gran minería.

Remítase al señor Ministro de Minas y Energía y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

AUGUSTO HERNANDEZ BECERRA
Presidente de la Sala

LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO
Consejero de Estado

WILLIAM ZAMBRANO CETINA
Consejero de Estado

JENNY GALINDO HUERTAS
Secretaria de la Sala