CONTRALORÍA
GENERAL DE LA REPÚBLICA

INFORME ACTUACIÓN ESPECIAL DE FISCALIZACIÓN

ACTUACIÓN ESPECIAL DE FISCALIZACIÓN SOCIEDAD DE ACTIVOS ESPECIALES SAE.

"CONTRATO OPERACIÓN MINERA, PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE FABRICACIÓN Y DESPACHO, Y ARRENDAMIENTO DE INMUEBLES PARA PRODUCCIÓN CEMENTERA."

MARZO DE 2021.

CGR-CDSJ No. 005
Mayo 2021

CONTRALORÍA
GENERAL DE LA REPÚBLICA

INFORME ACTUACIÓN ESPECIAL DE FISCALIZACIÓN
SOCIEDAD DE ACTIVOS ESPECIALES SAE.

"CONTRATO OPERACIÓN MINERA , PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE FABRICACIÓN Y DESPACHO, Y ARRENDAMIENTO DE INMUEBLES PARA PRODUCCIÓN CEMENTERA."

Contralor General de la República	CARLOS FELIPE CÓRDOBA LARRARTE
Vicecontralor General	JULIÁN MAURICIO RUIZ RODRIGUEZ
Contralor Delegado Sector Justicia	SEBASTIÁN MONTOYA MEJÍA
Director Vigilancia Fiscal	ALBERTO TORRES GUTIERREZ 
Supervisor Encargado	RUTH MARIBEL CUADRADO T.
Líder Auditoría	MARTHA LUCÍA CAMARGO Z.
Auditor	RUTH TERESA RODRIGUEZ C.

Carrera 69 No. 44-35 Piso 1 • Código Postal 111071 • PBX 518 7000
cgr@contraloria.gov.co • www.contraloria.gov.co • Bogotá, D. C., Colombia

CONTRALORÍA
GENERAL DE LA REPÚBLICA

TABLA DE CONTENIDO

1. ANTECEDENTES 7
2. ALCANCE Y DESARROLLO DE LA ACTUACION ESPECIAL 16
3. HECHOS RELEVANTES 19
4. CONCEPTO SOBRE EL ANÁLISIS EFECTUADO 25
5. RESULTADOS 27



Carrera 69 No. 44-35 Piso 1 • Código Postal 111071 • PBX 518 7000
cgr@contraloria.gov.co • www.contraloria.gov.co • Bogotá, D. C., Colombia

CONTRALORÍA
GENERAL DE LA REPÚBLICA

817111

Doctor
ANDRÉS ALBERTO ÁVILA ÁVILA
Presidente
Sociedad Activos Especiales SAE
aavila@saesas.gov.co

Con fundamento en las facultades otorgadas por el Artículo 267 de la Constitución Política y de conformidad con lo estipulado en la Resolución Orgánica 0024 del 09 de enero de 2019, la Contraloría General de la República realizó Actuación Especial de Fiscalización a la Sociedad de Activos Especiales específicamente al *Contrato Operación Minera, Prestación de Servicios de Fabricación y Despacho, y Arrendamiento de Inmuebles para Producción Cementera,* celebrado entre *C.I. CALIZAS Y MINERALES S.A., ZONA FRANCA ESPECIAL CEMENTERA DEL MAGDALENA MEDIO S.A.S. (con autorización de la SAE como administradora del FRISCO) y CENTRAL DE MEZCLAS S.A., CEMEX COLOMBIA S.A. y CORPORACIÓN CEMENTERA LATINOAMERICANA C.C.L.*

Es responsabilidad del sujeto de control, el contenido en calidad y cantidad de la información suministrada, así como con el cumplimiento de las normas que le son aplicables a su actividad institucional en relación con el asunto auditado.

Es obligación de la Contraloría General de la República expresar con independencia una conclusión sobre el cumplimiento de las disposiciones aplicables, sobre la administración de la sociedad CI. Calizas y Minerales y ZOMAM por parte de la Sociedad de Activos Especiales SAE como administradora del FRISCO, sociedades que fueron autorizadas por dicha entidad para suscribir el contrato.

Este trabajo se llevó a cabo, teniendo como soporte técnico conceptual las Normas Internacionales de las Entidades Fiscalizadoras Superiores (ISSAI), desarrolladas por la Organización Internacional de las Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI) para las Entidades Fiscalizadoras Superiores, y de conformidad con lo establecido en la Resolución Orgánica 0024 del 09 de enero de 2019, proferida por la Contraloría General de la República.

Estos principios requieren de parte de la CGR la observancia de las exigencias profesionales y éticas que requieren de una planificación y ejecución de la Actuación Especial destinadas a obtener garantía limitada, de los procesos consultados y la normatividad que le es aplicable.

Carrera 69 No. 44-35 Piso 1 • Código Postal 111071 • PBX 518 7000
cgr@contraloria.gov.co • www.contraloria.gov.co • Bogotá, D. C., Colombia

La Actuación Especial de Fiscalización estuvo enfocada a evaluar la gestión de la Sociedad de Activos Especiales con relación a la administración de los bienes en proceso de extinción correspondientes a la Sociedad C.I Calizas y Minerales y su establecimiento de Comercio ZOMAM e incluyó el examen de las evidencias y documentos que soportan el proceso auditado y el cumplimiento de las disposiciones legales, en proceso de autorización adelantado por parte de la SAE con relación a la suscripción del Contrato Operación Minera, Prestación de Servicios de Fabricación y Despacho, y Arrendamiento de Inmuebles para Producción Cementera celebrado entre *C.I. CALIZAS Y MINERALES S.A., ZONA FRANCA ESPECIAL CEMENTERA DEL MAGDALENA MEDIO S.A.S. (con autorización de la SAE como administradora del FRISCO) y CENTRAL DE MEZCLAS S.A., CEMEX COLOMBIA S.A. y CORPORACIÓN CEMENTERA LATINOAMERICANA C.C.L.*

Los análisis y conclusiones se encuentran debidamente documentados y soportados, con base en la información suministrada por SAE; información registrada en papeles de trabajo, los cuales reposan en el Sistema de información de Auditorías establecido para tal efecto.

La Actuación Especial de Fiscalización se adelantó por parte de la Contraloría Delegada para el Sector Justicia a la Sociedad de Activos Especiales específicamente al *Contrato Operación Minera, Prestación de Servicios de Fabricación y Despacho, y Arrendamiento de Inmuebles para Producción Cementera.*

En el desarrollo de la Actuación no se presentaron limitaciones que afectaran el alcance y objetivos de la auditoría.

Los hallazgos se dieron a conocer oportunamente a la Sociedad de Activos Especiales dentro del desarrollo de la Actuación Especial, las respuestas dadas fueron analizadas y se incorporaron en el presente informe.

RELACIÓN DE HALLAZGOS

En desarrollo de la presente Actuación Especial de Fiscalización se establecieron dos (02) hallazgos administrativos y uno de ellos presenta incidencia disciplinaria.

PLAN DE MEJORAMIENTO

La entidad deberá elaborar un plan de mejoramiento, con los hallazgos consiganados en el presente informe dentro de los veinte (20) días hábiles

Carrera 69 No. 44-35 Piso 1 • Código Postal 111071 • PBX 518 7000
cgr@contraloria.gov.co • www.contraloria.gov.co • Bogotá, D. C., Colombia

siguientes al recibo de este. Para efectos de la habilitación en el Sistema de Rendición Electrónica de Cuentas e Informes- SIRECI, se solicita remitir copia del oficio de radicación del informe a la entidad, al correo electrónico soportesireci@contraloria.gov.co .

La Contraloría General de la República evaluará la efectividad de las acciones que emprenderá la entidad para eleminar las causas del hallazgo detectado con ocasión de la presente Actuación Especial de Fiscalización, de acuerdo con lo previsto en la Resolución Organica No. 042 del 25 de agosto de 2020.



SEBASTIÁN MONTOYA MEJÍA
Contralor Delegado Sector Justicia
Contraloria General de la República

Aprobó: Alberto Torres – Director Vigilancia Fiscal
Revisó: Ruth Maribel Cuadrado – Supervisora
Preparó: Martha Lucía Camargo – Líder
Ruth Teresa Rodríguez



Carrera 69 No. 44-35 Piso 1 • Código Postal 111071 • PBX 518 7000
cgr@contraloria.gov.co • www.contraloria.gov.co • Bogotá, D. C., Colombia

1. ANTECEDENTES

Con ocasión de la entrada en vigencia de la Ley 1708 de 2014, la administración del Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y Lucha contra el Crimen Organizado (en adelante "FRISCO"), fue asumida por la SAE en calidad de secuestre judicial de los bienes vinculados a procesos de extinción de dominio.

La finalidad ordenada en dicha norma respecto de la administración de los activos del FRISCO consiste en mantenerlos productivos y específicamente, al tenor de su artículo 94 se establece que, *con el fin de garantizar que los bienes sean o continúen siendo productivos y generadores de empleo, y evitar que su conservación y custodia genere erogaciones para el presupuesto público, la SAE podrá celebrar cualquier acto y/o contrato que permita una eficiente administración de los bienes y recursos.*

La Sociedad de Activos Especiales S.A.S SAE, es una Sociedad de Economía Mixta del orden nacional, autorizada por la ley, de naturaleza única y sometida al régimen del derecho privado, de acuerdo con las políticas trazadas por el Consejo Nacional de Estupefacientes o su equivalente, con el objetivo de fortalecer el sector justicia, la inversión social, la política de drogas, el desarrollo rural, la atención y reparación a víctimas de actividades ilícitas, y todo aquello que sea necesario para tal fin.

A través del Decreto 2136 del año 2015 se reglamentó el capítulo VIII del título III del libro III de la Ley 1708 del año 2014, en lo relativo a las formas de administración de los bienes que conforman el FRISCO.

La Ley 1708 del 2014 en su Artículo 92 numeral 4 establece al "*Depósito Provisional"* como un mecanismo para facilitar la administración de los bienes con extinción de dominio y afectados con medidas cautelares dentro del proceso de extinción de dominio.

El *Depósito Provisional* tal como lo establece la Ley 1708 de 2014 en su Artículo 99, *es una forma de administración de los bienes afectados con medidas cautelares o sobre los cuales se haya declarado la extinción de dominio, ya sean muebles e inmuebles, sociedades, personas jurídicas, establecimientos de comercio o unidades de explotación económica, en virtud del cual se designa una persona natural o jurídica que reúna las condiciones de idoneidad necesarias para que las administre, cuide, mantenga, custodie y procure que continúen siendo productivas y generadores de empleo.*

Dicho lo anterior, es relevante proceder con la precisión del antecendente que motiva la realización de la presente Actuación Especial de Fiscalización de la siguiente manera:

Carrera 69 No. 44-35 Piso 1 • Código Postal 111071 • PBX 518 7000
cgr@contraloria.gov.co • www.contraloria.gov.co • Bogotá, D. C., Colombia

En el año 2012 mediante Resolución de Inicio del 7 de diciembre, la Fiscalía veinticuatro (24) Especializada del Grupo de Tareas Especiales-DIAN- adscrita a la Unidad Nacional para la Extinción del Derecho de Dominio y Contra el Lavado de Activos, ordenó de manera oficiosa iniciar el trámite de extinción del derecho de dominio de los bienes radicados en cabeza del señor José Aldemar Moncada Moncada, disponiendo el embargo, secuestro y la consecuente suspensión del poder dispositivo.

Dentro de los bienes en mención se encuentran los siguientes:

- La sociedad CI Calizas (titular del título minero y licencia ambiental)
- el bien inmueble identificado con la matrícula inmobiliaria 019 - 14161, con un área de 22 hectáreas denominado Lote No. 1 Finca Monterrey,
- el bien inmueble identificado con la matrícula inmobiliaria 019 - 14162, con un área de 394 hectáreas, denominado Lote No. 2 Finca Monterrey,
- y el establecimiento de comercio ZOMAM (*Zona Franca Especial Cementera del Magdalena medio S.A.S.)*

En este aparte es importante mencionar que para la época en la que se llevó a cabo el proceso de incautación de estos bienes, es decir el año 2012, la extinta Dirección Nacional de Estupefacientes DNE era la entidad encargada de administrar el Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social, y Lucha Contra el Crimen Organizado FRISCO.

Dicha entidad en virtud de su competencia y en cumplimiento de sus obligaciones de administración de los bienes del FRISCO, procedió bajo el mecanismo del depósito provisional a ratificar en el mes de mayo del año 2013 mediante acto administrativo al señor Yesid Ramírez Ramírez como depositario provisional de los bienes incautados, persona esta que tal como consta en el acta de secuestre de los mismos venía cumpliendo con las obligaciones de este cargo.

El día 15 de julio de 2013 el depositario provisional de la sociedad C.I. Calizas y Minerales S.A haciendo uso de sus facultades, celebró con la empresa Cemex Colombia S.A un contrato de arrendamiento sobre la Finca Monterrey ubicada en el corregimiento la Susana del municipio de Maceo (Antioquia), por valor de un millón de pesos mensuales.

Posteriormente el día 30 de septiembre del año 2013, dicho depositario provisional tambien suscribió con Cemex S.A y Central de Mezclas un contrato de mandato amplio, con un término de duración indefinida, para la administración de la citada sociedad y sus activos, incluyendo la

Carrera 69 No. 44-35 Piso 1 • Código Postal 111071 • PBX 518 7000
cgr@contraloria.gov.co • www.contraloria.gov.co • Bogotá, D. C., Colombia

representación legal de la Zona Franca Especial Cementera del Magdalena Medio - ZOMAM.

Bienes sobre los que la multinacional CEMEX construyó una planta de cemento con una inversión aproximada a los USD$340'000.000.

En cumplimiento de la Ley 1708 de 2014 y los lineamientos establecidos en el Decreto 1335 del 17 de julio de 2014, la Fiduciaria la Previsora S.A, obrando como liquidadora de la Dirección Nacional de Estupefacientes DNE y de conformidad con el poder otorgado por el Ministerio de Justicia y del Derecho, el 30 de septiembre del año 2014 procede con la entrega documental de los bienes que conforman el FRISCO a la Sociedad de Activos Especiales-SAE.

Es preciso señalar que, por mandato legal a partir del 21 de julio del año 2015, la SAE fue reconocida como administradora del FRISCO.

En la presente Actuación Especial de Fiscalización se observó que la Sociedad de Activos Especiales SAE al asumir la administración del FRISCO y en el caso específico que nos ocupa, la adminsitración de la Sociedad C.I. Calizas y Minerales, los dos inmuebles y el establecimeinto de comercio de ZOMAM, desplegó las siguientes actuaciones, teniendo en cuenta los antecedentes ya relatados relacionados con la admnistración de los bienes incautados en cabeza de la DNE y el depositario provisional Yesid Ramirez:

- El 14 de octubre del año 2016, procedió a instaurar denuncia penal contra el depositario provisional designado por la extinta DNE, por los delitos de peculado por apropiación, cohecho propio y contrato sin cumplimiento de requisitos legales y contra el anterior representante legal de la sociedad C.I. CALIZAS y MINERALES S.A., por los delitos de fraude procesal y fraude a resolución judicial o administrativa de policía; hechos que fueron puestos en conocimiento de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, Secretaria de Transparencia y Consejería de Seguridad de la Presidencia de la República, Ministerios de Justicia y de Comercio, Industria y Turismo, la Unidad de Información y Análisis Financiero y la Procuraduría General de la Nación, para lo de su competencia.

- De igual manera, la SAE contrató dos firmas de abogados externos a fin de que de manera conjunta se adelantaran las acciones legales a las que hubiere lugar.
- Y se realizaron mesas de trabajo con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

Carrera 69 No. 44-35 Piso 1 • Código Postal 111071 • PBX 518 7000
cgr@contraloria.gov.co • www.contraloria.gov.co • Bogotá, D. C., Colombia

El día 27 de septiembre del año 2016, mediante acto administrativo removió al señor depositario designado por la extinta DNE.

Y el día 17 de noviembre del año 2016, mediente acto administrativo fue designado como nuevo depositario de la Sociedad C.I. Calizas el señor Néstor Mauricio Garrido Polanco, esto en atención a lo dispuesto en el Artículo 99 del Código de Extinción de Dominio, que consagra como mecanismo de administración el "Depósito provisional".

La Sociedad de Activos Especiales SAE, en virtud de lo estipulado en el artículo 39 literal j de sus Estatutos Sociales, tiene la función de "*Servir de órgano consultivo al Presidente de la sociedad e impartirle las instrucciones que sean necesarias para la buena marcha de los negocios sociales".*

En virtud de lo anterior, el día 29 de septiembre del año 2016 la SAE presentó el caso de C.I. Calizas y Minerales ante la Junta Directiva, por lo cual entre los años 2017 y 2019 se realizaron diferentes sesiones con el fin de informar las decisiones legales, técnicas y financieras tomadas para la suscripción de un contrato de operación minera.

Asi mismo, en el Comité de Negocios y el Comité Técnico de Sociedades, celebrado los días 10 y 11 abril del año 2019 respectivamente, se informó a los miembros acerca de las revisiones financieras, jurídicas y técnicas que se habían realizado y sus resultados, los cuales se dieron en virtud del apoyo de asesores externos, expertos en derecho penal y derecho societario, entre otros, así como, con consultores financieros externos que colaboraron en la estructuración del contrato de operación minera. En dichos comités, los miembros analizaron los soportes documentales de los respectivos estudios financieros y jurídicos y procedieron con la autorización del mismo.

Con el fin de tener claridad sobre el *contrato de operación Minera Prestación de Servicios de Fabricación y Despacho, y Arrendamiento de Inmuebles para Producción Cementera*, consideramos conveniente referirnos sobre los siguientes aspectos:

En el mes de enero del año 2019, el apoderado judicial de la Sociedad de Activos Especiales S.A.S SAE y C.I. Calizas y Minerales sociedad incautada, promovieron el trámite de audiencia de conciliación ante la Procuraduría General de la Nación- Procuraduría Delegada para asuntos civiles en la cual fueron convocadas las empresas Cemex Colombia S.A y Central de Mezclas S.A, empresas que tal como se relató en párrafos anteriores suscribieron dos contratos con el depositario provisional designado por la extinta DNE.

La solicitud de conciliación fue presentada a efectos de que las partes llegaran a un acuerdo conciliatorio, en relación con las siguientes pretensiones:

Carrera 69 No. 44-35 Piso 1 • Código Postal 111071 • PBX 518 7000
cgr@contraloria.gov.co • www.contraloria.gov.co • Bogotá, D. C., Colombia

- *Se DECLARARA que con lo que respecta a la RETRIBUCIÓN POR LA TENENCIA por parte de CEMEX COLOMBIA S.A. y CENTRAL DE MEZCLAS S.A., respecto de los inmuebles identificados con los folios de matrícula inmobiliaria Nos. 019-14161 y 019-14162 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Puerto Berrío (Antioquia), ubicados en el Municipio de Maceo (Antioquia), dichas sociedades se encuentran obligadas a reconocer a las sociedades Convocantes, los valores correspondientes a los comerciales corrientes, aplicables a situaciones jurídicas reguladas por las mismas condiciones.*

- *Se DECLARARA que, en lo que respecta a la RETRIBUCIÓN POR LA EXPLOTACIÓN DE TÍTULO MINERO derivado del Contrato de Concesión Minera No. 1477 de 2008, las sociedades Convocadas se encuentran obligadas a retribuir a las sociedades Convocantes, los valores que correspondan a los comerciales corrientes, aplicables a situaciones jurídicas reguladas por las mismas condiciones.*

- *Se DECLARARA que en lo que respecta a OTROS BENEFICIOS ECONÓMICOS derivados del hecho de estar ubicados los Inmuebles de propiedad de la sociedad C.I. CALIZAS Y MINERALES S.A. dentro de la ZONA FRANCA ESPECIAL CEMENTERA DEL MAGDALENA MEDIO S.A.S. ZOMAM, las sociedades Convocadas se encuentran obligadas a retribuir a las sociedades Convocantes, los valores que correspondan a los comerciales corrientes, aplicables a situaciones jurídicas reguladas por las mismas condiciones.*

- *Que definido lo anterior, se DECLARARA que la relación negocial entre las sociedades Convocantes y Convocadas, derivada de la tenencia y explotación de los activos a que hacen referencia los numerales anteriores, cobrará vigencia inmediata, extendida por un término específico, o en últimas hasta que exista el pronunciamiento por parte de la Fiscalía, mediante el cual se resuelva el proceso de extinción de dominio que involucra los precitados activos.*

- *Que se DECLARARA que las sociedades Convocadas se encuentran obligadas a compensar a las sociedades Convocantes, por la tenencia y explotación económica retroactiva de los activos a que se hizo referencia en los numerales anteriores.*

- *Se DECLARARA la extinción de cualquier vínculo negocial que hubiese existido entre las sociedades Convocantes o sus causahabientes y las Convocadas, con ocasión de la tenencia y explotación de los activos, por la ausencia de los elementos habilitantes para la eficacia jurídica de aquel.*

- *Como consecuencia de lo anterior, SE ORDENARA a las Convocadas restituir materialmente a las sociedades Convocantes, los activos.*

- *Y que Se DECLARE que las sociedades Convocantes tienen derecho a percibir una compensación económica por los perjuicios que les fueron causados por las Convocadas, con ocasión de la tenencia y explotación retroactiva de los activos liquidados hasta que se produzca efectivamente la restitución material deprecada.*

Con ocasión de esta conciliación extrajudicial adelantada ante la Procuraduría General de la Nación, se llegó a un acuerdo el cual fue plasmado en un *Contrato de Operación Minera, Prestación de Servicios de Fabricación y Despacho, y Arrendamiento de Inmuebles para Producción Cementera* suscrito el día 12 de abril del año 2019, por *C.I. CALIZAS Y MINERALES S.A.,*

Carrera 69 No. 44-35 Piso 1 • Código Postal 111071 • PBX 518 7000
cgr@contraloria.gov.co • www.contraloria.gov.co • Bogotá, D. C., Colombia

ZONA FRANCA ESPECIAL CEMENTERA DEL MAGDALENA MEDIO S.A.S. (con autorización de la SAE como administradora del FRISCO) y CENTRAL DE MEZCLAS S.A., CEMEX COLOMBIA S.A. y CORPORACIÓN CEMENTERA LATINOAMERICANA C.C.L.

Contrato éste, que se celebró con la finalidad de dar cumplimiento al mandato legal de propender por la productividad económica de los activos afectados con medidas cautelares dentro del proceso de extinción de dominio, contemplada en el artículo 94 de la Ley 1708 de 2014, y especificamente para el caso que nos ocupa en esta Actuación Especial de Fiscalización los activos de la Sociedad CI. Calizas y Minerales y ZOMAM.

Lo anterior, sin perjuicio de las decisiones de las instancias judiciales respecto de los hechos acaecidos con anterioridad a la suscripción del citado contrato.

Es preciso resaltar que, el contrato en mención recogió la totalidad de las diferencias objeto de conciliación entre las Partes y ademas estableció el siguiente objeto general:

Contrato de Operación Minera, prestación de servicios de fabricación y despacho, y arrendamiento de inmuebles para producción cementera

Vigencia del contrato:



El Contrato tendrá una duración inicial de 21 años contados a partir de la Fecha de Suscripción, los cuales se prorrogarán de manera automática por 10 años más, en caso de que al momento en el que se cumpla el término de los 21 años mencionados, el Título Minero se encuentre vigente (en adelante el "Término Inicial"). En todo evento la duración del Contrato estará sujeta a la vigencia del Título Minero que es base esencial del Contrato.

"Objeto General"

Por virtud del presente Contrato, el Depositario Provisional en su calidad de representante legal de CI Calizas y ZOMAM, autoriza a las Empresas Cementeras para ser:

- *(i) las compradoras exclusivas de todos los minerales provenientes de la explotación del Título Minero;*
- *(ii) quienes exploten las canteras amparadas por el Título Minero, permitiendo la extracción dentro de los límites del Título Minero hasta agotar las reservas de los minerales concesionados, de acuerdo con el PTO y la Licencia Ambiental, durante la vigencia del*

Carrera 69 No. 44-35 Piso 1 • Código Postal 111071 • PBX 518 7000
cgr@contraloria.gov.co • www.contraloria.gov.co • Bogotá, D. C., Colombia

Título Minero y sus prórrogas, si las hubiere, siempre y cuando el presente contrato se encuentre vigente, utilizados para la fabricación de Clinker y Cemento, entre otras actividades, sin perjuicio de poder extraer otros minerales de la concesión;

(iii) las arrendatarias únicas de los Inmuebles de propiedad de CI Calizas;

(iv) las beneficiarias de los Servicios de Fabricación y Despacho de Cemento, mientras la Zona Franca se mantenga vigente y en existencia jurídica;

(v) las arrendatarias únicas de los activos propiedad de ZOMAM a partir de la pérdida de la Zona Franca y consecuente cesación de prestación de los Servicios de Fabricación y Despacho de Cemento;

(vi) quienes gocen del derecho de realizar las actividades amparadas bajo la Licencia Ambiental y el Titulo Minero; y

(vii) quienes podrán beneficiarse de la Zona Franca con ocasión de los Servicios de Fabricación y Despacho de Cemento mientras la Zona Franca subsista. Todo lo anterior con sujeción a las disposiciones legales vigentes (conjuntamente las anteriores actividades y según el momento en que se desarrollen el "Objeto del Contrato"). Lo anterior de acuerdo con las respectivas especificaciones determinadas en los distintos Capítulos y Anexos que forman parte integral del presente Contrato."

De la misma manera y con ocasión de la celebración de este contrato, se fijaron las siguientes contraprestaciones económicas que serán pagadas por parte las empresas operadoras en favor de C.I. Calizas y ZOMAM esto con el propósito de mantener productivo el bien incautado y que se encuentra bajo la admnistración del FRISCO.

- ***Contraprestaciones a favor de ZOMAM:***

Por el Servicio de Producción y Despacho en ZOMAM, se facturará a las Empresas Cementeras, en forma trimestral vencida, una cifra que resulte de sumar los siguientes conceptos:

a. *Costo de la nómina de personal contratada y empleada por ZOMAM para proporcionar los Servicios de Producción y Despacho en ZOMAM, así como los demás derivados objeto del presente Contrato.*
b. *Uso y mantenimiento de los Equipos Aportados y Activos de ZOMAM, que sean utilizados para los Servicios de Producción y Despacho en ZOMAM, objeto del presente Contrato.*
c. *Intereses causados mensualmente para financiar los activos y operaciones de ZOMAM, provenientes del Crédito y los Gastos Corrientes,* con relación a este pago es importante mencionar que este se genera con ocasión de un crédito otorgado por CCL a ZOMAM.

Carrera 69 No. 44-35 Piso 1 • Código Postal 111071 • PBX 518 7000
cgr@contraloria.gov.co • www.contraloria.gov.co • Bogotá, D. C., Colombia

La factura descrita anteriormente deberá incluir además de los conceptos descritos una suma equivalente al 0.8% de las Ventas Netas de Cemento mensuales, valor que se pagará directamente a ZOMAM.

- ***Contraprestaciones a favor de CI Calizas:***

Las Empresas Cementeras pagarán a CI Calizas una suma equivalente al 0.9% de las Ventas Netas de Cemento del trimestre correspondiente, por los siguientes conceptos:

Derecho de extracción de minerales amparados por el Título Minero;

Derecho de adquisición y disposición de minerales extraídos bajo el Título Minero;

Derecho de construcción y montaje y explotaciones de minerales bajo el Título Minero y la Licencia Ambiental.

Adicional a las cifras mencionadas anteriormente*, las Empresas Cementeras pagarán a CI Calizas una suma mensual de COP $4.084.000 por concepto de canon de arrendamiento por los Inmuebles. Cifra que se cancelara de forma automática y cada doce (12) meses contados desde la Fecha de Suscripción, el precio mensual del arrendamiento se reajustará en un porcentaje igual al índice de precios al consumidor (IPC) del año calendario inmediatamente anterior determinado por las autoridades competentes de la República de Colombia.*

Por otra parte, con ocasión del contrato objeto de análisis se fijaron las siguientes contraprestaciones retroactivas:

- **Contraprestaciones Retroactivas:**

<u>*Respecto del arriendo de los Inmuebles:*</u>

Las Empresas Cementeras pagarán a CI Calizas, por una sola vez, la suma que resulte de multiplicar el número de meses contados desde el 15 de julio de 2013 hasta la Fecha de Suscripción por COP $ 4.084.000, el cual corresponde al canon mensual retroactivo. A la cifra resultante se le descontará la cifra de COP $28.000.000, equivalente a los pagos efectuados por las Empresas Cementeras con ocasión de la tenencia de los Inmuebles, con anterioridad a la Fecha de Suscripción.

<u>*Respecto de los minerales, la concesión minera y otros:*</u>

Carrera 69 No. 44-35 Piso 1 • Código Postal 111071 • PBX 518 7000
cgr@contraloria.gov.co • www.contraloria.gov.co • Bogotá, D. C., Colombia

Todos los minerales objeto de la concesión que hayan sido explotados a partir del primero de julio de 2013 y hasta la Fecha de Suscripción del presente Contrato, se pagarán a razón del volumen explotado.

El cincuenta por ciento (50%) de este pago se realizará en la Fecha Efectiva y el cincuenta por ciento (50%) restante, se pagará una vez haya transcurrido un año de la Fecha de Suscripción.

Contraprestación Adicional:

Las Partes acuerdan que en virtud del presente Contrato CI Calizas, o quien ésta designe, tendrá derecho a recibir en la Fecha Efectiva como contraprestación adicional una suma única equivalente a COP $1.000.000.000.

Es importante resaltar, que la Zona Franca Especial Cementera del Magdalena Medio ZOMAM, recibió aportes voluntarios en recursos financieros y medios materiales humanos por parte de las empresas cementeras y otras empresas de la organización Cemex. Esto con el fin de poder cumplir con los requisitos de inversión y contratación de personal para mantener el derecho de zona franca.

Los aportes voluntarios mencionados, se materializaron mediante la suscripción de un crédito con la Corporación Cementera Latinoamericana CCL, el cual comenzó a desembolsarse en el mes de diciembre del año 2015, por un valor en principio de USD $ 20 millones, destacando que si los intereses no eran pagados estos se capitalizaban.

Posteriormente en febrero de 2016 se autorizó un desembolso con cargo al mismo hasta por USD $50 millones, hecho que surgió producto de un acuerdo entre CCL y ZOMAM.

La situación financiera del crédito en mención con corte a 31 de diciembre de 2020 asciende a la suma de USD $ 43,2 millones, equivalentes en moneda colombiana a la suma de $148.529.687.537.

Lo expuesto anteriormente, constituye el antecendente que soporta la realización de la presente Actuación Especial de Fiscalización a la Sociedad de Activos Especiales, en el caso específico la administración de la Sociedad C.I. Calizas y Minerales, ZOMAM y el inmueble denominado Finca Monterrey, bienes estos que, se encuentran en proceso de extinción de dominio con medidas cautelares de embargo, secuestro y la consecuente suspensión del poder dispositivo.

Carrera 69 No. 44-35 Piso 1 • Código Postal 111071 • PBX 518 7000
cgr@contraloria.gov.co • www.contraloria.gov.co • Bogotá, D. C., Colombia

2. ALCANCE Y DESARROLLO DE LA ACTUACIÓN ESPECIAL.

El alcance de la presente actuación especial de fiscalización se orientó a:

2.1 Evaluar las gestiones adelantadas por la Sociedad de Activos Especiales SAE como administradora del FRISCO, en el caso específico de la administración de la sociedad C.I Calizas y Minerales, ZOMAM y el inmueble denominado Finca Monterrey, bienes que se encuentran en proceso de extincion de dominio, lo anterior, con el fin de determinar sobre la efienciencia en la administración de dichos bienes con corte a 31 de diciembre del año 2020.

En desarrollo de este objetivo, se evaluaron las diferentes gestiones adelantadas por la Sociedad de Activos Especiales SAE, encaminadas al cumplimiento de su función como administadora de los bienes en proceso de extinción de dominio, actividades dentro de las cuales se resaltan las siguientes:

- Sesiones de Junta Directiva
- Mesas de trabajo, desarrolladas de manera conjunta entre las compañías cementeras, el depositario provisional y los asesores jurídicos, técnicos y financieros externos, con el fin de evaluar la situación de los activos de la Sociedad C.I Calizas y ZOMAM.
- Designación de un nuevo Depositario Provisional
- Celebración de Conciliación Extrajudicial ante la Procuraduría General de la Nación.

Lo anterior, permite determinar que, SAE con el desarrollo de dichas actividades, actuó de conformidad con su función de administración de la sociedad C.I Calizas y Minerales, esto en procura de buscar la productividad de los mencionados bienes, a través de la suscripción del contrato mencionado anteriormente.

Sin embargo en dicho proceso de administratición y en virtud de las activiades desplegadas para proceder con la autorización al depositario provisional para suscripción del contrato, se econtraron algunas deficiencias, las cuales quedaron plasmadas en dos hallazgos administrativos uno de ellos con incidencia disciplinaria.

2.2 Evaluar el contrato de Operación Minera, Prestación de Servicios de Fabricación y Despacho y Arrendamiento de Inmuebles para Producción Cementera celebrado por C.I. CALIZAS Y MINERALES S.A., ZONA FRANCA ESPECIAL CEMENTERA DEL MAGDALENA MEDIO S.A.S. (con autorización de la SAE como administradora del

Carrera 69 No. 44-35 Piso 1 • Código Postal 111071 • PBX 518 7000
cgr@contraloria.gov.co • www.contraloria.gov.co • Bogotá, D. C., Colombia

FRISCO) y CENTRAL DE MEZCLAS S.A., CEMEX COLOMBIA S.A. y CORPORACIÓN CEMENTERA LATINOAMERICANA C.C.L. esto, con el fin de determinar si con ocasión del contrato suscrito y autorizado por la SAE se está procurando la productividad de los activos incautados.

La SAE en virtud de lo dispuesto en la Ley 1708 de 2014 se encuentra administrando la Sociedad C.I Calizas y Minerales y ZOMAM, bienes estos que están en proceso de extinción de dominio y sobre los cuales se han ejecutado una serie de actividades tendientes a satisfacer lo dispuesto en el artículo 94 de dicha Ley.

Actividades éstas que se materializaron en la suscripción de un *Contrato* de *Operación Minera, Prestación de Servicios de Fabricación y Despacho y Arrendamiento de Inmuebles para Producción Cementera,* contrato con el que se busca la productividad del bien enmarcada bajo un modelo económico de contraprestaciones sobre ventas netas del negocio cementero de las que será beneficiaria la Sociedad en mención.

No obstante lo anterior, es preciso aclarar que a la fecha de la presente Actuación Especial, la planta no ha entrado en operación, por cuanto aún se encuentran en trámite algunas condiciones necesarias para hacerlo, por tal razón dichas contraprestaciones económicas no han sido percibidas por las sociedades administratdas por la SAE hecho que nos impide en este momento pronunciarnos sobre la productividad del bien.



2.3 Verificar que, se haya realizado el pago retroactivo de los canones de arrendamiento desde el 15 de julio del año 2013 hasta el mes de abril del año 2019.

Para dar cumplimiento a lo establecido en este requerimiento, se consultó el informe presentado en el mes de abril del año 2019 por el depositario provisonal de la Sociedad C.I Calizas, en el que se encuentra especificado el pago retroactivo por el concepto de canones de arrendamiento, dejados de percibir desde el día 15 de julio del 2013 hasta abril del 2019, por valor de $284.124.622 suma que fue consignada el día 22 de abril del 2019, a la cuenta de ahorros del banco BBVA No. 001304170200334331, cuenta de la que es titular la Sociedad C.I Calizas y Minerales. De igual manera, este hecho fue certificado por el revisor fiscal de la Sociedad C.I Calizas y Minerales el 2 de marzo de 2021.

Lo descrito evidencia el cumplimiento de lo pactado en el contrato con relación a esta contraprestación.

Carrera 69 No. 44-35 Piso 1 • Código Postal 111071 • PBX 518 7000
cgr@contraloria.gov.co • www.contraloria.gov.co • Bogotá, D. C., Colombia

2.4 Evaluar si se han realizado los pagos adicionales por las contraprestaciones dejadas de percibir, durante las negociaciones con respecto a la firma del contrato.

Para dar cumplimiento a lo establecido en este requerimiento, se consultó el informe presentado en el mes de abril del año 2019 por el depositario provisional de la Sociedad C.I Calizas, en el que se encuentran especificados los pagos adicionales por las contraprestaciones dejadas de percibir durante las negociaciones con respecto a la firma del contrato.

Es importante precisar que el valor pactado en el contrato suscrito, era de $1.000.000.000 de los cuales, solo fueron consignados en la cuenta de ahorros del banco BBVA No. 001304170200334331, la suma de $85.553.525, debido a que se efectuaron las siguientes compensaciones tal como se estableció en la cláusula 1.4.5.2 del contrato de Operación Minera, Prestación de Servicios de Fabricación y Despacho y Arrendamiento de Inmuebles para Producción Cementera:

Contraprestación Adicional

Cláusula	Concepto	Valor
1.4.5.2	(i) contrato mutuo con corte a marzo 2019	$696.336.203
	(ii) Acción Sociedad fiduciaria con corte a abril 2019	$84.947.237
	(iii) Carlos Alvarado consultores auditores SAS marzo 2019	$110.660.000
	Total cláusula 1.4.5.2	**$891.943.440**
1.4.5.1	(-) contraprestación adicional 1.4.5.1	$1.000.000.000
	Total a girar derivado de factura No. 4	$108.056.560
	Menos retención	$25.000.000
	Subtotal	**$83.065.560**
	Más Retención factura aplicada de calizas a Cemex 7%	$2.496.965
	Total consignado	**$85.553.525**

Fuente: CGR. Tomado informe depositario y revisor fiscal Sociedad C.I Calizas.

De igual manera este hecho fue certificado por el revisor fiscal de la Sociedad C.I Calizas y Minerales el 2 de marzo de 2021.

Lo descrito evidencia el cumplimiento de lo pactado en el contrato con relación a esta contraprestación.

Carrera 69 No. 44-35 Piso 1 • Código Postal 111071 • PBX 518 7000
cgr@contraloria.gov.co • www.contraloria.gov.co • Bogotá, D. C., Colombia

2.5 Evaluar y verificar si se realizó el pago retroactivo por el volumen de caliza extraída hasta la fecha.

Para dar cumplimiento a lo establecido en este requerimiento, se consultó el informe presentado en el mes de abril del año 2019 y abril de 2020 por el depositario provisonal de la Sociedad C.I Calizas, en el que se encuentra especificado el pago retroactivo por el volumen de caliza extraída hasta la fecha, el cual se encuentra discriminado de la siguiente manera:

- El primer pago equivalente al 50% por el volumen de caliza extraída desde 2013 hasta 2018, por valor $2.118.057.972 después de retenciones, dichos recursos fueron consignados en la cuenta de ahorros del banco BBVA No. 001304170200334331, el día 22 de abril de 2019.

- Y el segundo equivalente al 50% por el volumen de caliza extraída desde 2013 hasta 2018, por valor $2.118.057.972 después de retenciones, dichos recursos fueron consignados en la cuenta de ahorros del banco BBVA No. 001304170200334331, el día 14 de abril de 2020.

  De igual manera este hecho fue certificado por el revisor fiscal de la Sociedad C.I Calizas y Minerales el 2 de marzo de 2021.

  Lo descrito evidencia el cumplimiento de lo pactado en el contrato con relación a esta contraprestación.

3 HECHOS RELEVANTES

En desarrollo de la presente actuación especial, se recibieron documentos suscritos por CEMEX, en donde se consignan temas relacionados con los activos sujetos del proceso de extinción de dominio y se hacen afirmaciones que involucran, el manejo de los activos de la sociedad CI Calizas y Minerales y ZOMAM, afirmaciones éstas, que en el caso de la actuación especial, cobran importancia y se constituyen en hechos relevantes, para el análisis del Ente de Control, tales como:

a. Acta 3165 Reunión Extraordinaria de la Junta Directiva de CEMEX COLOMBIA.

Mediante Acta 3165 del 11 de diciembre de 2015, en reunión extraordinaria de la Junta Directiva de CEMEX Colombia S.A, se llevó a cabo reunión extraordinaria, con el objeto del perfeccionamiento de la compra de la sociedad ZONA FRANCA ESPECIAL CEMENTERA DEL MAGDALENA MEDIO S.A.S

Carrera 69 No. 44-35 Piso 1 • Código Postal 111071 • PBX 518 7000
cgr@contraloria.gov.co • www.contraloria.gov.co • Bogotá, D. C., Colombia

(ZOMAM), dentro de los cuales se destacan, entre otros, los siguientes temas tratados:

3. Aprobación adquisición de una sociedad.

"El presidente explicó que, teniendo en cuenta lo dispuesto en el literal k del artículo sexagésimo segundo de los estatutos sociales, que contiene las funciones de la Junta Directiva, este órgano debe aprobar la adquisición de cualquier sociedad nueva, por lo que se sometió a consideración de la Junta Directiva el perfeccionamiento de la compra de la sociedad ZONA FRANCA ESPECIAL CEMENTERA DEL MAGDALENA MEDIO S.A.S (ZOMAM), teniendo en cuenta los siguientes antecedentes:

…

Séptimo: Teniendo en cuenta el interés ya comentado y los derechos adquiridos por CEMEX sobre los activos con las firmas del Memorando de Entendimiento MDE, como tercero de buena fe, el avance de las negociaciones adelantadas sobre los activos y la firma con el depositario de los contratos de arrendamiento y operación de los predios, CEMEX continuó con las acciones tendientes a adquirir dichos activos, poner en operación la sociedad ZOMAM y mantener la declaratoria de Zona Franca que actualmente detenta la sociedad.

Octavo: Que CEMEX, para llevar a cabo lo que se menciona en el numeral séptimo inmediatamente precedente, entre otras actividades, inició la inversión de acciones a nombre propio y autorizó y efectuó un préstamo a la sociedad ZOMAM, para que pudiera sustentar el cumplimiento de sus obligaciones.

Décimo: Que dentro del proceso de revisión que está adelantando la DIAN se nos informó que, teniendo en cuenta que CEMEX ha hecho la mayoría de inversiones a nombre propio, la sociedad debe proceder a trasladarlas a ZOMAM y acreditar, por lo tanto, su calidad de accionista de la misma, para que se justifique la inversión que ha hecho en dicha sociedad. De no acreditarse lo anterior, nos informa que la sociedad ZOMAM estaría en incumplimiento y por lo tanto, la DIAN debería resolver su estudio declarando dicho incumplimiento y resolviendo la pérdida de la declaratoria de Zona Franca.

Décimo Primero: Que teniendo en cuenta lo anterior se requiere que se perfeccione el negocio de la venta de acciones a CEMEX que se inició en agosto de 2012, antes que la Fiscalía 24 Especializada profiriera la resolución del 7 de diciembre de 2012, correspondiente al inicio de la acción de extinción de dominio y perfeccionar por lo tanto el negocio de adquisición de las acciones, efectuando las correspondientes aprobaciones de la adquisición de la empresa ZOMAM, inscripciones en los libros correspondientes, informando a las autoridades correspondientes de dichos registros, llevando a cabo los asientos contables necesarios, y cualquier otra actividad necesaria para culminar la transferencia de las acciones de ZOMAN.

…".

Carrera 69 No. 44-35 Piso 1 • Código Postal 111071 • PBX 518 7000
cgr@contraloria.gov.co • www.contraloria.gov.co • Bogotá, D. C., Colombia

b. Comunicado 13 de marzo de 2019 CEMEX LATAM HOLDING, S.A (BVC: CLH)

…

Maceo, Colombia – Procedimientos legales en Colombia.

"El 28 de agosto del 2012, CEMEX Colombia firmó un memorando de entendimiento ("MDE") con CI Calizas y Minerales S.A. ("CI Calizas"), para la adquisición y cesión de activos consistentes en los terrenos, la concesión minera y permiso ambiental, beneficios de zona franca y activos relacionados para llevar a cabo el Proyecto Maceo.

Tras la firma del MDE, uno de los antiguos accionistas de CI Calizas fue vinculado a un proceso de extinción de dominio por la Fiscalía General de la Nación de Colombia (la "Fiscalía General"), el cual, entre otras medidas, suspendió la capacidad de CI Calizas para transferir ciertos activos objeto del MDE a CEMEX Colombia (los "Activos Afectados"). Para proteger sus intereses sobre los Activos Afectados, CEMEX Colombia se vinculó al proceso de extinción de dominio, atendió debidamente cada una de las etapas procesales y cooperó con la Fiscalía General.

Adicionalmente, CEMEX Colombia solicitó la improcedencia de la acción de extinción de dominio en contra de los Activos Afectados. El 2 de mayo del 2016, con el propósito de recabar más pruebas, la Fiscalía General negó la solicitud de improcedencia de la acción de extinción de dominio presentada por CEMEX Colombia.

En julio del 2013, CEMEX Colombia firmó un contrato de arrendamiento por un plazo de cinco años (el "Contrato de Arrendamiento") con el depositario provisional de los Activos Afectados que había sido designado por la Dirección Nacional de Estupefacientes (entonces depositaria de los bienes afectados) (la "DNE"). El Contrato de Arrendamiento, junto con un mandato otorgado por el gobierno, autorizó expresamente a CEMEX Colombia para que continuara con los trabajos necesarios para la construcción y puesta en marcha del Proyecto Maceo mientras se resolvía el proceso de extinción de dominio. La vigencia del Contrato de Arrendamiento expiró el 15 de julio del 2018. No obstante la expiración del Contrato Arrendamiento, CEMEX Colombia está facultada para continuar usando los Activos Especiales conforme a los términos del mandato accesorio hasta la conclusión de la expiración del procedimiento de extinción de dominio. Al 31 de diciembre del 2018, la Sociedad de Activos Especiales S.A.S. (la "SAE"), la cual asumió las funciones de la DNE tras su liquidación, disputa la validez del mandato adjunto al mismo y solicitó mediación judicial a fin de avanzar con la finalización de un nuevo contrato de arrendamiento a largo plazo de los Activos Afectados que podría permitir a CEMX Colombia la continuación del trabajo necesario para la construcción y operación del Proyecto Maceo durante la expiración del procedimiento de extinción de dominio.

Bajo la presunción de que CEMEX Colombia actuó de buena fé, y considerando el hecho de que sus inversiones en el proyecto Maceo fueron llevadas a cabo con el consentimiento de la SAE y CI Calizas bajo el Contrato de Arrendamiento y el mandato adjunto al mismo, consideramos que el valor de dichas inversiones está protegido por la ley colombiana. La ley colombiana establece que, si una persona construye en propiedad de un tercero y con el conocimiento de este último, la persona que construyó deberá recibir una indemnización por el valor de las mejoras construidas o bien, tendrá el derecho a que le sea transferida la titularidad de la propiedad en caso de que el dueño de la misma decida recuperar la posesión de la propiedad. Consideramos también que, durante el plazo del Contrato de Arrendamiento y el mandato adjunto al mismo, CEMEX Colombia tenía derecho de utilizar los Activos Afectados con el propósito de operar el Proyecto Maceo. Para el caso de que los derechos de

Carrera 69 No. 44-35 Piso 1 • Código Postal 111071 • PBX 518 7000
cgr@contraloria.gov.co • www.contraloria.gov.co • Bogotá, D. C., Colombia

propiedad de CEMEX Colombia sobre los Activos Afectados sean extinguidos en favor del gobierno de Colombia como resultado del proceso de extinción de dominio, lo cual consideramos remoto, la SAE puede decidir no vender los Activos Afectados a CEMEX Colombia. En ambos casos, bajo ley colombiana, CEMEX Colombia tendría derecho a una indemnización por el valor de las inversiones efectuadas en el Proyecto Maceo. Al 31 de diciembre del 2018, en esta etapa de los procedimientos, consideramos que una resolución adversa en este procedimiento especial no es probable ya que no estamos en posibilidad de determinar la factibilidad de que CEMEX Colombia reciba una decisión adversa relacionada con los procesos de extinción de dominio o si la propiedad de los activos sujetos al MDE será extinguida en favor de la República de Colombia. Sin embargo, al 31 de diciembre del 2018, en esta etapa del procedimiento, consideramos que una resolución adversa en este asunto no es probable y una resolución adversa bajo la cual CEMEX Colombia no sea indemnizada por el valor de sus inversiones en el Proyecto Maceo podría tener un efecto material adverso en nuestros resultados de operación, liquidez o situación financiera.

El 30 de diciembre del 2013, CEMEX Colombia y el Mandatario suscribieron un memorándum de entendimiento distinto (el "MDE de los Terrenos"), conforme al cual el Mandatario representaría a CEMEX Colombia en la adquisición de los terrenos adyacentes al Proyecto Maceo. En relación con el Proyecto Maceo, CEMEX Colombia entregó al Mandatario más de U.S. $13.28 millones, incluyendo pagos en efectivo e intereses (con base en un tipo de cambio de 3,249.75 Pesos Colombianos por U.S. $1.00 vigente al 31 de diciembre del 2018). Debido al proceso de extinción de dominio de los Activos Afectados descrito anteriormente, no se llevó a cabo la formalización de la adquisición de los Activos Afectados.

Durante el 2016, CEMEX, S.A.B. de C.V. recibió reportes a través de su línea de denuncia anónima, informando de posibles malas conductas de empleados en relación con el Proyecto Maceo. CEMEX, S.A.B. de C.V. inició una investigación y auditoría interna de conformidad con sus políticas de gobierno corporativo y su código de ética.

...

La Fiscalía General está investigando las irregularidades detectadas en relación con las operaciones llevadas a cabo bajo los términos del MDE y el MDE de los Terrenos. Dicha investigación se encuentra en curso pero no ha concluido.

Investigaciones Relacionadas con los Asuntos Actuales en Colombia y otros países.

En diciembre del 2016, CEMEX, S.A.B. de C.V. recibió requerimientos de información por parte de la SEC para determinar si se había incurrido o no en violaciones a la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero de los Estados Unidos de América derivadas del Proyecto Maceo. Estos requerimientos no significan que la SEC haya concluido que CEMEX, S.A.B. de C.V. o cualquiera de sus afiliadas haya violado la ley. Tal y como se informa en "—Maceo, Colombia - Procedimientos Legales en Colombia," auditorías e investigaciones internas por parte de CEMEX, S.A.B. de C.V. y CLH habían arrojado irregularidades en los pagos relacionados con el Proyecto Maceo. Los pagos efectuados al Mandatario en relación con el Proyecto Maceo no fueron realizados en observancia a los controles internos de CEMEX, S.A.B. de C.V. y CLH. Según se anunció el 23 de septiembre del 2016, los funcionarios de CLH y CEMEX Colombia responsables de la autorización y realización de los pagos anteriormente referidos fueron despedidos, además de que quien fungiera como Director General de CLH renunció. CEMEX, S.A.B. de C.V. ha estado cooperando con la SEC y la Fiscalía General y tiene la intención de seguir cooperando con ambas autoridades. Previamente revelamos que es posible que el DOJ de los Estados Unidos de América o entidades investigadoras en otras jurisdicciones podrían también iniciar investigaciones relacionadas con este asunto. En este aspecto, el 12 de marzo

del 2018 el DOJ expidió una citación del gran jurado a CEMEX, S.A.B. de C.V. relacionada con sus operaciones en Colombia y en otras jurisdicciones. CEMEX, S.A.B. DE C.V. tiene la intención de cooperar ampliamente con la SEC, el DOJ y cualquier otra entidad investigadora. Al 31 de diciembre del 2018, CEMEX, S.A.B. de C.V. no está en posibilidades de predecir la duración, ámbito o resultado de la investigación tanto de la SEC, de la investigación del DOJ, o de cualquier otra investigación que pueda surgir porque el estado actual te la investigación de la SEC y la naturaleza preliminar de la investigación del DOJ, las sanciones potenciales que se le podrían imponer a CEMEX, S.A.B. de C.V. o si dichas sanciones si las hubiera, pudieran ocasionar un impacto significativo adverso en sus resultados de operación consolidados, liquidez o situación financiera.

Maceo, Colombia—Asuntos Operativos.

El 27 de octubre del 2016, CLH decidió posponer la puesta en marcha de la planta en Maceo, Colombia. Esta decisión se debió principalmente a las siguientes circunstancias:

(1) CEMEX Colombia no había recibido los permisos requeridos para finalizar la vía de acceso a dicha planta de cemento. El único acceso existente a dicha planta de cemento no puede garantizar la seguridad ni las operaciones y podría limitar la capacidad para transportar los productos desde la planta de cemento. Al 31 de diciembre del 2018, el proceso para obtener los permisos requeridos para finalizar la vía de acceso a dicha planta de cemento en Maceo, Colombia, sigue en marcha. CEMEX Colombia ha proporcionado toda la información que las autoridades han requerido para el otorgamiento de dichos permisos, pero CEMEX Colombia no puede evaluar si, y cuando, recibiría esos permisos;

(2) CEMEX Colombia no había recibido una respuesta final a su solicitud de ampliar la zona franca que cubre al proyecto Maceo con el propósito de comisionar una nueva línea de clínker en dicha planta de cemento. En caso de que dicha expansión no sea concedida, ello pondría en riesgo la capacidad de CEMEX Colombia de consolidar los beneficios que de otro modo estarían disponibles para CEMEX Colombia en el área. CEMEX Colombia había solicitado al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo ampliar la zona franca, respecto de lo cual CEMEX Colombia no recibió una decisión definitiva. CEMEX Colombia considera que el retraso en dicha decisión podría haber sido relacionado con el proceso de extinción de dominio en contra de los Activos Afectados. Durante el tercer trimestre del 2017, a solicitud de CEMEX Colombia, la DIAN otorgó una suspensión del proceso de ampliación de la zona franca que CEMEX Colombia había solicitado previamente. Por lo tanto, el proceso de ampliación de la zona franca va a permanecer hasta el 31 de marzo del 2019. Al 31 de diciembre del 2018, CEMEX Colombia considera que para el 31 de marzo del 2019 se debería finalizar el ajuste parcial al Distrito de Administración Integrada, lo que deberá permitir a CEMEX Colombia proceder con el proceso de ampliación de la zona franca;

(3) Distintas entidades legales fueron las titulares del permiso ambiental y de la concesión minera relacionados con el Proyecto Maceo, situación que es contraria a lo que comúnmente se da en Colombia. Central de Mezclas S.A. ("Central de Mezclas"), una subsidiaria de CEMEX Colombia, es la titular del permiso ambiental relacionado con el Proyecto Maceo. Sin embargo, la concesión minera relacionada con el Proyecto Maceo fue restituida en favor de CI Calizas como resultado de la revocación de dicha concesión minera por parte de la Secretaría de Minas de Antioquia en diciembre del 2013. En relación con el permiso ambiental que había sido emitido para el Proyecto Maceo durante la segunda mitad del 2016, Corantioquia, la agencia ambiental regional con jurisdicción sobre el permiso ambiental del Proyecto Maceo, solicitó la autorización y consentimiento por parte de Central de Mezclas para revertir la asignación del permiso ambiental para el Proyecto Maceo y así el mismo fuera asignado de vuelta a CI Calizas, la cual es la titular de la concesión minera correspondiente. El 2 de febrero

Carrera 69 No. 44-35 Piso 1 • Código Postal 111071 • PBX 518 7000
cgr@contraloria.gov.co • www.contraloria.gov.co • Bogotá, D. C., Colombia

del 2018, Central de Mezclas ha otorgado dicha autorización. CEMEX Colombia había solicitado una modificación al permiso ambiental y, el 13 de diciembre del 2016, Corantioquia notificó a Central de Mezclas su decisión de negar la solicitud de modificación al permiso ambiental relacionado con el Proyecto Maceo para producir hasta 950,000 toneladas por año bajo el argumento de que el área del proyecto se sobreponía con el Distrito de Manejo Integrado. Esta resolución fue apelada por Central de Mezclas el 14 de diciembre del 2016. El 28 de marzo del 2017, Central de Mezclas fue notificada de la resolución dictada por Corantioquia, misma la cual confirmó la resolución que anteriormente había negado la modificación del permiso ambiental para un proyecto de 950,000 toneladas anuales. Como resultado de lo anterior, al 31 de diciembre del 2018, CEMEX Colombia estaba trabajando arduamente en la zonificación y compatibilidad del Distrito de Manejo Integrado, así como analizando alternativas para un ajuste parcial al Distrito de Manejo Integrado, para evitar discusiones futuras acerca de la factibilidad de ampliar la producción propuesta en el Proyecto Maceo a más de 950,000 toneladas al año.

Una vez que estas alternativas hayan sido implementadas, al 31 de diciembre del 2018. CEMEX Colombia reconsiderará el presentar una nueva solicitud para la modificación del permiso ambiental con el propósito de ampliar su producción de 950,000 toneladas por año como se había planeado originalmente;

(4) CEMEX Colombia determinó que el área cubierta por el permiso ambiental relacionado con el Proyecto Maceo se sobreponía parcialmente con un Distrito de Manejo Integrado, lo que podría obstaculizar la aprobación de la modificación al permiso ambiental.

El 9 de octubre del 2019, CEMEX Colombia presentó una petición con Corantioquia para disminuir el tamaño del área zonificada cubierta por la licencia ambiental relacionada al Proyecto Maceo para evitar cualquier sobreposición con el Distrito de Manejo Integrado. El 12 de enero de 2918, CEMEX Colombia fue notificada de la decisión de Corantioquia de admitir dicha petición e iniciar los procedimientos; y



(5) CEMEX Colombia no ha recibido autorización para la modificación de uso de suelo a fin de poder llevar a cabo actividades industriales y mineras en el sitio de la planta de cemento en Maceo, Colombia. Al 31 de diciembre del 2018, el proceso para obtener las autorizaciones requeridas para la modificación de uso de suelo del sitio de la planta de cemento en Maceo, Colombia está en curso.

...

c. Comunicado 7 de diciembre de 2020 CEMEX LATAM HOLDING, S.A (BVC: CLH)

CEMEX Latam Holdings, S.A. ("CLH") (BVC: CLH) informa que, en calidad de accionista de CEMEX COLOMBIA S.A. ("Cemex Colombia"), interpuso ante la Superintendencia de Sociedades de Colombia una demanda mediante la cual solicita que se declaren los presupuestos de ineficacia y, subsidiariamente, la nulidad e inexistencia, a la capitalización en especie realizada por Cemex Colombia a la ZONA FRANCA ESPECIAL CEMENTERA DEL MAGDALENA MEDIO- ZOMAM S.A.S. ("ZOMAM") el 11 de diciembre de 2015. La demanda se fundamenta en algunos incumplimientos a la ley comercial en el proceso de capitalización, atribuibles a la administración de la época.

De producirse una sentencia favorable, se retrotraerían los efectos de la mencionada capitalización, sustituyendo en el activo de Cemex Colombia las acciones expedidas con motivo de esta capitalización por los activos aportados a ZOMAM, los cuales tenían un valor

Carrera 69 No. 44-35 Piso 1 • Código Postal 111071 • PBX 518 7000
cgr@contraloria.gov.co • www.contraloria.gov.co • Bogotá, D. C., Colombia

aproximado de USD$43 millones. Estos efectos solo se reflejarían en los estados financieros de Cemex Colombia al momento en que pudiera quedar en firme una sentencia favorable, en tanto que, en virtud de la consolidación de ZOMAM, no habría ningún efecto en los estados financieros de CLH por dicha sentencia favorable.

d. Comunicado 7 de diciembre de 2020 CEMEX COLOMBIA S.A

CEMEX COLOMBIA S.A. ("Cemex Colombia") informa que, su matriz indirecta CEMEX Latam Holdings, S.A. ("CLH") (BVC: CLH), comunicó que, en cumplimiento al requerimiento realizado por la Superintendencia Financiera de Colombia, amplió la información relevante publicada al mercado el pasado 7 de diciembre de 2020, en relación con la interposición de una demanda mediante la cual CLH solicita que se declaren los presupuestos de ineficacia y en subsidio la nulidad e inexistencia sobre la capitalización en especie realizada por CEMEX Colombia S.A. a la ZONA FRANCA ESPECIAL CEMENTERA DEL MAGDALENA MEDIO - ZOMAM S.A.S. Al respecto, CLH informó que los incumplimientos a la ley comercial en el proceso de capitalización, que menciona en el comunicado, se basan en violaciones a las obligaciones que establece el artículo 186 del Código de Comercio Colombiano, respecto a la realización de reuniones en el domicilio social y el quorum necesario para las mismas, así como, la celebración de contratos sobre bienes fuera del comercio.

CONTRATO DE OPERACIÓN MINERA, PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE FABRICACIÓN Y DESPACHO, Y ARRENDAMIENTO DE INMUEBLES PARA PRODUCCIÓN CEMENTERA.

De igual forma, dentro de los hechos descritos se considera relevante incluir dentro de los presentes hechos lo dispuesto en la siguiente cláusula del contrato:



1.12 <u>Causales de Terminación.</u>

> ***1.12.1.8*** *Si alguna de las empresas controlantes de Cemex resulta condenada después de un juicio en sentencia de última instancia ejecutoriada (el "Fallo Extranjero Condenatorio"), por pago de sobornos o cohecho como producto de investigaciones en los Estados Unidos de América, directamente relacionadas con el Proyecto, con excepción de actos o hechos realizados por, así como de la culpabilidad o responsabilidad atribuida a, las personas sujetas en la Fecha de Suscripción a investigación por la Fiscalía General de la Nación y/o por actos o hechos ocurridos con anterioridad al 23 de septiembre de 2016. Queda entendido que los acuerdos a los que se pueda llegar con las autoridades de Estados Unidos de América sin que exista un Fallo Extranjero Condenatorio, no constituyen causal de terminación de este Contrato.*

Carrera 69 No. 44-35 Piso 1 • Código Postal 111071 • PBX 518 7000
cgr@contraloria.gov.co • www.contraloria.gov.co • Bogotá, D. C., Colombia

4 CONCEPTO SOBRE EL ANÁLISIS EFECTUADO.

Para abordar el concepto sobre la evaluación y el análisis efectuado en la Actuación Especial de Fiscalización, es importante retomar nuevamente algunos comentarios relacionados con los criterios que sustentan el análisis de cada una de las actividades desplegadas por nuestro sujeto de control.

En el caso específico la Contraloría General de la República planeó la realización de una Actuación Especial de Fiscalización a la Sociedad de Activos Especiales SAE, sociedad que en virtud a lo dispuesto en la Ley 1708 de 2014 es la encargada de administrar el Fondo de Rehabilitación, Inversión Social y Lucha contra el Crimen Organizado-FRISCO.

En cumplimiento de dicha función, actualmente la SAE se encuentra administrando la Sociedad C.I Calizas y Minerales y ZOMAM, bienes estos que están en proceso de extinción de dominio y sobre los cuales se han ejecutado una serie de actividades tendientes a satisfacer lo dispuesto en el artículo 94 de la Ley 1708 de 2014.

Actividades éstas que se materializaron en la suscripción de un *Contrato* de *Operación Minera, Prestación de Servicios de Fabricación y Despacho y Arrendamiento de Inmuebles para Producción Cementera,* contrato con el que se busca la productividad del bien enmarcada bajo un modelo económico de contraprestaciones sobre ventas netas del negocio cementero de las que será beneficiaria la Sociedad en mención.

De igual forma, con la suscripción de dicho contrato se pactaron algunas contraprestaciones retroactivas relacionadas con recursos que se habían dejado de percibir por parte de los activos incautados entre los años 2013 a 2018, recursos estos que según lo pactado ya fueron recibidos por la Sociedad C.I Calizas y Minerales.

Es importante resaltar en esta conclusión que para el momento en que se realiza la presente Actuación Especial de Fiscalización, aún el negocio cementero relacionado con la explotación minera y despacho y fabricación no ha entrado en operación, por tal razón aún las contraprestaciones pactadas no se han empezado a percibir por la sociedad CI Calizas y Minerales y ZOMAM, hecho que le impide a este ente de control fiscal pronunciarse frente al componente de productividad de los activos, pues es este el objeto principal del contrato celebrado.

Por otra parte, se resaltan en esta conclusión los siguientes hechos, relevantes evidenciados en virtud del desarrollo de la Actuación Fiscal:

Carrera 69 No. 44-35 Piso 1 • Código Postal 111071 • PBX 518 7000
cgr@contraloria.gov.co • www.contraloria.gov.co • Bogotá, D. C., Colombia

El primer hecho relevante corresponde al pasivo adquirido por la *Zona Franca Especial Cementera del Magdalena Medio Zomam S.A.S.*

Pasivo, sobre el cual este Ente de Control Fiscal encuentra una serie de riesgos relacionados con el patrimonio del activo bajo la administración del estado a través de la Sociedad de activos Especiales SAE.

Puesto que tal como fue comunicado por dicha sociedad a la Contraloría General de la República, ZOMAM ha sufrido afectación de su patrimonio a causa de las obligaciones derivadas del crédito REVOLVING MASTER LOAN AGREEMENT y del préstamo Inter compañías, afectación que se ve reflejada así, para el año 2015 ZOMAM registraba en su patrimonio un valor de $156.511.629.000 y a 28 de febrero de 2021 un valor de $3.910.114.000.

Es importante mencionar que, dicho crédito fue otorgado por parte de la Corporación Cementera Latinoamericana CCL a ZOMAM en el año 2015 vigencia para la cual dicho bien ya se encontraba en proceso de extinción de dominio, y que a la fecha este asciende a la suma de USD $43,2 millones equivalentes en moneda colombiana a la suma de $148.529.687.537 por concepto de capital e intereses capitalizados, valor que tal como refiere la SAE a la CGR no se pagará dentro de la vigencia del Contrato de Operación, si no que se pagará a la terminación del mismo con los bienes que conformen el patrimonio del deudor.

Como segundo hecho relevante, se encuentra la excepción incluida en la cláusula de terminación del contrato, 1.12.1.8, la cual estable que: *los acuerdos a los que se pueda llegar (Cemex o las Empresas controlantes de Cemex) con las autoridades de Estados Unidos de América sin que exista un Fallo Extranjero Condenatorio, no constituyen causal de terminación del contrato,*

Excepción en la Cláusula de terminación, que, en concepto de este ente de control fiscal, está limitando la terminación del contrato a la existencia de un fallo condenatorio, consecuencia jurídica que no se encuentra presente si se suscribe un acuerdo y que permitiría que aun existiendo hechos de corrupción en los que se encuentren involucradas Cemex o las empresas controlantes de Cemex el contrato continúe en vigor.

Transgrediéndose de esta manera el principio de moralidad, pues esta situación ocasionaría que el contrato pueda seguir siendo ejecutado por quien presuntamente se viera inmerso en hechos de corrupción y quien, al suscribir un acuerdo, no sería sujeto de un fallo condenatorio.

Con lo descrito en los párrafos anteriores, se infiere que si bien es cierto la SAE con la suscripción del contrato objeto de análisis ha dado cumplimiento a

Carrera 69 No. 44-35 Piso 1 • Código Postal 111071 • PBX 518 7000
cgr@contraloria.gov.co • www.contraloria.gov.co • Bogotá, D. C., Colombia

lo dispuesto en el artículo 94 de Ley 1708 de 2014, también lo es que en concepto de la Contraloría General de la República la celebración de tal negocio únicamente se limitó a buscar enervar la causal de improductividad de los activos para así evitar que su conservación y custodia generara erogaciones para el presupuesto público, sin ir un poco más allá y propender por la conservación del patrimonio de los activos que se encuentran bajo su administración, esto sustentado en la situación a la que se tendrá que enfrentar ZOMAM como consecuencia de lo pactado en el contrato celebrado, hecho que visto desde otra óptica no descartaría definitivamente la posibilidad de afectación al patrimonio público por cualquier decisión que resulte del proceso de extinción de dominio.

Por otra parte, también se evidenció que la SAE en desarrollo del proceso de autorización para celebración del contrato, no se percató que con la excepción de los acuerdos que se introdujo en la cláusula de terminación del contrato 1.12.1.8 podría estarse viendo vulnerando el principio de la función pública de moralidad, incumpliendo así su responsabilidad de verificar que todos los actos que le sean presentados por los depositarios provisionales para autorización estén indudablemente sometidos al cumplimiento de dichos principios.

5 RESULTADOS

Producto de la evaluación y el seguimiento realizado en virtud de la Actuación Especial de Fiscalización a la Sociedad de activos Especiales, se configuraron los siguientes hallazgos:



HALLAZGO No. 1: PASIVOS ZOMAM.

1.4.7 Pasivos de ZOMAM y CI Calizas.

1.4.7.1 ZOMAM y CI Calizas reconocen los pasivos que tiene con las Empresas Cementeras y la Organización Cemex y que se describen en los numerales 1.1.21 y 1.1.34. La terminación del presente Contrato por cualquier causa hará exigibles tales pasivos con sus respectivos intereses, **los cuales serán pagados única y exclusivamente con los bienes que conformen el patrimonio de ZOMAM y CI Calizas**, sin responsabilidad alguna de CI Calizas, de SAE, ni del FRISCO. Salvo que la terminación se efectúe por la causal 1.12.1.8.

1.4.7.2 Las Partes entienden y aceptan que todo activo existente y contabilizado por las Empresas Cementeras o la Organización Cemex en sus estados financieros como acreencias frente a ZOMAM o CI Calizas, que igualmente esté contabilizado como en la contabilidad de ZOMAM y/o CI Calizas, deberá ser pagado a las Empresas Cementaras y la Organización Cemex junto con sus intereses y será exigible a cualquier tercero que resulte titular futuro por enajenación en su favor de ZOMAM o CI Calizas o de los activos de éstas.

1.4.8 En todo evento de terminación del presente Contrato, se harán inmediatamente exigibles los saldos del Crédito, los Gastos Corrientes y los préstamos que se hayan otorgado a CI Calizas y/o ZOMAM, incluyendo los intereses respectivos.

Carrera 69 No. 44-35 Piso 1 • Código Postal 111071 • PBX 518 7000
cgr@contraloria.gov.co • www.contraloria.gov.co • Bogotá, D. C., Colombia

Con ocasión del análisis de los soportes documentales revisados en cumplimiento de la actuación Especial de Fiscalización que nos encontramos realizando a la Sociedad de Activos Especiales SAE, en el caso específico de la Administración de la Sociedad C.I Calizas y Minerales y ZOMAM por el Contrato de Operación Minera, suscrito.

Encontramos la siguiente situación relacionada con los pasivos adquiridos por ZOMAM.

Según consta en el archivo denominado anexo metodología contraprestaciones económicas proyecto cementero Cemex, ZOMAM al tener que cumplir con los requisitos de inversión y contratación de personal para poder mantener el derecho de zona franca, recibió aportes voluntarios en recursos financieros y medios materiales humanos por parte de las empresas cementeras y otras empresas de la organización Cemex.

Dado lo anterior encontramos que un crédito adquirido por ZOMAM con CCL el cual comenzó a desembolsarse en el mes de diciembre del año 2015 y en principio este se acordó por un valor total de USD $ 20 millones, destacando que si los intereses no eran pagados estos se capitalizaban.

Posteriormente en el febrero de 2016 se autorizó un desembolso con cargo al mismo hasta por USD $50 millones, hecho que surgió producto de un acuerdo entre CCL y ZOMAM.



La situación financiera del crédito en mención con corte a 31 de diciembre de 2020 asciende a la suma de USD $43,2 millones, equivalentes en moneda colombiana a la suma de $148.529.687.537.

Teniendo en cuenta lo anterior este ente de control fiscal encuentra que los intereses del crédito en mención se han venido capitalizando como consecuencia del no pago de los mismos por parte de ZOMAM, hecho que ha generado que la cifra adeudada se encuentre en proceso de incremento con afectación al patrimonio de este activo.

De igual manera llama la atención de la CGR la situación de endeudamiento en la que se encuentra inmerso este activo, pues tal como está concebido en el contrato suscrito, solo se contempla en la cláusula 1.4.1.1 literal C, el pago de los intereses del crédito y los gastos corrientes por parte de Cemex, pero no se observa de qué manera se pagará el valor adeudado por concepto de capital, sumado al agravante que a la fecha la zona franca no ha entrado en operación.

Si bien es cierto la SAE ha dado cumplimiento a lo preceptuado en la Ley 1708 de 2014 en lo dispuesto en el artículo 94, también lo es, que en este caso debe

Carrera 69 No. 44-35 Piso 1 • Código Postal 111071 • PBX 518 7000
cgr@contraloria.gov.co • www.contraloria.gov.co • Bogotá, D. C., Colombia

propender porque sus activos no se ven afectados de manera directa en su patrimonio como consecuencia de las obligaciones adquiridas, tal como se observa el caso del pasivo que actualmente registra ZOMAM, pasivo que puede afectar entre otros, su patrimonio y el patrimonio del estado, pues no se debe desconocer que nos encontramos frente a un bien sobre el que no se ha definido su situación legal.

Es importante resaltar nuevamente el hecho que, en el Contrato de Operación Minera, contrato este suscrito con autorización de la SAE, no se evidencia de manera clara una cláusula en la cual se contemple con cargo a qué recursos se pagará el capital del crédito adquirido por ZOMAM, en qué perÍodo de tiempo y qué valores, es decir no se evidencia cuál es la proyección para cancelación del mismo.

Lo descrito anteriormente muestra que a pesar de haberse suscrito un nuevo contrato sigue existiendo incertidumbre con relación al efecto patrimonial de la deuda en USD que tiene ZOMAM.

Pues tal como ha sido comunicado por la SAE a la Contraloría General de la República dicha sociedad ha sufrido afectación de su patrimonio a causa de las obligaciones derivadas del crédito REVOLVING MASTER LOAN AGREEMENT y del préstamo Inter compañías, afectación que se ve reflejada así, para el año 2015 registraba en su patrimonio un valor de $156.511.629.000 y a 28 de febrero de 2021 un valor de $3.910.114.000.



RESPUESTA DE LA ENTIDAD.

Respecto al pasivo establecido en el contrato de Operación Minera, Prestación de Servicios de Fabricación y Despacho, y Arrendamiento de Inmuebles para Producción Cementera suscrito el 12 de abril de 2019 entre C.I CALIZAS Y MINERALES S.A, ZONA FRANCA ESPECIAL CEMENTERA DEL MAGDALENA MEDIO S.A.S, CENTRAL DE MEZCLAS S.A, CEMEX COLOMBIA S.A y CORPORACION CEMENTERA LATRINOAMERICANA S.L, establecidos el numeral 1.1.21 y 1.1.34, sobre el cual manifiestan:

(…) "De igual manera llama la atención de la CGR la situación de endeudamiento en la que se encuentra inmerso este activo, pues tal como está concebido en el contrato suscrito, solo se contempla en la cláusula 1.4.1.1 literal C, el pago de los intereses del crédito y los gastos corrientes por parte Cemex, pero no se observa de qué manera se pagara el valor adeudado por concepto de capital, sumado al agravante que a la fecha la zona franca no ha entrado en operación"

"Teniendo en cuenta lo anterior este ente de control fiscal encuentra que los intereses del crédito en mención se han venido capitalizando como consecuencia del no pago de los mismos por parte de ZOMAM, hecho que ha generado que la cifra adeudada se encuentre en proceso de incremento con afectación al patrimonio de este activo"

Carrera 69 No. 44-35 Piso 1 • Código Postal 111071 • PBX 518 7000
cgr@contraloria.gov.co • www.contraloria.gov.co • Bogotá, D. C., Colombia

"Es importante resaltar nuevamente el hecho que, en el contrato de Operación minera, contrato este suscrito con autorización de la SAE, no se evidencia de manera clara una cláusula en la cual se contemple con cargo a qué recursos se pagará el capital del crédito adquirido por ZOMAM, en qué periodo de tiempo y qué valores, es decir no se evidencia cuál es la proyección para cancelación del mismo". (subrayado fuera del texto).

Sea lo primero señalar que, ZOMAM no ha podido efectuar pago de intereses o de capital del crédito con CCL debido a que la sociedad no ha tenido un activo liquido o corriente que le permita pagar este pasivo, por cuanto se trata de un activo que hoy no está generando ingresos. Actualmente la zona franca se encuentra vigente y está desarrollando actividades de acuerdo a su plan maestro.

No obstante, para la operación de la Zona Franca se requiere la aprobación por parte del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de la ampliación del perímetro actual, de manera tal que pueda ubicarse en la misma la totalidad de la Planta; ampliación que es necesaria efectuar teniendo en cuenta que la DIAN mediante Resolución N° 4553 del 19 de abril de 2011 declaró a ZOMAM bajo el régimen de Zona Franca en relación únicamente con el Lote N° 1 Finca Monterrey; razón por la cual, desde el año 2015, se han venido adelantando las gestiones pertinentes para lograr la extensión del área de la Zona Franca en 10 hectáreas sobre el Lote N° 2 Finca Monterrey, con el fin de incluir toda la construcción industrial dentro de la Zona Franca.

Es del caso aclarar que, si bien es cierto el literal C de la cláusula 1.4.1.1 del Contrato de Operación establece que los intereses causados mensualmente para financiar los activos y operaciones de ZOMAM provenientes del crédito y los gastos corrientes serán cubiertos en la facturación mensual por el servicio de producción y despacho en ZOMAM; también lo es que, al tenor de lo dispuesto en el numeral 1.4.5. de la Cláusula 1.4.1.5, ZOMAM recibirá una contraprestación adicional equivalente al 0.8% de las ventas netas de cemento mensuales, valor que se le pagará directamente.

Así las cosas, una vez ZOMAM empiece a percibir ingresos se tiene previsto implementar un plan de pagos, acorde con las sumas percibidas, para realizar abonos a capital sin penalidad, tal como se contempla en la cláusula 7 del REVOLVING MASTER LOAN AGREEMENT, suscrito el 22 de diciembre de 2015 entre la CORPORACIÓN CEMENTERA LATINOAMERICANA S.L.U. y la ZONA FRANCA ESPECIAL CEMENTERA DEL MAGDALENA MEDIO S.A.S. – ZOMAM SAS; en el cual se establecen las condiciones de prepago de la deuda en los siguientes términos:

"(…) PREPAGOS.

7. El Prestatario podrá, con no menos de un día de notificación previa al Prestamista, prepagar todo o cualquier parte del Capital sin penalidad y en la fecha de pago anticipado especificada en dicha notificación, el prestatario estará bajo la obligación de prepagar el Capital o cualquier parte del mismo que pueda haber sido establecido en dicha notificación.

7.1 El Prestatario podrá, con no menos de 1 día de notificación previa al Prestamista, hacer un pago parcial de intereses solo en la Fecha de Pago de intereses, y si el pago

Carrera 69 No. 44-35 Piso 1 • Código Postal 111071 • PBX 518 7000
cgr@contraloria.gov.co • www.contraloria.gov.co • Bogotá, D. C., Colombia

parcial de intereses se hace en la Fecha de pago de intereses, los intereses restantes acumulados no pagados en la Fecha de Pago de Intereses serán automáticamente capitalizados de conformidad con la cláusula 5 del presente.

7.2 Todos los prepagos y pagos de capital o Intereses serán realizados por el Prestatario al Prestamista en cualquiera de las cuentas bancarias del Prestamista, incluyendo cualquiera de las cuentas bancarias en sucursales del Prestamista, si aplica, en cualquier país en la fecha de vencimiento de las mismas en fondos disponibilidad inmediata, o a cualquier otra persona y en cualquier otro lugar o manera, incluyendo tiempo que el Prestamista pueda desde ahora designar en una notificación escrita o por correo electrónico al Prestatario.

7.3 Cuando quiera que un pago que el Prestatario deba realizar bajo este contrato venza en una fecha que no sea un Día Hábil, la fecha de vencimiento del mismo se extenderá al siguiente "Día Hábil" significa cualquier día distinto de sábado, domingo u otro día en el que los Bancos comerciales en Madrid, España o en Bogotá, Colombia, estén autorizados o deban por ley u otra acción gubernamental permanecer cerrados (…)".

Todo lo anterior, sin perjuicio de la cláusula 1.4.7 del Contrato de Operación la cual claramente preceptúa que a la terminación del contrato por cualquier causa los pasivos con sus intereses serán pagados única y exclusivamente con los bienes que conformen el patrimonio de ZOMAM y CI CALIZAS, sin responsabilidad alguna de SAE ni del FRISCO, tal como se observa a continuación:

***1.4.7** Pasivos de ZOMAM y CI Calizas.*

> ***1.4.7.1** ZOMAM y CI Calizas reconocen los pasivos que tiene con las Empresas Cementeras y la Organización Cemex y que se describen en los numerales 1.1.21 y 1.1.34. La terminación del presente Contrato por cualquier causa hará exigibles tales pasivos con sus respectivos intereses, los cuales serán pagados única y exclusivamente con los bienes que conformen el patrimonio de ZOMAM y CI Calizas, sin responsabilidad alguna de CI Calizas, de SAE, ni del FRISCO. Salvo que la terminación se efectúe por la causal 1.12.1.8.*

De acuerdo con los argumentos anteriormente expuestos y como se ha explicado detalladamente en las varias respuestas emitidas, es claro que una vez ZOMAM esté en condición de generación de ingresos iniciará a pagar el valor adeudado por concepto de capital. Por tal razón a la fecha no se ha causado perjuicio o afectación alguna al patrimonio de las sociedades CI CALIZAS Y MINERALES y ZOMAM, así como a SAE y/o al Estado Colombiano.

Ahora bien, frente a las siguientes manifestaciones nos permitimos indicar que:

"Si bien es cierto La SAE ha dado cumplimiento a lo preceptuado en la Ley 1708 de 2014 en lo dispuesto en el artículo 94, también lo es, que en este caso debe propender porque sus activos no se ven afectados de manera directa en su patrimonio como

Carrera 69 No. 44-35 Piso 1 • Código Postal 111071 • PBX 518 7000
cgr@contraloria.gov.co • www.contraloria.gov.co • Bogotá, D. C., Colombia

consecuencia de las obligaciones adquiridas, tal como se observa el caso del pasivo que actualmente registra ZOMAM, pasivo que puede afectar entre otros, su patrimonio y el patrimonio del estado, pues no se debe desconocer que nos encontramos frente a un bien sobre el que no se ha definido su situación legal."

"Pues tal como ha sido comunicado por la SAE a la Contraloría General de la República dicha sociedad ha sufrido afectación de su patrimonio a causa de las obligaciones derivadas del crédito REVOLVING MASTER LOAN AGREEMENT y del préstamo Inter compañías, afectación que se ve reflejada así, para el año 2015 registraba en su patrimonio un valor de $156.511.629.000 y a 28 de febrero de 2021 un valor de $3.910.114.000". (subrayado fuera de texto).

La cláusula 5 del REVOLVING MASTER LOAN AGREEMENT firmado con CCL contempla la capitalización de intereses como mayor valor de la deuda; no obstante, en aplicación de la Norma Internacional de Contabilidad 23, tales intereses se deben sumar a los activos de ZOMAM SAS, tal como lo expone el concepto del consultor financiero Luis Humberto Ramírez Barrios de fecha de 05 de marzo de 2021 (el cual se anexa a la presente comunicación) dirigido a ZOMAM SAS expresa lo siguiente:

(...)

1. El principio básico consagrado en el párrafo 1 de la NIC 23 dice que los costos (léase el costo financiero) por los créditos que se obtengan que sean directamente atribuibles a la adquisición, construcción o producción de un activo apto, forman parte del costo de esos activos, lo que se reafirma en el párrafo 8, ibidem. En el presente caso se ha conocido que, efectivamente, el crédito obtenido por ZOMAM tuvo como finalidad la construcción de la planta cementera, razón por la cual, se puede afirmar que esos costos financieros son directamente atribuibles a su construcción, razón por la cual, en principio, deberán imputarse como mayor valor de la planta y no reconocerse en el resultado, siempre que se cumplan las tres condiciones que se indicarán más adelante.

2. Los costos financieros de los créditos, para los efectos antes indicados, son los intereses y otros costos en los que la entidad incurre y que están relacionados con los fondos que ha tomado prestados para la construcción de la planta, como en el presente caso, los intereses que paga ZOMAM por el crédito referido en el presente concepto.

Lo anterior, porque, según el párrafo 9 de la NIC 23, los costos por préstamos que se atribuyan de manera directa a la construcción la planta (activo apto), se incluyen como mayor valor de su costo.

Además, solo se capitalizan, como parte de su costo, siempre que:

(a) sea probable que den lugar a beneficios económicos futuros para la entidad y

(b) puedan ser medidos con fiabilidad.

Carrera 69 No. 44-35 Piso 1 • Código Postal 111071 • PBX 518 7000
cgr@contraloria.gov.co • www.contraloria.gov.co • Bogotá, D. C., Colombia

Es evidente en el caso que se está examinando, que, una vez terminada la construcción de la planta, el activo generará beneficios económicos futuros para ZOMAM, con ocasión de su puesta en marcha y esos costos pueden medirse de manera fiable, ya que están claramente establecidos en los términos del empréstito (prueba de ello es como se han medido para su reconocimiento en los estados financieros).

3. Un activo apto es aquel que requiere necesariamente, de un periodo sustancial antes de estar listo para el uso al que está destinado o para la venta, como lo es, en el presente caso la planta de producción de cemento, ya que el préstamo obtenido tuvo, y tiene, como finalidad obtener los recursos necesarios para su construcción. Además, puede entenderse como "periodo sustancial" aquel que sea superior a un (1) año, tomando como referencia el periodo que se usa para clasificar los activos y pasivos como corrientes y no corrientes.

4. Los costos por préstamos que son directamente atribuibles a la construcción de un activo apto (la construcción de la planta), son aquellos que podrían haberse evitado si no se hubiera efectuado un desembolso en el activo correspondiente. En otras palabras, son aquellos que resultan necesarios para atender los costos requeridos para la construcción de la planta.

5. La capitalización o imputación al costo de la planta de los costos financieros, comienza en la fecha en que la entidad cumple por primera vez todas y cada una de las siguientes condiciones:

- *(a) incurre en desembolsos en relación con el activo, es decir, cuando los fondos obtenidos son usados total o parcialmente para hacer desembolsos para la construcción de la planta.*
- *(b) Incurre en costos por préstamos, y*
- *(c) lleva a cabo las actividades necesarias para preparar al activo para el uso al que está destinado, en este caso para poner la planta en condiciones para la producción de cemento y sus derivados.*

  Para este efecto, es indispensable que ZOMAN determine e identifique el momento en que se presentaron las tres condiciones, de manera que sea desde ese momento en el que se imputen los costos financieros como mayor valor de la construcción.

6. La definición del inicio es importante para determinar la fecha a partir de la cual deben imputarse los costos financieros como mayor valor de la planta, al momento de decidir la cuantía del ajuste y los efectos en la reexpresión de los estados financieros, tanto para el año anterior (2019) como para los anteriores al año anterior (2018 y anteriores si aplica).

7. No obstante, lo que se acaba de indicar, si bien los costos pueden seguirse imputando como mayor valor de la construcción, debe tenerse presente que cuando el valor en libros o el costo final de la planta exceda a su valor recuperable o a su valor neto realizable, el valor en libros de la planta se reduciráde acuerdo con las exigencias de la NIC 36.

Carrera 69 No. 44-35 Piso 1 • Código Postal 111071 • PBX 518 7000
cgr@contraloria.gov.co • www.contraloria.gov.co • Bogotá, D. C., Colombia

En conclusión

1. Siempre que se cumplan las condiciones antes descritas de la NIC 23, ZOMAM sí deberá imputar los costos financieros del préstamo obtenido de la Corporación Cementera de Latinoamérica S.L.U., independientemente de que originalmente haya sido concedido por otra entidad (circunstancia que por ser eminentemente formal no afecta el reconocimiento contable y la revelación, por virtud de lo dispuesto en el parágrafo del artículo 3 de la ley 1314).

2. La imputación antes indicada no es una opción, es obligatoria, a voces de lo que establecido en los párrafos 1, 8 y 9 de la citada NIC 23, si se advierten los textos que subrayo de la norma, así:

> *"1 Los costos por préstamos que sean directamente atribuibles a la adquisición, construcción o producción de un activo apto forman parte del costo de dichos activos. (…)*
> *"(…)*
> *"8 Una entidad capitalizará los costos por préstamos que sean directamente atribuibles a la adquisición, construcción o producción de activos aptos, como parte del costo de dichos activos.*
> *(…)*
> *"9 Los costos por préstamos que sean directamente atribuibles a la adquisición, construcción o producción de un activo apto, se incluyen en el costo de dichos activos. Estos costos por préstamos se capitalizan, como parte del costo del activo, siempre que sea probable que den lugar a beneficios económicos futuros para la entidad y puedan ser medidos con fiabilidad. (…)" (subrayado fuera de texto).*



Adicionalmente, es necesario resaltar que al haber suscrito el mencionado contrato Revolving Master Loan Agreement y el de operación minera, fue con el propósito de no agravar el patrimonio de CI CALIZAS y ZOMAM, ya que, de no haberse celebrado estos negocios, la citada sociedad se encontraría actualmente en un escenario completamente diferente con una notoria afectación de sus activos.

Conforme a lo expuesto, es claro que siempre se ha propendido porque los activos no se vean afectados, buscando que el patrimonio de ZOMAM S.A.S se conserve; razón por la cual, la sociedad dará aplicación a la Norma Internacional Contable y Financiera (NIC 23), anteriormente explicada, por lo cual el patrimonio de ZOMAM S.A.S va a cambiar sustancial y positivamente. Además, al incremento del patrimonio una vez se comience a percibir las contraprestaciones económicas pactadas en el Contrato de Operación Minera; sin dejar de lado todos los esfuerzos que se vienen realizando para que la Planta entre en operación, en procura que los activos sean productivos y pueda dar cumplimiento a las obligaciones contraídas.

Carrera 69 No. 44-35 Piso 1 • Código Postal 111071 • PBX 518 7000
cgr@contraloria.gov.co • www.contraloria.gov.co • Bogotá, D. C., Colombia

ANALISIS DE RESPUESTA.

Frente a la respuesta emitida por la entidad, en virtud de la observación trasladada relacionada con el pago del capital del crédito suscrito por ZOMAM con la Corporación Cementera Latinoamerica la SAE manifiesta que:

" *Así las cosas, una vez ZOMAM empiece a percibir ingresos se tiene previsto implementar un plan de pagos, acorde con las sumas percibidas, para realizar abonos a capital sin penalidad, tal como se contempla en la cláusula 7 del REVOLVING MASTER LOAN AGREEMENT, suscrito el 22 de diciembre de 2015 entre la CORPORACIÓN CEMENTERA LATINOAMERICANA S.L.U. y la ZONA FRANCA ESPECIAL CEMENTERA DEL MAGDALENA MEDIO S.A.S. – ZOMAM SAS".*

Con la anterior afirmación este Ente de Control Fiscal encuentra que, frente al hecho que fue observado, la SAE tiene previsto implementar un plan de pagos para realizar abonos a capital.

Por otra parte es importante mencionar que la Contraloría General de la República en virtud de una solicitud de información previa al traslado de la observación objeto de analisis, ya habia establecido un interrogante mendiente oficio CGR-AEF-SAE CEMEX 04 de fecha 18 de marzo de 2021, relacionado con la forma de pago del capital adeudado por ZOMAM a CCL y la fuente que se afectaría para tal pago, a lo cual la SAE manifestó mediante oficio CS2021-007474 de fecha 26 DE MARZO DE 2021 que:



"Con respecto al pago del capital y los intereses capitalizados de ZOMAM S.A.S. con las empresas Cementeras no se pagará el capital e intereses capitalizados dentro de la vigencia del Contrato de Operación, por cuánto éste estipula que serán pagados a la terminación del contrato de operación con los bienes que conformen el patrimonio del deudor, de acuerdo con lo estipulado en la cláusula 1.4.7.1.

En conclusión, no se requiere de una fuente de recursos para pagar las obligaciones de C.I. Calizas y Minerales S.A., y ZOMAM con las empresas cementeras."

Con lo anteriormente expuesto se observa que si bien es cierto la entidad tiene *previsto implementar un plan de pagos, acorde con las sumas percibidas, para realizar abonos a capital sin penalidad,* para la CGR esta afirmación dada en respuesta a la observación no desvirtúa la situación planteada puesto que frente a este hecho no se evidencia gestión alguna, tendiente a implementar el mencionado plan, ni se encuentra pactado dentro del contrato celebrado.

Carrera 69 No. 44-35 Piso 1 • Código Postal 111071 • PBX 518 7000
cgr@contraloria.gov.co • www.contraloria.gov.co • Bogotá, D. C., Colombia

Así las cosas, la CGR encuentra que el único hecho cierto que existe a la fecha es el previsto en la cláusula *1.4.7.1,* tal como fue referido por la SAE en respuesta a la solicitud de información requerida*,* esto sustentado en que no se observa ninguna acción clara que permita inferir que a la finalización del contrato el valor adeudado por concepto de capital e intereses capitalizados van a dejar de ser un pasivo, situación que generaría que tal como está pactado en la cláusula en mención el patrimonio de ZOMAM deba respaldar el pasivo existente, poniéndose de esta manera en riesgo el activo desvirtuándose totalmente la intención que tiene el contrato celebrado en virtud de la conservación y custodia de los bienes administrados por la SAE.

Por tal razón se mantiene el hallazgo y se procede con la apertura de una indagación preliminar.

HALLAZGO No. 2: Cláusula terminación por acuerdos extranjeros. (D)

En el contrato se establece dentro de las causales de terminación, la siguiente:

> *"1.12.1.8 Si alguna de las empresas controlantes de Cemex resulta condenada después de un juicio en sentencia de última instancia ejecutoriada (el "Fallo Extranjero Condenatorio"), por pago de sobornos o cohecho como producto de investigaciones en los Estados Unidos de América, directamente relacionadas con el Proyecto, con excepción de actos o hechos realizados por, así como de la culpabilidad o responsabilidad atribuida a, las personas sujetas en la Fecha de Suscripción a investigación por la Fiscalía General de la Nación y/o por actos o hechos ocurridos con anterioridad al 23 de septiembre de 2016. Queda entendido que los acuerdos a los que se pueda llegar con las autoridades de Estados Unidos de América sin que exista un Fallo Extranjero Condenatorio, no constituyen causal de terminación de este Contrato. (…)*



La Contraloría General de la República observa respecto de la cláusula que la misma lleva Implícita su inaplicabilidad en detrimento de los intereses de la entidad y de la lucha contra la corrupción, auspiciada por la Ley 1778 de 2016 y los instrumentos internacionales sobre la materia, aprobados y ratificados por el Congreso de la República.

En efecto, las partes en el contrato, a través de la cláusula bajo examen convienen que se termina anticipadamente el respectivo contrato, si se emite sentencia condenatoria de última instancia en firme, en los Estados Unidos de América, contra alguna de las empresas controlantes de Cemex, por sobornos o cohecho, directamente relacionadas con el Proyecto, pero luego agrega que no procede la susodicha terminación si se presenta un acuerdo a los que se pueda llegar con las autoridades de Estados Unidos de América sin que exista un Fallo Extranjero Condenatorio. Dicho de otra manera, resulta posible que el eventual acuerdo se propicie ante la inminencia de un fallo

Carrera 69 No. 44-35 Piso 1 • Código Postal 111071 • PBX 518 7000
cgr@contraloria.gov.co • www.contraloria.gov.co • Bogotá, D. C., Colombia

condenatorio por los presuntos punibles de soborno o cohecho, con lo cual el contratista evitaría la sentencia y la terminación del contrato.

Lo anterior se agrava, si se tiene en cuenta que la eventual sentencia en firme emitida en los Estados Unidos de América, contra alguna de las empresas controlantes de Cemex, por sobornos o cohecho, exigible para que la entidad ponga fin al negocio jurídico, debe tener relación con el proyecto. Es decir, la ausencia de ese vínculo hace que el contrato siga en vigor.

Pero además, la cláusula prevé que las condenas de personas que al suscribirse el contrato, ya eran investigadas por la Fiscalía General de la Nación y/o por actos o hechos ocurridos con anterioridad al 23 de septiembre de 2016, no configuran la causal para terminar por adelantado el contrato. Contrario sensu, si se trata de personas distintas de aquellas y en fecha posterior a la acordada, opera la causal para extinguir el contrato.

En consecuencia, una cláusula con esos alcances es contraria abiertamente con los principios aplicables al régimen de contratación estatal, como que por esa vía, la entidad podría permitir al contratista eludir el cumplimiento de la ley, máxime si se tiene en cuenta la inhabilidad para contratar de quienes incurran en delitos contra la administración pública, establecida en el artículo 31 de la Ley 1778 de 2016, que modificó el artículo 1 de la Ley 1474 de 2011, que incluso la extiende "… a las sociedades de las que hagan parte dichas personas en calidad de administradores, representantes legales, miembros de junta directiva o de socios controlantes, a sus matrices y a sus subordinadas y a las sucursales de sociedades extranjeras, con excepción de las sociedades anónimas abiertas".

Pero además, con independencia de que si la inhabilidad estipulada procede por sentencia condenatoria extranjera o colombiana, no resultaría extraño al ordenamiento jurídico que si se presenta un nexo entre el fallo condenatorio emitido en el exterior y la sanción establecida por la realización de los delitos previstos en el artículo precitado, podría tener efectos en la aplicación del régimen inhabilidades e incompatibilidades de la contratación estatal colombiana, que de suyo excluye a ciertas categorías de personas del proceso de contratación, al afectar su capacidad legal.

Ahora bien, el artículo 51 de la Ley 80 de 1993, prescribe que: "El servidor público responderá disciplinaria, civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la Constitución y de la ley.

Carrera 69 No. 44-35 Piso 1 • Código Postal 111071 • PBX 518 7000
cgr@contraloria.gov.co • www.contraloria.gov.co • Bogotá, D. C., Colombia

El Código Disciplinario Único (Ley 734 de 2002)[1], prevé como deber de todo Servidor Público, cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la Constitución, los tratados de Derecho Internacional Humanitario, los demás ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones (artículo 34-1) y a la vez como una prohibición incumplir esos deberes (artículo 35-1), el incumplimiento de los deberes es calificado como una falta disciplinaria grave o leve (artículo 50).

Así mismo, el Decreto 2136 de 2015, establece respecto de las responsabilidades del Depositario:

Artículo 2.5.5.6.7. **Responsabilidad de los depositarios.** *Los depositarios provisionales de Bienes del Frisco, en cumplimiento de sus funciones, se consideran auxiliares judiciales y/o secuestres, y en consecuencia, responden civil, penal, fiscal y disciplinariamente por los actos u omisiones que cometan en ejercicio de su calidad de depositarios provisionales.*

En el contrato no se está teniendo en cuenta el ordenamiento jurídico al negociar cláusulas que no tiene capacidad legal de realizar y exime de la aplicación de inhabilidades en caso que ocurra declaratoria de delitos y por ende la inhabilidad sobreviniente.

La circunstancia descrita se presenta por la inobservancia de las partes al ordenamiento jurídico colombiano al pactar cláusulas contrarias a derecho, lo que genera riesgos de inhabilidades e incompatibilidades por comisiones de delitos y que serían avalados por la ejecución del proyecto.

Esta observación tiene posible incidencia disciplinaria.

RESPUESTA DE LA ENTIDAD

La Sociedad de Activos Especiales S.A.S., se permite indicar que no está de acuerdo con las observaciones presentadas por el ente de control, conforme a las siguientes manifestaciones:

• EN CUANTO A LAS CAUSALES DE TERMINACIÓN:

Es preciso mencionar que, las causales de terminación del Contrato de Operación Minera, Prestación de Servicios de Fabricación y Despacho, y Arrendamiento de

[1] El plazo de entrada en vigencia de esta ley 1952 DE 2019 **"***Por medio de la cual se expide el Código General Disciplinario, se derogan la Ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la Ley 1474 de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario",* se prorrogó hasta el 1 de julio de 2021 por el artículo 140 de la Ley 1955 de 2019, *'por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022. "Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad"*.

Carrera 69 No. 44-35 Piso 1 • Código Postal 111071 • PBX 518 7000
cgr@contraloria.gov.co • www.contraloria.gov.co • Bogotá, D. C., Colombia

Inmuebles para Producción Cementera suscrito el 12 de abril de 2019, corresponden a las que afectan la vigencia y continuidad total o parcial del mismo, dentro de las que se encuentra la contemplada en el artículo 1.12.1.8 que establece:

"Si alguna de las empresas controlantes de Cemex resulta condenada después de un juicio en sentencia de última instancia ejecutoriada (el "Fallo Extranjero Condenatorio"), por pago de sobornos o cohecho como producto de investigaciones en los Estados Unidos de América, directamente relacionadas con el Proyecto, con excepción de actos o hechos realizados por, así como de la culpabilidad o responsabilidad atribuida a, las personas sujetas en la Fecha de Suscripción a investigación por la Fiscalía General de la Nación y/o por actos o hechos ocurridos con anterioridad al 23 de septiembre de 2016. Queda entendido que los acuerdos a los que se pueda llegar con las autoridades de Estados Unidos de América sin que exista un Fallo Extranjero Condenatorio, no constituyen causal de terminación de este Contrato. (…) (…)".

En consecuencia, esta cláusula salvaguarda el Contrato de Operación Minera de actos de corrupción, no siendo creada para condonar, validar actos contrarios a la buena fe o que vayan en contra de la moral, así como aquellos que estén reconocidos o sean exigibles a través de una decisión judicial colombiana o extranjera, pues estas ocasionan la terminación del contrato.
Ahora bien, en relación con las condenas judiciales que menciona el contrato, es importante realizar las siguientes precisiones:

I. Que esta sea producto de una investigación realizada en los Estados Unidos de América donde genera una sentencia de última instancia extranjera condenando a alguna de las empresas controlantes de CEMEX por la comisión de actos de corrupción que correspondan a hechos relacionados con el Proyecto.

La anterior, contempla la excepción relacionada con un acuerdo que pueda resolver las investigaciones adelantadas por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos ya que este no se deriva de un fallo extranjero condenatorio penalmente.

La celebración de dichos acuerdos no implica el reconocimiento de la responsabilidad en la comisión de actos de corrupción pues este instrumento no corresponde a un fallo condenatorio en materia penal y no es producto de una decisión judicial extranjera.

Ahora bien, en caso de no haberse establecido en el Contrato dicha excepción, este no terminaría, pues de generarse el acuerdo este no resulta constitutivo de declaración judicial de responsabilidad penal y por tanto en dicho caso tampoco podría derivarse la consecuencia inhabilitante a que se ha hecho mención en su observación.

II. Que esta sea por actos de corrupción relacionados con el Proyecto ocurridos con posterioridad al 23 de septiembre de 2016, y sobre los actos cometidos por personas distintas de aquellas que, al momento de suscribirse el Contrato, estaban siendo investigadas por parte de la Fiscalía General de la Nación.

Carrera 69 No. 44-35 Piso 1 • Código Postal 111071 • PBX 518 7000
cgr@contraloria.gov.co • www.contraloria.gov.co • Bogotá, D. C., Colombia

De la anterior se exceptúan aquellas condenas relacionadas con:

• Actos o hechos cometidos, o de atribuciones de culpabilidad / responsabilidad de personas sujetas a investigación de la Fiscalía General de la Nación a la fecha de la suscripción del Contrato de Operación Minera.

• Actos o hechos realizados antes del 23 de septiembre de 2016.

Lo anterior excepción fue necesaria estipularla para darle continuidad a la ejecución del Contrato de Operación Minera ya que, en las consideraciones se puso en conocimiento que esta Sociedad presentó denuncia en contra del señor Yesid Ramírez antiguo depositario de la sociedad CI Calizas, por la suscripción irregular de los Acuerdos mencionados en dicho el Contrato (contrato de arrendamiento suscrito con Cemex, y contrato de mandato suscrito con Cemex y Central de Mezclas), hechos que fueron realizados por representantes distintos a los que suscribieron el Contrato de Operación Minera y que se encuentran en investigación por parte de la Fiscalía General de la Nación.

Adicionalmente, se precisa que CEMEX denunció a sus ex directivos con ocasión a los lazos que estos tenían con el señor Yesid Ramírez.

En este orden de ideas, no es dable terminar el Contrato de Operación Minera por la responsabilidad penal de una persona natural con ocasión a los procesos en curso al momento de la suscripción del mismo, ni se pueden endilgar a la persona jurídica de CEMEX, ya que, en materia penal la responsabilidad se atribuye a la persona natural y no a la jurídica.

Siendo necesario reiterar que, respecto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia, en el ordenamiento sustantivo penal no existen tipos penales que sean aplicables o cuyo sujeto activo se refiera a una persona jurídica ya que ésta actúa a través de una persona natural en quien recaen las funciones de la pena.

• DE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE OPERACIÓN MINERA:

Es preciso reiterarle al ente de control que, la Fiscalía Veinticuatro (24) de la Dirección Nacional Especializada de Extinción del Derecho de Dominio, dentro del radicado N° 11.514 E. D, seguido contra el señor José Aldemar Moncada Moncada, decretó las medidas cautelares de embargo, secuestro y suspensión del poder dispositivo de la sociedad C.I. CALIZAS Y MINERALES S.A.

Ahora bien, el Código de Extinción de Dominio Ley 1708 de 2014, define a la Extinción de Dominio, como una consecuencia patrimonial por la ejecución de actividades ilícitas de una persona, la cual consiste "[…] en la declaración de titularidad a favor del Estado de los bienes a que se refiere esta ley, por sentencia, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para el afectado"].

Así las cosas, la titularidad de los bienes a favor del Estado, únicamente opera cuando la autoridad judicial emite sentencia y queda debidamente ejecutoriada, ello implica

Carrera 69 No. 44-35 Piso 1 • Código Postal 111071 • PBX 518 7000
cgr@contraloria.gov.co • www.contraloria.gov.co • Bogotá, D. C., Colombia

que, antes de tal pronunciamiento judicial, los bienes no hacen parte del patrimonio del Estado.

En consecuencia, con el fin de conservar los bienes, es indispensable la imposición de medidas cautelares, las cuales pueden consistir en el embargo, secuestro y/o la toma de posesión, haberes y negocios de las personas investigadas. La adopción de estas medidas no implica que, las personas investigadas pierdan la calidad de titulares de los mismos, es decir, no resulta admisible sostener que los bienes hagan parte del haber del Estado.

En este orden de ideas, las sociedades comerciales que para el caso concreto son administradas por la S.A.E. S.A.S., se rigen por el ordenamiento legal vigente dispuesto para las mismas como lo señala el Código de Comercio, al igual que por sus estatutos internos.

En atención a la Observación, a través de la cual se indica que, el alcance de la cláusula 1.12.1.8 del Contrato de Operación Minera contraría los principios aplicables al régimen de contratación estatal, en especial por cuanto, a su juicio, se le permitiría al contratista eludir el cumplimiento de la ley, específicamente en relación al régimen de inhabilidades que impide contratar a quienes incurran en delitos contra la administración pública.

Sobre este particular, corresponde indicar que, el Contrato que fue objeto de revisión y del cual deriva la Observación, no es un contrato regido por el estatuto de contratación pública (Ley 80 de 1993), ni por ninguna norma en esta materia, pues se trata de un contrato suscrito entre particulares, donde impera la libre autonomía de la voluntad, y a quienes, por expresa definición del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 no les resultan aplicables tales disposiciones, a saber:

"ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto (…)".

Así mismo, el artículo 2º de la citada Ley define las entidades estatales y servidores públicos, no siendo aplicable a las partes del Contrato de Operación Minera, Prestación de Servicios de Fabricación y Despacho, y Arrendamiento de Inmuebles para Producción Cementera.

En conclusión, ninguna de las definiciones anteriores contempla a los particulares como sujetos destinatarios de las regulaciones en materia de contratación estatal; de manera tal que no es posible exigir el sometimiento a las reglas de la contratación pública, a un acuerdo de voluntades regido enteramente por las normas del derecho privado, tal como es el caso del Contrato de Operación Minera, Prestación de Servicios de Fabricación y Despacho, y Arrendamiento de Inmuebles para Producción Cementera.

En este mismo sentido, las menciones efectuadas en su Oficio, acerca de que la cláusula estipulada "exime de la aplicación de inhabilidades en caso que ocurra la declaratoria de delitos y por ende la inhabilidad sobreviniente", resultan desacertadas,

Carrera 69 No. 44-35 Piso 1 • Código Postal 111071 • PBX 518 7000
cgr@contraloria.gov.co • www.contraloria.gov.co • Bogotá, D. C., Colombia

en razón a que no puede exigirse ni predicarse esta clase de inhabilidad en un contrato que no ostenta la naturaleza de estatal.

Ahora bien, la SAE S.A.S., no desconoce que una de sus funciones como administrador del FRISCO, es la de autorizar los contratos que el depositario provisional le solicite, previa presentación de la documentación que le sea exigida por esta Sociedad (numeral 15 del artículo 2.5.5.6.6. del Decreto 2136 de 2015), siendo indudable el sometimiento de estos actos a los principios de la función pública. Dicha contratación obedece igualmente, al cumplimiento del mandato contenido en el artículo 94 de la Ley 1708 de 2014, según el cual el administrador del FRISCO (por sí, o por intermedio de la persona designada para ejercer la administración de un bien en específico, en este caso, el depositario provisional) se encuentra facultado para celebrar cualquier acto y/o contrato que permita una eficiente administración de los bienes, todo con el propósito de "garantizar que los bienes sean o continúen siendo productivos y generadores de empleo, y evitar que su conservación y custodia genere erogaciones para el presupuesto público"; acto o contrato cuyo "régimen jurídico será de derecho privado con sujeción a los principios de la función pública".

• **CONCLUSIONES:**

En el Contrato de Operación Minera se encuentran garantizados los postulados establecidos en el artículo 94 de la Ley 1708 de 2014, teniendo en cuenta que este estuvo precedido de una extensa negociación de buena fe, tendiente a la formalización de la situación jurídica requerida para la productividad de los bienes sujetos a las medidas de embargo, secuestro y suspensión del poder dispositivo decretadas por la Fiscalía General de la Nación en la resolución de inicio del trámite de extinción de dominio conocido por esa Contraloría.



La cláusula 1.12.1.8 garantiza que efectivamente el Contrato de Operación Minera no pueda ser utilizado como instrumento para incurrir en prácticas corruptas, y por tanto se satisface el mandato de observancia de los principios de la función pública, en especial el de moralidad, la cual de ninguna manera podría verse vulnerada mediante la ejecución del mismo.

Conforme a lo expuesto, la Sociedad de Activos Especiales S.A.S., no está de acuerdo con las afirmaciones plasmadas en el Oficio del asunto, según la cual la ejecución del proyecto "avalaría la comisión de delitos", que de suyo generan riesgos de inhabilidades o incompatibilidades. Del mismo modo, tampoco se verifica asidero para mantener la premisa según la cual en el contrato se negociaron cláusulas que "no tiene capacidad de realizar", pues ciertamente los hechos futuros e inciertos (condiciones) contemplados como generadores de terminación, no son de imposible acaecimiento.

Por último, de la manera más respetuosa esta Sociedad reitera las motivaciones relacionadas en el oficio identificado CS2021-010338, en el sentido de indicar que esta cláusula fue necesaria incluirla dentro del Contrato para proteger los intereses tanto de los bienes afectados con medidas cautelares dentro de un proceso de extinción de dominio administrados por SAE S.A.S., así como los intereses del país ante una posible condena en el extranjero a alguna de las empresas controlantes de

Carrera 69 No. 44-35 Piso 1 • Código Postal 111071 • PBX 518 7000
cgr@contraloria.gov.co • www.contraloria.gov.co • Bogotá, D. C., Colombia

CEMEX, en virtud de hechos relacionados con el proyecto objeto del Contrato de Operación Minera.

ANALISIS DE RESPUESTA:

Para abordar el presente análisis se consideró pertinente retomar algunos argumentos expuestos en la respuesta dada por la Sociedad de Activos Especiales SAE a la observación trasladada, relacionada con la causal de terminación 1.12.1.8 del Contrato de Operación Minera, Prestación de Servicios de Fabricación y Despacho, y Arrendamiento de Inmuebles para Producción Cementera.

- Como primer argumento expuesto encontramos que el ente auditado refiere que la cláusula de terminación que fue objeto de reproche por parte del equipo auditor, *salvaguarda el contrato de operación de actos de corrupción y que esta no fue creada para condonar, validar actos contrarios a la buena fe o que vayan en contra de la moral, así como aquellos que estén reconocidos o sean exigibles a través de una decisión judicial colombiana o extranjera, pues estas ocasionan la terminación del contrato.*

- Como segundo argumento encontramos que con relación a las condenas judiciales el ente auditado nos indica que la celebración de acuerdos tal como quedó establecido en la causal objeto de reproche, *no implica el reconocimiento de la responsabilidad en la comisión de actos de corrupción pues este instrumento no corresponde a un fallo condenatorio en materia penal y no es producto de una decisión judicial extranjera, por lo tanto el contrato no terminaría, pues de generarse el acuerdo este no resulta constitutivo de declaración judicial de responsabilidad penal y por tanto en dicho caso tampoco podría derivarse la consecuencia inhabilitante a que se ha hecho mención en la observación trasladada por la CGR.*

- Como tercer argumento se tiene que con relación a la naturaleza jurídica del contrato de operación minera el ente auditado nos precisa que *este no es un contrato regido por el estatuto de contratación pública (Ley 80 de 1993), ni por ninguna norma en esta materia, pues se trata de un contrato suscrito entre particulares, donde impera la libre autonomía de la voluntad, y a quienes, por expresa definición del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 no les resultan aplicables tales disposiciones,* esto en contraposición del reproche expuesto en la observación en el cual se afirmaba que el alcance de la cláusula 1.12.1.8 del Contrato de Operación Minera contraría los principios aplicables al régimen de contratación estatal, en especial por cuanto con esta se le permitiría al contratista eludir el cumplimiento de la ley, específicamente en relación al régimen de inhabilidades que impide contratar a quienes incurran en delitos contra la administración pública.

Carrera 69 No. 44-35 Piso 1 • Código Postal 111071 • PBX 518 7000
cgr@contraloria.gov.co • www.contraloria.gov.co • Bogotá, D. C., Colombia

Por otra parte, el ente auditado afirma que el siguiente reproche efectuado por el equipo auditor: "*la cláusula estipulada exime de la aplicación de inhabilidades en caso que ocurra la declaratoria de delitos y por ende la inhabilidad sobreviniente"*, *resultan desacertados, en razón a que no puede exigirse ni predicarse esta clase de inhabilidad en un contrato que no ostenta la naturaleza de estatal.*

- Como cuarto argumento encontramos que el ente auditado sostiene que no está de acuerdo con la afirmación hecha por el equipo de auditor, según la cual con la ejecución del proyecto se *"avalaría la comisión de delitos*", que de suyo generan riesgos de inhabilidades o incompatibilidades. *Por otro lado, tampoco se verifica asidero para mantener la premisa según la cual en el contrato se negociaron cláusulas que "no tiene capacidad de realizar", pues ciertamente los hechos futuros e inciertos (condiciones) contemplados como generadores de terminación, no son de imposible acaecimiento.*

- Como quinto argumento o conclusión en la respuesta emitida encontramos que el ente auditado afirma *que en el Contrato de Operación Minera se encuentran garantizados los postulados establecidos en el artículo 94 de la Ley 1708 de 2014 y que este estuvo precedido de una extensa negociación de buena fe, que la cláusula 1.12.1.8 garantiza que efectivamente el Contrato de Operación Minera no pueda ser utilizado como instrumento para incurrir en prácticas corruptas, y por tanto se satisface el mandato de observancia de los principios de la función pública, en especial el de moralidad, la cual de ninguna manera podría verse vulnerada mediante la ejecución del mismo.*

Analizados los argumentos expuestos por la entidad frente a la observación trasladada se concluye que:

La Sociedad de Activos Especiales SAE no desvirtúa el reproche establecido por el equipo auditor en relación con la suscripción de la cláusula de terminación del contrato, en específico en lo relacionado con la excepción que establece que los **acuerdos** a los que se pueda llegar con las autoridades de Estados Unidos de América sin que exista un Fallo Extranjero Condenatorio, **no** constituyen causal de terminación del contrato, pues en concepto de este ente de control fiscal esta excepción está limitando la terminación del contrato a la existencia de un fallo condenatorio, consecuencia jurídica que no se encuentra presente si se suscribe un acuerdo y que permitiría que aun existiendo hechos de corrupción en los que se encuentren involucradas Cemex o las empresas controlantes de Cemex el contrato continúe en vigor.

Con respecto a la afirmación hecha por la SAE en la cual establece que la inclusión de esta cláusula de terminación se hace con el objeto de

Carrera 69 No. 44-35 Piso 1 • Código Postal 111071 • PBX 518 7000
cgr@contraloria.gov.co • www.contraloria.gov.co • Bogotá, D. C., Colombia

salvaguardar el contrato celebrado de actos de corrupción, se considera que con la excepción mencionada anteriormente se estaría desvirtuando su propósito, pues la suscripción del acuerdo no significa la inexistencia de tales actos, es decir que aun habiendo actos de corrupción sería el acuerdo un mecanismo para evitar un futuro fallo condenatorio.

Se puede colegir entonces, que ante una misma situación de hecho debe aplicarse la misma razón de derecho, esto es, que si surge un fallo condenatorio generado por hechos de corrupción que conlleve a la terminación del contrato, de igual manera esto se debería aplicar si se suscita un acuerdo ante autoridad extranjera en la que estén involucrados hechos de corrupción.

De otra parte, no es dable afirmar tal como lo hace la SAE en su respuesta a la observación, que con la cláusula de terminación establecida en el contrato se está garantizando que este no puede ser utilizado como instrumento para incurrir en prácticas corruptas, pues tal como se ha reiterado en los párrafos anteriores, la excepción establecida dentro de la cláusula relacionada con los acuerdos, permitiría que las prácticas corruptas se suscitaran y no sean sujeto de un fallo condenatorio.

La Sociedad de Activos Especiales tal como se observa en la respuesta enviada, afirma que los contratos que son presentados por el depositario provisional para su aprobación deben de manera indudable estar sometidos a los principios de la función pública, hecho que para el caso en concreto no se aplicó en cuanto al principio de moralidad, pues al quedar pactada por el depositario provisional y autorizada por la SAE la excepción (acuerdos) de la cláusula 1.12.1.8 en esos términos se estaría transgrediendo, pues con esta se permite que el contrato siga siendo ejecutado por quien presuntamente se viera inmerso en hechos de corrupción y quien al suscribir un acuerdo, no sería sujeto de un fallo condenatorio.

Con todo lo expuesto anteriormente este ente de control fiscal configura un hallazgo administrativo con presunta incidencia disciplinaria.

Carrera 69 No. 44-35 Piso 1 • Código Postal 111071 • PBX 518 7000
cgr@contraloria.gov.co • www.contraloria.gov.co • Bogotá, D. C., Colombia