



GRUPO DE PARTICIPACIÓN Y SERVICIO AL CIUDADANO

Informe documento en discusión

“Decreto Único Reglamentario No 1073 de 2015 respecto de la reglamentación del inciso 2° del artículo 227 de la Ley 685 de 2001”.

Fecha de inicio de publicación: 11 de enero de 2018

Fecha fin de publicación: 25 de enero de 2018

Solicitantes: Edna Margarita González Castrillón
Grupo de Política Minería Empresarial
Dirección de Minería Empresarial

Medios de divulgación:

Portal Web www.minminas.gov.co en:

- Módulo de Foros: MinMinas/ Atención al Ciudadano/Foros/
- Home
- Módulo de Noticias

Medios de recepción comentarios: correo pciudadana@minminas.gov.co

PUBLICACIÓN

Se publicó la noticia, enlace directo al foro donde se presentó el documento en discusión, tal cual se evidencia en el siguiente enlace e imágenes.

<https://www.minminas.gov.co/en/foros?idForo=23963515&idLbl=Listado+de+Foros+de+Enero+De+2018>



Reglamentación del inciso 2° del artículo 227 de la Ley 685 de 2001

Reglamentación, inciso, 2, artículo, 227, Ley, 685, 2001

jueves 11 de enero de 2018, Cundinamarca, Bogotá D.C., Fuente: MinMinas

Sector: Minas

Ilustración 1 Divulgación en el Home del Portal Web



inas.gov.co/en/foros?idForo=23963515&idLbl=Listado+de+Foros+de+Enero+De+2018

Acceder | Mapa del Sitio | Contáctenos | Transparencia | English Overview

MINMINAS GOBIERNO DE COLOMBIA

Inicio | MINISTERIO | NORMATIVIDAD | ATENCIÓN AL CIUDADANO | ENERGÍA ELÉCTRICA | HIDROCARBUROS | NUCLEAR | MINERÍA | AMBIENTAL Y SOCIAL

Minminas > ATENCIÓN AL CIUDADANO > Canales de Atención al Ciudadano > Foros en Consulta Ciudadana

2018

- Enero
- Febrero
- Marzo
- Abril
- Mayo
- Junio
- Julio
- Agosto
- Septiembre
- Octubre
- Noviembre
- Diciembre

Listado de Foros de Enero De 2018

Reglamentación del inciso 2° del artículo 227 de la Ley 685 de 2001

Sector Minas

Fecha Inicio 11 de enero de 2018

Fecha Fin 25 de enero de 2018

De conformidad con lo establecido en el numeral 8 del Artículo 8 de la Ley 1437 de 2011, el Ministerio de Minas y Energía se permite publicar a discusión de la ciudadanía y demás interesados el Proyecto de decreto: "Por el cual se adiciona el Decreto Único Reglamentario No. 1073 de 2015 respecto de la reglamentación del inciso 2° del artículo 227 de la Ley 685 de 2001", con el objeto de recibir observaciones y comentarios.

Documento Propuesto:

- Proyecto de Decreto: [Por el cual se adiciona el Decreto Único Reglamentario No. 1073 de 2015 respecto de la reglamentación del inciso 2° del artículo 227 de la Ley 685 de 2001](#)

Las observaciones, comentarios y propuestas al referido proyecto de decreto deberán realizarse por medio de este foro o mediante el correo electrónico ciudadana@minminas.gov.co, hasta el próximo jueves 25 de enero de 2018.

Documentos Adicionales

- [Memoria Justificativa](#)

Conclusiones

Volver

Ilustración 2 Divulgación en el Módulo de Foros del Portal Web

Inicio | MINISTERIO | NORMATIVIDAD | ATENCIÓN AL CIUDADANO | ENERGÍA ELÉCTRICA | HIDROCARBUROS | NUCLEAR | MINERÍA | AMBIENTAL Y SOCIAL

Minminas > Histórico de Noticias

2018

- Enero
- Febrero
- Marzo
- Abril
- Mayo
- Junio
- Julio
- Agosto
- Septiembre
- Octubre
- Noviembre
- Diciembre

Noticias Enero de 2018

Hello. And Bye.

Fecha de la Noticia

Fecha Desde Fecha Hasta

Palabra Clave Sector:

Buscar

Mostrando resultados 1 - 10 de 13

Reglamentación del inciso 2° del artículo 227 de la Ley 685 de 2001

Reglamentación, inciso, 2, artículo, 227, Ley, 685, 2001

jueves 11 de enero de 2018, Cundinamarca, Bogotá D.C., Fuente: MinMinas

Sector: Minas




Ilustración 3 Divulgación en el Módulo de Noticias del Portal Web



COMENTARIOS RECIBIDOS DE LA CIUDADANÍA

Durante el tiempo dispuesto para hacer comentarios al Documento en Discusión: Proyecto de Resolución **Proyecto de Decreto " Decreto Único Reglamentario No 1073 de 2015 respecto de la reglamentación del inciso 2° del artículo 227 de la Ley 685 de 2001 "** se recibieron los siguientes comentarios a través del correo pciudadana@minminas.gov.co

Comentario 1:

De: Comunidad de El Cerrejón <ccerrejon@hotmail.com>

Fecha: 24 de enero de 2018, 17:13

Asunto: OBSERVACIONES Y COMENTARIOS POR EL CUAL SE ADICIONA EL DECRETO UNICO REGLAMENTARIO No.1073 de 2015 RESPECTO DE LA GLAMENTACION DEL INCISO 2o. DEL ARTICULO 227 >

Barrancas, Guajira, 22 de enero de 2018

Señores
Ministerio de Minas y Energía
GERMÁN ARCE ZAPATA
Ministro
PEDRO ENRIQUE PERICO CARVAJAL
Director de Minería Empresarial
JUAN MANUEL ANDRADE MORANTES
Jefe Oficina Asesora Jurídica
pciudadana@minminas.gov.co

Referencia: Derecho de petición y objeciones y observaciones al proyecto de decreto: "Por el cual se adiciona el Decreto Único Reglamentario No. 1073 de 2015 respecto de la reglamentación del inciso 2° del artículo 227 de la Ley 685 de 2001", con el objeto de recibir observaciones y comentarios.

Señores Ministerio de Minas y Energía,

Como comunero y copropietario del RPP 0011 me opongo a la expedición del proyecto de decreto de la referencia y solicito que no sea expedido por cuanto está en manifiesta oposición de la Constitución y la ley, no está conforme al interés público y social y además radico las siguientes OBJECIONES y OBSERVACIONES:

1. El RPP 0011 es el único reconocimiento de propiedad privada en carbón con explotación a cielo abierto y por tanto esa norma en cuanto al RPP de carbón es de carácter particular y concreto por cuanto solo afecta a los comuneros del RPP 0011.
2. Aumenta injustificadamente el valor de la regalía del 0.4% establecido en la ley al 5.0% exclusivamente del RPP 0011, lo cual equivale un incremento del 1.250% y se constituye una decisión confiscatoria. NO ha existido ninguna decisión del Estado que incremente un pago de esa manera.
3. Las más de 700 familias comuneras oriundas de la Guajira se verán afectadas en sus ingresos de un mínimo vital y de subsistencia ya que vivimos de los ingresos de la explotación de esas minas que son de nuestra propiedad.
4. El decreto genera un grave impacto económico en la zona de la Guajira ya que la mayoría de los comuneros viven en esta región y viven solamente de los pocos ingresos que genera la propiedad de ese bien.



5. El decreto que propone el Ministerio desconoce los derechos adquiridos constitucionalmente protegidos de las más de 700 familias pobres que vivimos y dependemos para nuestra subsistencia en la Guajira de lo que produce la mina.
6. La expedición de ese decreto es una expropiación disfrazada que vulnera el derecho a la propiedad y a los derechos adquiridos protegidos constitucionalmente consagrado en el artículo 58 de la Constitución Política.
7. El proyecto desconoce los derechos consagrados en artículos 58 y 332 de la Constitución Política que garantizan la protección de la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores y a la protección de los derechos adquiridos de los títulos de Reconocimientos de Propiedad Privada sobre el subsuelo y de los recursos naturales no renovables perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes.
8. El proyecto de la referencia está en manifiesta oposición con lo previsto en el inciso segundo del Artículo 5°, el artículo 14, el artículo 348 y el artículo 350 del Código de Minas que reconocen que quedan a salvo las situaciones jurídicas individuales, subjetivas y concretas provenientes de títulos de propiedad privada de minas perfeccionadas con arreglo a las leyes preexistentes y antes de la vigencia del Código de Minas y por tanto las condiciones, términos y obligaciones consagrados en las leyes anteriores para los beneficiarios de títulos mineros perfeccionados o consolidados, serán cumplidos conforme a dichas leyes y no pueden ser modificadas sin el consentimiento del respectivo titular.
9. El proyecto también es ilegal por cuanto desatiende lo previsto en los artículos 14 y 228 del Código de Mina que establecen que el monto de las regalías y el sistema para liquidarlas y reajustarlas, serán los vigentes a la época de constitución del título minero sea este mediante contrato de concesión o mediante del reconocimiento de propiedad privada y tales regalías se aplicarán durante toda su vigencia y en consecuencia las modificaciones que sobre estas materias adopte la ley, sólo se aplicarán a los títulos mineros, sean mediante contratos o reconocimientos de propiedad privada, que se celebren o perfeccionen con posterioridad a la promulgación de la nueva regalía.
10. El decreto contienen una falsa motivación jurídica y técnica lo que constituye una clara causal de nulidad que oportunamente podrá ser invocada ante los estrados judiciales.
11. El decreto viola gravemente los principios de la función administrativa consagrada en el artículo 209 de la Constitución Política y el artículo 3 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo (CPACA) ya que no protege los intereses generales ni está fundamentado en principios de igualdad, moralidad, eficacia e imparcialidad ni propende por el adecuado cumplimiento de los fines del Estado de impulsar la minería. Confiamos que la motivación no sea un interés particular de la administración para protegerse



personal y patrimonialmente de infundados observaciones de los entes de control, lo cual podría constituir un impedimento legal para expedir la norma en los términos propuestos según el artículo 11 del CPACA.

12. No es cierto que el acto administrativo no genera ninguna incidencia para las comunidades étnicas –indígenas, negritudes, ni minorías reconocidas legal y constitucionalmente ya que en la zona de influencia de ese decreto SI viven comuneros que hacen parte de minorías constitucionalmente protegidas.
13. No se han realizado las consultas previas que exige la constitución y la ley y por tanto la expedición del decreto es nulo según lo prevé el artículo 46 del CPACA.
14. No es cierto que el proyecto de Decreto no representa ningún impacto económico negativo para el Ministerio de Minas y Energía y ninguna entidad del Gobierno Nacional por cuanto la quiebra de las operaciones mineras hará que no se paguen ninguna regalía, impuesto o contribución al Estado y hará personal y patrimonialmente responsable a los funcionarios que la expidan con su patrimonio por los daños y perjuicios que nos causará.
15. Este proyecto también causará un detrimento patrimonial a las arcas públicas que no ha sido examinado.
16. La decisión que propone el Ministro y sus funcionarios llevará a la quiebra a las actuales contratistas y subcontratistas que trabajan en las minas del RPP 0011 lo que causará el despido de cientos de trabajadores de la región, causando un grave impacto social y agravio injustificado a múltiples personas.
17. El proyecto no reconoce la realidad específica de las operaciones mineras que se desarrollan bajo el amparo del RPP 0011 y por tanto desatienden las instrucciones que tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado impusieron el gobierno.
18. El ministerio de minas y energía ha desatendido las múltiples, reiteradas y oportunas observaciones técnicas, económicas y jurídicas que se le han formulado a los dos estudios que ha realizado el gobierno nacional y que ahora sustentan la expedición del decreto, con lo cual, se ha vulnerado el derecho de defensa de los comuneros.
19. Los funcionarios del ministerio que proponen este decreto están teniendo en cuenta estudios obsoletos y desactualizados que no atienden la situación actual del sector de minería y además han delegado en particulares la formulación de la política pública en esta materia, lo cual no puede ser delegada.
20. El ministerio equivocadamente le está otorgando a los estudios privados que cita en la motivación del proyecto de decreto una validez incuestionable e incontrovertible cuando ello no es legalmente cierto ya que los estudios son



conceptos de particulares que no son de obligatorio acogimiento, ni cumplimiento, ni ejecución.

21. Comoquiera que el decreto en realidad y verdad solo afecta un solo rpp de carbón con minería a cielo abierto, el Ministerio debe solicitar la previa anuencia y aprobación de los comuneros del RPP 0011 lo cual no se ha realizado ya que se trata de la modificación de una situación jurídica consolidada e individual que se pretende cambiar unilateralmente y por ende ello violenta lo previsto en el CPACA.
22. Según jurisprudencia del Consejo de Estado el ministerio de minas y energía carece de competencia para modificar unilateralmente situaciones jurídicas consolidadas y que afectan la economía de un título minero privado.
23. La expedición de este proyecto de decreto constituye una clara violación al principio constitucional de confianza legítima contenido en el artículo 83 de la CP y que constituye un desarrollo del principio de buena fe. La Corte Constitucional ha sido diáfana en establecer que la buena fe constitucionalmente protegida incorpora el valor ético de la confianza la cual se ve traicionada por un acto sorpresivo de la administración que no tenga en cuenta la situación concreta del afectado. Las facultades discrecionales de la administración deben ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. Un momento inoportuno para adoptar la medida, la desproporción de la misma o la indiferencia respecto de la situación especial de las personas afectadas por la decisión, dan lugar al control jurisdiccional de la actuación administrativa en defensa de los derechos fundamentales¹.
24. Los comuneros no han autorizado la modificación unilateral de las condiciones económicas dentro de las cuales se puede ejercer el RPP 0011.

Con fundamento en las anteriores objeciones y observaciones y en ejercicio del derecho constitucional de petición ante autoridades del artículo 23 de la C.P. y el artículo 13 y s.s. del CPACA por motivo de interés particular y en desarrollo de los principios jurisprudenciales establecidos por la Corte Constitucional², me permito muy respetuosamente SOLICITO al Ministerio de Minas y Energía y en particular el señor Ministro lo siguiente:

1. Que antes de cualquier decisión con respecto al proyecto de decreto que me entregue copia de los estudios que fundamentan el proyecto de decreto.
2. Que NO se aumente el valor el porcentaje de la regalía que viene pagando el RPP 0011.
3. Que se mantenga en el 0.4% la regalías que viene pagando el RPP 0011.

¹ Corte Constitucional, Sentencia T 427 junio 24 de 1992 MP Eduardo Cifuentes Muñoz.

² Corte Constitucional, Sentencia C 951 diciembre 4 de 2014, MP Martha Victoria Sánchez Méndez.



MINMINAS

Ministerio de Minas y Energía
Origen: GRUPO DE PARTICIPACION Y SERVICIO AL CIUDADANO
Rad: 2018006812 31-01-2018 09:00:24 AM
Anexos: 0
Destino: DIRECCION DE MINERIA EMPRESARIAL
Serie: 0 - NO APLICA

4. Que NO se expida el proyecto de decreto que está siendo sometido a publicación.

La remisión de documentos y notificaciones a la siguiente dirección: Calle 15 No. 3 – 25 oficina 607 Edificio BCH, Santa Marta.

La presente la suscriben los siguientes comuneros de la Comunidad de El Cerrejón:

*(se remite anexo de firmantes)



Comentario 2:

De: **Felipe Tovar**

Fecha: 24 de enero de 2018, 19:12

Asunto: Objeciones, observaciones y comentarios al proyecto de decreto que reglamenta el artículo 227 del Código de Minas

Bogotá D.C., 24 de enero de 2018

Doctor
GERMÁN ARCE Z.
Ministro
Ministerio de Minas y Energía

Ref: Proyecto de decreto de regalía del art 227 del Código de Minas.

Señor Ministro,

Comendidamente me permito en ejercicio del derecho de petición contenido en la Constitución Política y de la manera más respetuosa **SOLICITO** que el Ministro se abstenga de aprobar el proyecto de decreto de la referencia, por las siguientes razones.

El estudio desactualizado en el que se fundamenta el proyecto de decreto desconoce por completo los lineamientos jurisprudenciales tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, toda vez que no analiza la situación particular y concreta de cada explotación y tampoco evalúan los costos y gastos reales asociados a cada una de esas explotaciones.

Ni siquiera el proyecto de decreto desarrolla correctamente las equivocadas conclusiones y recomendaciones del último estudio toda vez que propone un porcentaje de regalía muy superior al que debería ser si se tienen en cuenta los mismos criterios del estudio (aun cuando incompletos y erróneos).

Igualmente, el proyecto no constituye una verdadera y completa reglamentación del Código de Minas como lo ordenan las cortes por cuanto además omite desarrollar importantes reglas de dicho código como el pago en especie y los aportes en transferencia de tecnología.

También el proyecto contraviene claros preceptos constitucionales y legales que garantizan y protegen los derechos adquiridos al pretender imponer unilateralmente un aumento desproporcionado de la contraprestación que hoy paga el único RPP de carbón a cielo abierto, lo cual seguramente llevará a la quiebra a las explotaciones de carbón que se desarrollan con base en el RPP y el consecuente impacto social negativo en la región de Barrancas.

Adicionalmente, el desproporcionado aumento del valor de las regalías que impone el nuevo decreto, que pretende pasar del 0.4% al 5.0%, tiene por efecto desincentivar las explotaciones de carbón que se amparan con el RPP, lo cual seguramente impactará negativamente las finanzas públicas.



MINMINAS

Ministerio de Minas y Energía
Origen: GRUPO DE PARTICIPACION Y SERVICIO AL CIUDADANO
Rad: 2018006812 31-01-2018 09:00:24 AM
Anexos: 0
Destino: DIRECCION DE MINERIA EMPRESARIAL
Serie: 0 - NO APLICA

No sobra recordar, que fue el RPP de carbón a cielo abierto el que primero logró atraer la inversión extranjera de gran minería que hoy opera exitosamente en la Guajira y que tanto beneficio le ha reportado al país.

Lamentamos que el proyecto no atienda las reiteradas y juiciosas observaciones jurídicas, técnicas y económicas que oportunamente se le formularon en el pasado y se pretenda expedir en los mismos términos. Por esa razón, reiteramos la solicitud para que se abstenga de expedir el decreto pero, sin embargo, si se insiste en su expedición, respetuosamente solicitamos considerar modificar el texto para incluir las recomendaciones que contiene el texto anexo a la presente.

Felipe Tovar
Ex Vice Ministro de Minas y Energía



República de Colombia



Libertad y Orden

MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA

DECRETO NUMERO DE

()

"Por el cual se adiciona el Decreto Único Reglamentario No 1073 de 2015 respecto de la reglamentación del inciso 2° del artículo 227 de la Ley 685 de 2001"

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

En uso de sus facultades constitucionales y legales, en especial las conferidas por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, y el artículo 227 de la Ley 685 de 2001, y

CONSIDERANDO

Que el artículo 360 de la Constitución Política, eleva a rango constitucional la contraprestación económica a título de regalía, causada a favor del Estado por la explotación de un recurso natural.

Que los artículos 58 y 332 de la Constitución Política establecen los principios que garantizan la protección de la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores y a la protección de los derechos adquiridos de los títulos de Reconocimientos de Propiedad Privada sobre el subsuelo y de los recursos naturales no renovables perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes.

Comentario [A1]: Es fundamental incluir estos principios constitucionales que protegen los derechos de los RPP.

Que en desarrollo de los anteriores principios constitucionales, el inciso segundo del Artículo 5°, el artículo 14, el artículo 348 y el artículo 350 del Código de Minas reconocen que quedan a salvo las situaciones jurídicas individuales, subjetivas y concretas provenientes de títulos de propiedad privada de minas perfeccionadas con arreglo a las leyes preexistentes y antes de la vigencia del Código de Minas y por tanto las condiciones, términos y obligaciones consagrados en las leyes anteriores para los beneficiarios de títulos mineros perfeccionados o consolidados, serán cumplidos conforme a dichas leyes y no pueden ser modificadas sin el consentimiento del respectivo titular.

Comentario [A2]: El Código de Minas desarrolla los principios constitucionales anteriores y garantiza que las condiciones económicas de los títulos mineros no pueden ser alteradas unilateralmente.

Que el inciso segundo del artículo 227 del Código de Minas, indica: "En el caso de propietarios privados del subsuelo, estos pagarán no menos del 0.4% del valor de la





DECRETO No. DE Hoja No. 2

"Por el cual se adiciona el Decreto Único Reglamentario No 1073 de 2015 respecto de la reglamentación del inciso 2° del artículo 227 de la Ley 685 de 2001"

producción calculado o medido al borde o en boca de mina, pagadero en dinero o en especie. Estos recursos recaudaran y distribuirán de conformidad con lo dispuesto en la ley 141 de 1994. El gobierno reglamentará lo pertinente a la materia"

Que los artículos 14 y 228 del Código de Mina en cuanto a la estabilidad de las regalías, establecen que el monto de las regalías y el sistema para liquidarlas y reajustarlas, serán los vigentes a la época de constitución del título minero sea este mediante contrato de concesión o mediante del reconocimiento de propiedad privada y tales regalías se aplicarán durante toda su vigencia y en consecuencia las modificaciones que sobre estas materias adopte la ley, sólo se aplicarán a los títulos mineros, sean mediante contratos o reconocimientos de propiedad privada, que se celebren o perfeccionen con posterioridad a la promulgación de la nueva regalía.

Que el artículo 152 de la Ley 488 de 1998, "Por la cual se expiden normas en materia Tributaria y se dictan otras disposiciones fiscales de las Entidades Territoriales", establece que "la explotación de los recursos naturales no renovables a saber, oro, plata y platino de propiedad de la Nación generarán una regalía y en las minas de reconocimiento de propiedad privada un impuesto, los cuales se liquidarán sobre los precios internacionales que certifique en moneda legal el Banco de la República, con las tarifas que se señalan a continuación. (...) Oro y plata 4% (...), Platino 4% (...) Los aspectos relacionados con la liquidación, retención, recaudo, distribución y transferencias del impuesto y demás aspectos tributarios, continuarán rigiéndose por la Ley 366 de 1997".

Que en desarrollo de lo dispuesto en la Ley 141 de 1994, modificada por el artículo 16 de la Ley 756 de 2002, quienes explotan oro de aluvión en contratos de concesión, deben pagar una regalía del 6%, oro de veta y plata 4%, platino 5%, por su parte, las explotaciones de carbón en virtud de títulos otorgados por el Estado deben pagar una regalía del 5% y 10% respectivamente para explotaciones inferiores o superiores a tres millones de toneladas anuales.

Que la Corte Constitucional, mediante sentencia C-669 de 2002 condicionó la constitucionalidad del inciso 2° del artículo 227 de la Ley 685 de 2001 al advertir que tratándose de propietarios privados del subsuelo, estos pagaran no menos del 0,4% del valor de la producción calculado o medido al borde o en boca mina y hasta el máximo previsto por la Ley en materia de regalías que se pagan en relación con los recursos de propiedad del Estado para cada especie de recursos, debiendo el Gobierno Nacional reglamentar la materia.

Que la Corte Constitucional en el mismo pronunciamiento exhortó al Gobierno Nacional para que la reglamentación que deba realizar, respondiera a criterios objetivos y parámetros razonables, proporcionales y diferenciales, dentro de los que se destacan los costos ambientales y el beneficio social que genere la explotación de cada uno de esos recursos.

Que la Corte constató que la reglamentación del inciso segundo del Artículo 227 fija un tratamiento diferencial frente al inciso primero, al tiempo que debe responder a los criterios fijados por la Corte para justificar la diferenciación que el legislador hace en

Eliminado: I

Comentario [A3]: Según estos dos artículos no se podrían cambiar las regalías sin el previo consentimiento de los titulares. Hay jurisprudencia del CE que ratifica que las condiciones económicas de una concesión no se pueden modificar unilateralmente.



DECRETO No. DE Hoja No. 3

Por el cual se adiciona el Decreto Único Reglamentario No 1073 de 2015 respecto de la reglamentación del inciso 2° del artículo 227 de la Ley 685 de 2001

ciertas circunstancias atendiendo criterios y elementos objetivos, razonables, proporcionados y que estén acordes con una finalidad constitucional legítima.

Que el Consejo de Estado, mediante sentencia del 1° de marzo de 2011 declaró la nulidad parcial del Decreto 1631 de 2006 al tiempo que señaló que la reglamentación a cargo del Gobierno debía determinar una tarifa flexible y diferenciada que atendiera el impacto ambiental y social por la explotación de recursos naturales no renovables, todo lo cual debía hacerse con arreglo a estudios técnicos.

Que de acuerdo con la decisión adoptada por las altas Instancias Judiciales y con base en las instrucciones impartidas por el Ministerio de Minas y Energía, la Unidad de Planeación Minero Energética – UPME, realizó un estudio técnico a través de la Universidad Nacional de Medellín mediante contrato 19547-003-2012, cuyo objeto fue brindar apoyo para la construcción de la metodología y para la determinación de los porcentajes de liquidación de las regalías que deben pagar los títulos de Reconocimiento de Propiedad Privada en el país.

Que dicho estudio concluyó en su momento que los costos ambientales y sociales que se generan con la explotación de recursos naturales no renovables, son idénticos independientemente de la propiedad del subsuelo en el cual se adelanta la explotación, razón por la cual, no hay necesidad de consagrar un régimen especial para efectos de la tarifa de la regalía a cargo de los propietarios del subsuelo minero.

Que si bien el estudio técnico destaca que no es dable regular en forma diferencial las regalías, no es menos cierto que las decisiones judiciales advierten que la fijación de las tarifas de las regalías que deban pagar los propietarios privados de yacimiento mineros bajo el régimen de Reconocimientos de Propiedad Privada del subsuelo, deben tener en cuenta criterios objetivos y parámetros razonables y proporcionales tales como las condiciones de explotación de estos recursos, los costos en que el propietario incurre, el deterioro ambiental que dicha explotación genere, el impacto social que produzca, o la carga tributaria que sobre la misma explotación exista, entre otros aspectos.

Que en virtud de lo anterior, el Ministerio de Minas y Energía contrató un estudio a través de la Unidad de Planeación Minero Energética – UPME, para la elaboración de una propuesta técnica alternativa, determinable de los porcentajes de regalías, y con ello, valorar la totalidad de los aspectos resaltados por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, lo que permite contar con todos los elementos necesarios para fijar definitivamente la tarifa de las regalías a las explotaciones de recursos minerales de títulos de propiedad privada del subsuelo, dentro de los márgenes que establece el inciso segundo del artículo 227 de la Ley 685 de 2001.

Que como consecuencia de lo anterior, y por las instrucciones impartidas por el Ministerio de Minas y Energía, la Unidad de Planeación Minero Energética UPME realizó la Orden de Consultoría No. 220-080-2015 con la Unión Temporal ATGALFONSO RUAN, la cual tuvo por objeto la elaboración de una propuesta técnica alternativa para la determinación de los porcentajes de regalías que deben pagar los títulos de Reconocimiento de Propiedad Privada en el país.



DECRETO No. DE Hoja No. 4

"Por el cual se adiciona el Decreto Único Reglamentario No 1073 de 2015 respecto de la reglamentación del inciso 2° del artículo 227 de la Ley 685 de 2001"

Que en el desarrollo de la consultoría, el consultor ATG-ALFONSO RUAN consideró a partir de supuestos distintas metodologías, entre ellas las de enfoque de mercados y el método de evaluación de transacciones comparables y la de un "modelo de flujo de caja libre solicitado por el Ministerio de Minas y Energía.

Eliminado: utilizó

Que a su vez, dicho estudio consideró un enfoque metodológico indirecto, en el que se considera que la regalía que se aplica a los títulos de minerales de propiedad del Estado en el componente que corresponde a las compensaciones por las consecuencias ambientales y sociales basadas en las externalidades generadas en la explotación de dichos yacimientos, y su equivalencia con las de propiedad privada.

Eliminado: utilizó

Eliminado: determinó

Eliminado: son

Eliminado: tes a

Que entre las conclusiones se destaca: "para el caso de oro de veta se aplicó la metodología de transacciones comparables y, mediante consideraciones similares a las realizadas en el caso del RPP de carbón a cielo abierto, se estimó que el valor del mineral de propiedad del Estado es del 2% y, por sustracción, la externalidad parcial equivale al 2%. Con base en lo anterior, se aplicaría una regalía para los RPP de oro de veta del 2%".

Para el caso del "yacimiento de oro aluvial no fue posible aplicar ningún modelo de análisis, por cuanto la información disponible sobre dicho caso se refiere a una operación minera que incluye aluviones existentes tanto en el área de un RPP como en la de varios contratos de concesión adyacentes. Por lo tanto la regalía para este tipo de yacimientos se estableció tomando como referencia la regalía calculada para yacimientos de veta, aplicándole la misma proporción tarifaria que existe en la Ley 756 de 2002 para las regalías de estos dos tipos de yacimientos para títulos mineros de propiedad estatal. Con base en lo anterior, se aplicaría una regalía para los RPP de oro aluvial del 3%".

Que para la definición y aplicación del porcentaje de las regalías se debe atender a los criterios de razonabilidad económica y proporcionalidad en desarrollo de los principios de igualdad, función social y ecológica de la propiedad y libertad económica consagrados en los artículos 16, 58 y 332 de la Constitución Política de Colombia, para lo cual se debe establecer un régimen de transición que garantice una aplicación gradual de las nuevas cargas económicas que se imponen a los titulares de Reconocimientos de Propiedad Privada.

Eliminado: y proporcional

Comentario [A4]: Teniendo en cuenta el significativo aumento que se propone el decreto debe incluir un periodo de transición.

Que, respecto del pago de las regalías provenientes de los Reconocimientos de Propiedad Privada, el inciso segundo del artículo 227 del Código de Minas indica que el pago de éstas podrá hacerse en dinero o en especie.

Comentario [A5]: El decreto debe desarrollar la opción de pago en especie prevista en el Código de Minas como se hace en el sector de telecomunicaciones.

Que es política del Gobierno Nacional el diseño y la implementación de mecanismos para llevar inversiones en infraestructura, servicios públicos y bienestar a las zonas más afectadas por el conflicto armado – ZOMAC- en el marco del posconflicto, para lo cual se han consagrado estrategias como el pago de impuestos a través de la realización de obras públicas contenido en el artículo 238 de la Ley 1819 de 2016, que resultan aplicables al pago de las regalías provenientes de los Reconocimientos de Propiedad Privada.





DECRETO No.

DE

Hoja No. 5

"Por el cual se adiciona el Decreto Único Reglamentario No 1073 de 2015 respecto de la reglamentación del inciso 2° del artículo 227 de la Ley 685 de 2001"

Que el Artículo 255 del Código de Minas que las operaciones mineras que demuestren trayectoria técnica y empresarial y poseedores de infraestructura y montajes adecuados, podrán establecer, con la autorización previa de la autoridad minera, planes y programas concretos de transferencia de tecnología, de estructuración o de reconversión de pequeñas explotaciones de terceros o de asistencia jurídica o técnica, en convenio con universidades debidamente reconocidas, con el objeto de mejorar su eficiencia y nivel de precimiento.

Que el estudio técnico realizado por el consultor ATG-ALFONSO RUAN, señaló en sus Conclusiones y Recomendaciones las regalías calculadas a pagar, de acuerdo con su producción, es la siguiente:

Mineral y Tipo de Minería % Regalía Estimada Carbón a cielo abierto (Producción > 3 Mt) 5,0 Carbón a cielo abierto (Producción < 3 Mt) 2,5 Carbón minería subterránea 1,3 Oro, Plata y Platino – Tipo Veta 2,0 Oro, Plata y Platino – Tipo Aluvial 3,0

Que la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio de Minas y Energía mediante Radicado 2017062156 20-09-2017 enviado a la Dirección de Minería Empresarial, le presenta dentro de las conclusiones que: "lo que genera la regalía es la explotación misma del recurso y no la propiedad sobre el recurso, la regalía y tributos bien pueden coexistir en este campo, toda vez que la Constitución no impone su incompatibilidad, por lo que será el legislador, en el marco de su potestad de configuración y en consideración a la política que más convenga en su entender a los intereses del Estado, a quien corresponderá establecer o no junto con la regalía, el cobro de cargas tributarias sobre la misma explotación".

Que en atención a lo expuesto se estima necesario fijar el porcentaje de las regalías para las explotaciones de recursos minerales de propiedad privada de carbón y de metales preciosos, acogiendo lo determinado por la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y los resultados del estudio elaborado por la UPME a través de la Unión Temporal ATG-ALFONSO RUAN.

Que en cumplimiento de lo establecido en el numeral 8 del artículo 8 de la ley 1437 de 2011, el presente proyecto se publicó en la página web del Ministerio de Minas y Energía desde el XX hasta el XX de 2018, para comentarios de los interesados, los cuales se tuvieron en cuenta de acuerdo con su pertinencia.

Que por lo tanto, es necesario adicionar la Sección 1 al Capítulo 7 del título V de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1073 de 2015, Reglamentario del Sector Administrativo de Minas y Energía

Que por lo anterior,

DECRETA

Comentario [A6]: El pago de regalías debería incluir la opción prevista en el artículo 255 del Código de Minas de financiar con ellas programas de transferencia de tecnología. En el sector de hidrocarburos se pagan regalías con programas de transferencia de tecnología.



DECRETO No. DE Hoja No. 6

"Por el cual se adiciona el Decreto Único Reglamentario No 1073 de 2015 respecto de la reglamentación del inciso 2° del artículo 227 de la Ley 685 de 2001"

ARTÍCULO 1. Objeto. Adicionar la Sección 1 al Capítulo 7 del Título V de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1073 de 2015 - Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Minas y Energía, el siguiente texto:

Sección 1. Reglamenta el inciso 2° del artículo 227 de la Ley 685 de 2001.

ARTÍCULO 2.2.5.7.1.1. Pago de regalías por la explotación de recursos naturales no renovables de propiedad privada para la explotación de carbón. Cada explotación de carbón a cielo abierto de un Reconocimiento de Propiedad Privada del subsuelo que se encuentre inscrito en el Registro Minero Nacional, está obligada a declarar y pagar las siguientes regalías sobre el valor de la producción anual calculada, así:

Explotación Minería	Regalía
Explotación de Carbón a cielo abierto con producción acumulada igual o mayor a tres (3) millones de toneladas durante el año calendario.	Del 0.4% al 1,4%
Explotación de Carbón a cielo abierto con producción acumulada menor a tres (3) millones de toneladas durante el año calendario.	Del 0.4% al 1,0%

La determinación del porcentaje a aplicar se determinará de manera progresiva en función del precio UPME del Carbón así:

Rango de precios UPME del Carbón en US\$ por tonelada	Explotación a cielo abierto / mayor a tres (3) millones de toneladas anuales	Explotación a cielo abierto / menor a tres (3) millones de toneladas anuales
<\$40	0.4%	0.4%
\$40.01 - \$55	0.6%	0.5%
\$55.01 - \$70	0.8%	0.6%
\$70.01 - \$85	1.0%	0.7%
>\$85	1.4%	1.0%

La liquidación y pago de la regalía se hará por periodos trimestral de cada año calendario, según la operación minera, tipo de minería y por el volumen de explotación del respectivo trimestre. Para efectos de determinar el porcentaje de regalía que corresponda aplicar a cada liquidación, se deberá acumular el volumen de producción de cada explotación minera de los trimestres anteriores durante el respectivo año calendario y determinar el rango de precios de mercado del Carbon UPME aplicable según la tabla anterior.

Parágrafo 1. Régimen de transición. Las explotaciones con RPP que a la fecha de expedición del presente decreto se encuentren declarando y pagando el cero punto

Eliminado: ral o jurídica titular

Eliminado: para la explotación de carbón

Eliminado: a

Eliminado: o

Comentario [A7]: Se debe precisar las condiciones en las cuales se calcula y paga la regalía. Es importante precisar que se debe hacer por explotación minera y no por RPP ya que dentro de un mismo RPP hay varias explotaciones mineras.

Comentario [A8]: Este texto incorpora el concepto de progresividad previsto en el inciso segundo del artículo 227.

Comentario [A9]: Esta redacción aclara cómo es la forma de liquidar y pagar la regalía y como determinar el porcentaje a aplicar.





DECRETO No. DE Hoja No. 7

"Por el cual se adiciona el Decreto Único Reglamentario No 1073 de 2015 respecto de la reglamentación del inciso 2° del artículo 227 de la Ley 685 de 2001"

cuatro por ciento (0.4%) podrán acogerse al presente decreto mediante un régimen de transición, que considera la aplicación escalonada de la tarifa fijada, así:

AÑO	PORCENTAJE MÁXIMO EXPLOTACIÓN A CIELO ABIERTO MENOR A TRES (3) MILLONES DE TONELADAS CADA AÑO CALENDARIO	PORCENTAJE MÁXIMO EXPLOTACIÓN A CIELO ABIERTO MAYOR A TRES (3) MILLONES DE TONELADAS CADA AÑO CALENDARIO
2018	0.4%	0.4%
2019	0.5%	0.5%
2020	0.6%	0.6%
2021	0.7%	0.7%
2022	0.8%	0.8%
2023	0.9%	0.9%
2024	1.0%	1.0%
2025		1.1%
2026		1.2%
2027		1.3%
2028		1.4%

Comentario [A10]: Aplicación de un régimen de transición para mitigar impactos negativos de la reglamentación al involucrar un aumento desproporcionado e injustificado sobre el valor de la regalía privada.

Parágrafo 2. Si bajo un mismo título minero de Reconocimiento de Propiedad Privada se realizan distintas explotaciones mineras, la determinación y el cálculo del porcentaje de regalía aplicable se hará de manera independiente para cada explotación u operación minera según el volumen de cada explotación.

Comentario [A11]: Este texto aclara que el cálculo de la regalía es por EXPLOTACIÓN minera y no por RPP.

Parágrafo 3. Si en una misma explotación minera se realizan operaciones de minas en títulos de concesión y en títulos de propiedad privada, la determinación y el cálculo de la regalía se hará de manera independiente.

Parágrafo 4. En desarrollo del inciso segundo del artículo 227 del Código de Minas las regalías pueden ser pagadas en dinero o en especie. El pago en especie de la regalías se podrá realizar mediante la realización de nuevas obras, o la prestación de servicios o la entrega de bienes para beneficio ambiental y social exclusivamente del área de influencia de la operación minera que el Ministerio de Minas y Energía anualmente determine y acuerdo con cada titular de RPP y para cada explotación minera.

Parágrafo 5. En desarrollo del artículo 255 del Código de Minas las regalías pueden ser pagadas mediante la financiación de planes y programas concretos de transferencia de tecnología, de estructuración o de reconversión de pequeñas explotaciones de terceros o de asistencia jurídica o técnica, en convenio con universidades debidamente reconocidas.

Parágrafo 6. Pago o compensación en obras o servicios. Las explotaciones podrán realizar el pago o compensación de hasta el cincuenta por ciento (50%) de las regalías previstas en este decreto mediante inversiones anuales en obras y servicios





DECRETO No. DE Hoja No. 8

"Por el cual se adiciona el Decreto Único Reglamentario No 1073 de 2015 respecto de la reglamentación del inciso 2° del artículo 227 de la Ley 685 de 2001"

de mitigación ambiental y social de conformidad con la metodología de valoración de inversiones establecida por la legislación vigente o, de acuerdo con la misma reglamentación que expida el Gobierno Nacional para la operatividad del artículo 238 de la Ley 1819 de 2016 o la norma que lo adicione, modifique o sustituya, respecto a la ejecución de obras en las ZOMAC.

Parágrafo 7. Las explotaciones mineras amparadas en títulos de Reconocimiento de Propiedad Privada que se encuentren a la fecha de expedición del presente decreto en reorganización empresarial de conformidad con la Ley 1116, continuarán cancelando el mismo porcentaje de regalía que estaba establecido a la fecha de ser aceptadas en la Ley 1116 y mientras se encuentren cumpliendo el acuerdo de reorganización.

ARTÍCULO 2.2.5.7.1.2. Pago de regalías por la explotación de recursos naturales no renovables de propiedad privada para la explotación de oro, plata y platino. Toda persona natural o jurídica titular de un Reconocimiento de Propiedad Privada del subsuelo para la explotación de oro, plata y platino que se encuentre inscrita en el Registro Minero Nacional, está obligada a declarar y pagar a partir de la fecha de entrada en vigencia de este decreto, las siguientes regalías sobre el valor de la producción calculado o medido al borde o en boca de mina:

ARTÍCULO 2.2.5.7.1.3.

Mineral	Regalía
Oro, Plata y Platino de alusión	3.0%
Oro, Plata y Platino de veta	2.0%

ARTÍCULO 2.2.5.7.1.4. Precio base para la liquidación de carbón. El precio base para la liquidación de regalías generadas por la explotación del carbón se registrará según lo establecido en el artículo 15 de la ley 1530 de 2012.

ARTÍCULO 2.2.5.7.1.5. Precio base para la liquidación de metales preciosos. El precio base para la liquidación de regalías de los metales preciosos se registrará según lo establecido en el parágrafo 9 del artículo 16 de Ley 756 de 2002.

ARTÍCULO 2.2.5.7.1.6. Lugar y forma de pago. El titular de las minas de Reconocimiento de Propiedad Privada, deberá declarar, liquidar y demostrar el pago de las regalías ante la Agencia Nacional de Minería de conformidad con los lineamientos impartidos en el presente decreto.

ARTÍCULO 2.2.5.7.1.7. Recaudo y transferencia. La Agencia Nacional de Minería deberá recaudar y transferir las regalías generadas por las explotaciones de los recursos naturales no renovables de propiedad privada, conforme lo estipulado en la Ley 1530 de 2012 y demás normas que la modifiquen o adicionen.

ARTÍCULO 2.2.5.7.1.7. Ámbito de aplicación. El presente decreto aplica a partir de su promulgación a todos los titulares de reconocimiento de propiedad privada sobre el subsuelo, a la autoridad minera nacional y sus delegadas, y rige en todo el territorio nacional, pero en desarrollo del artículo 228 del Código de Minas los nuevos porcentajes de regalías previstos en este decreto se podrán aplicar a los

Comentario [A12]: Hoy hay una operación minera amparada en un RPP que se encuentra en reorganización de la ley 1116 y no contempló en su flujo de caja el aumento de la regalía.





DECRETO No.

DE

Hoja No. 9

"Por el cual se adiciona el Decreto Único Reglamentario No 1073 de 2015 respecto de la reglamentación del inciso 2° del artículo 227 de la Ley 685 de 2001"

explotaciones que se realicen con posterioridad a la fecha de vigencia del presente Decreto, en los términos y condiciones que la Agencia Nacional Minera y los titulares de reconocimiento de propiedad privada acuerden expresamente.

Los pagos por explotaciones realizados con anterioridad a la vigencia del presente Decreto, quedan en firme y continúan sometidos para efectos de su liquidación y pago al porcentaje del 0.4% de que trata el literal segundo del artículo 227 del Código de Minas.

Artículo 5°. Vigencia. El presente Decreto rige a partir de su publicación en el Diario oficial, deroga las disposiciones que le sean contrarias y adiciona el Decreto 1073 del 26 de mayo de 2015.

PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE
Dado en Bogotá D.C., a los

GERMÁN ARCE ZAPATA
Ministro de Minas y Energía

Comentario [A13]: Este texto aclara que la regalía se paga hacia el futuro y que lo pagado queda en firme. No hay aplicación retroactiva.



Comentario 3

De: **Carlos Gustavo Arrieta**

Fecha: 25 de enero de 2018, 14:53

Asunto: Comentarios al Proyecto de Decreto RPP



Bogotá D.C., 25 de enero de 2018

Señor
Carlos Andrés Cante Puentes
Viceministro de Minas
Ministerio de Minas y Energía
La ciudad

Asunto: Comentarios al proyecto de decreto "Por el cual se adiciona el Decreto Único Reglamentario No. 1073 de 2015 respecto de la reglamentación del inciso 2° del artículo 227 de la Ley 685 de 2001"

Respetados señores,

CARLOS GUSTAVO ARRIETA, en mi condición de apoderado especial de la **ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE MINERÍA**, según poder que se allega con este escrito, y con ocasión de la publicación que el Ministerio de Minas y Energía hiciera en su página web el pasado 11 de enero del proyecto de decreto "Por el cual se adiciona el Decreto Único Reglamentario No. 1073 de 2015 respecto de la reglamentación del inciso 2° del artículo 227 de la Ley 685 de 2001" (en adelante "Proyecto de Decreto"), mediante el cual se pretende reglamentar el pago de regalías por la explotación de recursos no renovables de propiedad privada, me permito formular los siguientes comentarios y observaciones dentro del término concedido por el Ministerio.

El orden de este documento será el siguiente:

- a) En el capítulo 1 presentaré una síntesis del Proyecto de Decreto comentado,
- b) En los acápites 2 y 3 expondré las razones jurídicas por las cuales el Proyecto de Decreto (i) generaría una restricción indebida de la libertad económica de los titulares de RPP de oro y carbón, y (ii) podría erigirse como una medida confiscatoria que afecta la propiedad privada de los titulares de RPP.
- c) Por último, en los acápites 4 y 5 explicaré las razones por las cuales la regalía RPP de oro (i) vulnera el derecho a la igualdad de los titulares de RPP al otorgarles un trato discriminatorio frente a los beneficiarios de títulos mineros otorgados por el Estado, y (ii) desconoce la doctrina constitucional contenida en las sentencias C-987 de 1999 y los criterios establecidos en la Sentencia C-669 de 2002.

1. Síntesis del Proyecto de Decreto en relación con la regalía por la explotación de oro

- 1.1. En cuanto al pago de regalías por la explotación de recursos naturales no renovables de propiedad privada (en adelante "RPP") de oro, el Proyecto de



Decreto en el artículo 2.2.5.7.1.3 establece que *“Toda persona natural o jurídica titular de un Reconocimiento de Propiedad Privada del subsuelo para la explotación de oro, plata y platino que se encuentre inscrita en el Registro Minero Nacional, está obligada a declarar y pagar las siguientes regalías sobre el valor de la producción calculado o medido al borde o en boca de mina:*

Mineral	Regalía
Oro, Plata y Platino de Aluvión	3,0%
Oro, Plata y Platino de Veta	2,0%

- 1.2. En relación con el pago de regalías de RPP de carbón, el Proyecto de Decreto en su artículo 2.2.5.7.1.3. estableció lo siguiente: *“Toda persona natural o jurídica titular de un Reconocimiento de Propiedad Privada del subsuelo para la explotación de carbón, que se encuentre inscrita en el Registro Minero Nacional, está obligada a declarar y pagar las siguientes regalías sobre el valor de la producción calculado o medido al borde o en boca de mina”.*

Mineral y Tipo de Minería	Regalía
Carbón a cielo abierto con producciones iguales o mayores a 3 millones de toneladas	5,0%
Carbón a cielo abierto con producciones menores a 3 millones de toneladas	2,5%

- 1.3. El Ministerio de Minas propone la regalía mencionada sobre RPP de oro y carbón en el Proyecto de Decreto con fundamento en las siguientes consideraciones:
- 1.3.1. En el Proyecto de Decreto se asevera que la regalía propuesta para RPP se fundamenta, entre otros, en un estudio técnico que la Unidad de Planeación Minero Energética (en adelante “UPME”) contrató con la Universidad Nacional de Medellín mediante Contrato 19547-003-2012, en el que se concluyó *“(…) que los costos ambientales y sociales que se generan con la explotación de recursos naturales no renovables, son idénticos e independientemente de la propiedad del subsuelo en el cual se adelante la explotación, razón por la cual no hay necesidad de consagrar un régimen especial para efectos de la tarifa de la regalía a cargo de los propietarios del subsuelo minero”* (negrillas fuera de texto).
- 1.3.2. En el mismo sentido, en el Proyecto de Decreto se señala *“Que si bien el estudio técnico destaca que no es dable regular en forma diferencial las regalías, no es menos cierto que las decisiones judiciales advierten que la fijación de las*



tarifas de las regalías que deban pagar los propietarios privados de yacimiento mineros bajo el régimen de Reconocimientos de Propiedad Privada del subsuelo, deben tener en cuenta criterios objetivos y parámetros razonables y proporcionales tales como las condiciones de explotación de estos recursos, los costos en que el propietario incurra, el deterioro ambiental que dicha explotación genere, el impacto social que produzca, o la carga tributaria que sobre la misma explotación exista, entre otros aspectos (negrillas fuera de texto).

- 1.3.3. Adicionalmente, según el proyecto, la UPME realizó la orden de Consultoría No. 220-080-2015 con la Unión Temporal ATG-ALFONSO RUAN, la cual tuvo por objeto la realización de una propuesta técnica alternativa para la determinación de los porcentajes de regalías de RPP. Este estudio concluyó, según se cita en las consideraciones del Proyecto de Decreto, que "(...) *la regalía que se aplica a los títulos de minerales de propiedad del Estado en el componente que corresponde a las compensaciones por las consecuencias ambientales y sociales basadas en las externalidades generadas en la explotación de dichos yacimientos, son equivalentes a las de propiedad privada, concluyendo que los resultados a que se llegue para los títulos del Estado, respecto de tales externalidades, son aplicable a los de Reconocimiento de Propiedad Privada*".
- 1.3.4. La reglamentación propuesta para establecer la regalía del RPP debe tener en cuenta el impuesto a ese mineral consagrado en el artículo 152 de la Ley 488 de 1998, el cual grava la explotación de ese mineral en un 4%.¹ De igual forma, el RPP de oro debe responder "a *criterios objetivos y parámetros razonables y proporcionales, dentro de los que se destacan los costos ambientales y el beneficio social que genere la explotación de cada uno de esos recursos*".
- 1.3.5. Finalmente, en las consideraciones del Proyecto de Decreto se afirma que "La *Oficina Asesora Jurídica del Ministerio de Minas y Energía mediante Radicado 2017062156 20-09-2017 enviado a la Dirección de Minería Empresarial, le presenta dentro de las conclusiones que: "lo que genera la regalía es la explotación misma del recurso y no la propiedad sobre el recurso, la regalía y tributos bien pueden coexistir en este campo, toda vez que la Constitución no impone su incompatibilidad, por lo que será el legislador, en el marco de su potestad de configuración y en consideración a la política que más convenga en su entender a los intereses del Estado, a quien corresponderá establecer o no junto con la regalía, el cobro de cargas tributarias sobre la misma explotación*".
- 1.3.6. En desarrollo de todo lo anterior, el Proyecto de Decreto concluye "Que en atención a lo expuesto se estima necesario fijar el porcentaje de las regalías para las explotaciones de recursos minerales de propiedad privada de carbón y de metales

¹ Ley 488 de 1998, "Artículo 152. La explotación de los recursos naturales no renovables a saber, oro, plata y platino de propiedad de la Nación generarán una regalía y en las minas de reconocimiento de propiedad privada un impuesto, los cuales se liquidarán sobre los precios internacionales que certifique en moneda legal el Banco de la República con las tarifas que se señalan a continuación. En ambos casos, el impuesto y la regalía se destinarán con exclusividad para los municipios productores. Oro y plata 4% (regalía o impuesto)".



preciosos, acogiendo lo determinado por la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y los resultados del estudio elaborado por la UPME a través de la Unión Temporal ATG-ALFONSO RUAN".

2. El Proyecto de Decreto afecta la libertad económica de los titulares de RPP

- 2.1. El Proyecto de Decreto vulnera el núcleo esencial de la libertad de empresa y por tanto restringe en forma indebida y no autorizada la libertad económica de los RPP. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, las autoridades pueden restringir y limitar las libertades económicas de los asociados pero en ningún caso estarán habilitadas para cercenar ni hacer nugatorio el núcleo esencial de las libertades en comento.
- 2.2. En el caso de la libertad de empresa, según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el núcleo esencial está conformado por: **"(i) el derecho a un tratamiento igual y no discriminatorio entre empresarios o competidores que se hallan en la misma posición; (ii) el derecho a concurrir al mercado o retirarse; (iii) la libertad de organización y el derecho a que el Estado no interfiera en los asuntos internos de la empresa como la organización empresarial y los métodos de gestión; (iv) el derecho a la libre iniciativa privada; (v) el derecho a la creación de establecimientos de comercio con el cumplimiento de los requisitos que exija la ley; y (vi) el derecho a recibir un beneficio económico razonable"**² (negrillas fuera de texto).
- 2.3. Pues bien, el Proyecto de Decreto, contraviniendo la doctrina constitucional citada, le otorga un trato discriminatorio a los titulares de RPP porque sugieren que su carga impositiva debe aumentar al 7% (oro aluvión) y 6% (oro veta), a la vez que pretende que los explotadores de yacimientos de oro de propiedad estatal paguen tan sólo un gravamen del 6% (oro aluvión) y 4% (oro veta). Así, el decreto crea un gravamen superior en un 17% y 50% para explotaciones de oro, respectivamente, lo que configura un trato discriminatorio en detrimento de los propietarios privados, y una ventaja injustificada en favor de los explotadores de yacimientos de propiedad de la nación.
- 2.4. En lo referente al carbón, se cambian en forma abrupta las condiciones del propietario del único RPP a cielo abierto de carbón que se encuentra en el país, sin que se haya analizado la situación concreta en que se vienen realizando actividades mineras en este único RPP, el cual en ejercicio de esa libertad empresarial, desarrolla una actividad que no puede ser intervenida sin que sea analizada su condición particular, por no existir situaciones comparables.
- 2.5. Así las cosas, el Proyecto de Decreto pretende consagrar un trato discriminatorio entre competidores que explotan recursos no renovables en las mismas condiciones, generando una restricción ilegítima y no autorizada de la libertad de empresa y de la libre competencia. La medida propuesta atenta contra la libertad

² Corte Constitucional, Sentencia C-263 de 2011, expediente D-8270, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.



económica de los titulares de RPP, pues sugiere que se les grave con una carga muy superior a la de sus pares que explotan minas de propiedad del Estado.

- 2.6. Además, el Proyecto de Decreto vulnera la libertad de empresa de los titulares de RPP porque al aumentar en forma súbita, única y considerable la carga impositiva impuesta, reduce en forma ostensible la utilidad y el beneficio económico que los propietarios privados del subsuelo derivan de la explotación lícita de sus títulos de propiedad.
- 2.7. Todo lo anterior lleva a concluir que el Proyecto de Decreto vulnera la libertad de empresa y de competencia de los titulares de RPP, puesto que limita esas libertades restringiendo su núcleo esencial hasta el punto (i) en que dispensa un tratamiento desigual a empresarios y competidores que están en idéntica situación, y (ii) reduce de forma palmaria la utilidad razonable que los propietarios del subsuelo obtienen de unos títulos reconocidos explícitamente en el artículo 332 de la Constitución Política.³

3. La Propuesta de Decreto vulnera los derechos de los RPP y constituye una intervención ilegítima en la economía desde el punto de vista constitucional y legal

- 3.1. La regalía prevista en el Proyecto de Decreto resulta desproporcionada y vulnera el núcleo esencial de la libertad económica de los titulares de RPP de oro y carbón, vulnerando los criterios establecidos por la Corte Constitucional para autorizar la intervención del Estado en actividades económicas.
- 3.2. Debe señalarse que los titulares de RPP de oro y carbón por ser propietarios del subsuelo tienen la libertad económica (en su modalidad de libertad de empresa y libre competencia) de desarrollar proyectos mineros en las áreas de su propiedad,⁴ siempre que sus actividades estén sujetas a la Constitución y la ley.

³ Constitución Política, "Artículo 332. El Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes."

⁴ Es importante relatar que la regalía que pretende fijar el Proyecto de Decreto vulneraría el derecho de propiedad de los titulares de RPP, pues desconocería que algunos RPP se originaron en lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley 292 de 1875 Ley 292 de 1875 y en la figura de la redención a perpetuidad, esto es, fueron otorgados por el Estado a cambio de una retribución consistente en que el propietario del título debía pagar el doble de los impuestos por adelantado de los siguientes 20 años, para asegurar la propiedad del subsuelo. Así las cosas, es importante entender que los yacimientos de propiedad privada de minerales no tienen su origen en un privilegio o en una liberalidad, sino son consecuencia de un pago sustancial hecho por sus titulares de conformidad con las normas entonces vigentes y con valores que en ese entonces se consideraron adecuados para el efecto. Es por eso que una regalía para RPP de oro que desconozca que ya pesa un impuesto sobre la explotación de ese mineral, desconocería las reglas bajo las cuales se constituye la propiedad sobre el subsuelo, y por ello se erigiría en una regalía confiscatoria que atropellaría los derechos de propiedad sobre esos títulos privados, los cuales han sido reconocidos expresamente por la Corte Constitucional en sentencias C-006 de 1993 y C-669 de 2002.



- 3.3. La jurisprudencia constitucional ha señalado que el Estado tiene una potestad amplia para intervenir en la economía, al tiempo que ha establecido unas condiciones y criterios que deben regir y guiar la actividad regulatoria del Estado en el campo económico, con miras a que la intervención no contravenga los criterios definidos en la Constitución y la jurisprudencia.
- 3.4. Para la Corte Constitucional, en sentencia C-228 de 2010, una norma legal o reglamentaria mediante la cual el Estado interviene en la economía y restringe las libertades económicas de particulares sólo se ajusta a la Constitución (i) si la limitación, o prohibición, persiguen una finalidad que no se encuentre prohibida en la Constitución, (ii) si la restricción impuesta es potencialmente adecuada para conseguir el fin propuesto, (iii) si hay proporcionalidad en esa relación, esto es, que la restricción no sea manifiestamente innecesaria, claramente desproporcionada y alejada de toda razonabilidad, y (iv) si el núcleo esencial del derecho fue desconocido con la restricción legal, lo cual ocurriría cuando se afecta el derecho a obtener un beneficio económico razonable.⁵
- 3.5. El Ministerio de Minas, de expedir el Proyecto de Decreto que propone un aumento de la regalía de RPP de carbón de 0,4% a 5% para producciones superiores a tres millones de toneladas, estaría tomando una medida regulatoria desproporcionada con la potencialidad de restringir la actividad económica de los propietarios privados de carbón, pues estaría aumentando la regalía, de un momento a otro, en doce y media veces, es decir, en un mil doscientos cincuenta por ciento (1250%), lo que implicaría la imposición de una medida irrazonable. Eso generaría un cambio súbito y desmesurado de las condiciones económicas en las que los titulares de RPP explotan carbón en el país.
- 3.6. Lo anterior es igualmente predicable de los titulares de RPP de oro de veta, y en menor grado de aluvión, pues de expedirse el Decreto, éstos tendrían que soportar un gravamen que supera en un 50% y en un 17% al que deben pagar los beneficiarios de títulos de propiedad del Estado. Es apenas obvio para cualquier entidad estatal que incrementar un gravamen en un 1250% o en un 50%, como ocurre en los casos de RPP de oro y carbón, es una medida desproporcionada e irracional que con la potencialidad de desvertebrar y cambiar por completo los supuestos económicos que sirven de base para el desarrollo de la actividad minera en títulos privados del subsuelo.
- 3.7. Por lo anterior, es forzoso concluir que el Proyecto de Decreto publicado constituiría una medida de intervención en la economía, con la potencialidad de generar una restricción ilegítima y no autorizada por la Constitución de la libertad económica de los titulares de RPP de carbón y oro. En efecto, so pretexto de aumentar el recaudo del Estado por la explotación de recursos no renovables, al

⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-263/11, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chajub. "La definición de cuál es el "núcleo esencial" de las libertades económicas no es una tarea sencilla; en materia de libertad de empresa, entre otros contenidos, se pueden mencionar los siguientes: (...) (vi) el derecho a recibir un beneficio económico razonable" (subrayas fuera de texto).



Ministerio de Minas no le está autorizado tomar medidas desproporcionadas, que de forma repentina y súbita cambien por completo las condiciones en las que se desarrolla una actividad económica, y mucho menos los términos bajo los cuales se ejerce un derecho de propiedad sobre el subsuelo, reconocido expresamente en la Constitución Política.⁶

- 3.8. Además, es fácil constatar que el Proyecto de Decreto, al sugerir un aumento desproporcionado de la regalía, tiene la potencialidad de trastocar y alterar por completo la estructura de costos que los titulares de RPP de carbón y oro tuvieron en cuenta para diseñar su plan minero y definir las fases de su ejecución, por lo que la regulación que se pretende expedir impediría que los propietarios privados obtengan una utilidad razonable por la explotación de carbón. Lo anterior implica que la regalía propuesta por el Ministerio de Minas para carbón y oro tampoco cumpliría con el cuarto requisito establecido por la jurisprudencia constitucional para avalar o permitir medidas de intervención en la economía, pues el aumento abrupto y desproporcionado de la regalía recortaría ostensiblemente el margen de utilidad de los legítimos propietarios de los RPP.
- 3.9. Adicionalmente, el porcentaje de regalía de RPP propuesto en el Proyecto de Decreto para la explotación de oro y carbón no se adecua al fin propuesto por el Estado, esto es, la eventual imposición de las regalías sugeridas no conduciría al aumento de los ingresos que el Estado percibe por la explotación de minerales en RPP, razón por la cual la medida propuesta tampoco cumpliría con el segundo requisito establecido por la doctrina constitucional para autorizar medidas de intervención en actividades económicas.
- 3.10. La medida propuesta, antes que conseguir un aumento del pago de regalías por parte de los titulares de RPP, se erige en un peligroso incentivo para que los propietarios del subsuelo desistan de realizar proyectos en sus títulos, y decidan desplazar su capacidad operativa y concentrar las inversiones en proyectos ubicados en títulos de propiedad nacional, lo que conduciría a la disminución de la producción en títulos de RPP, con el peligro de que se esterilicen reservas y se disminuyan los ingresos por concepto de regalías. Así, queda claro que la medida propuesta no conduciría al aumento de los ingresos del Estado por la explotación de recursos en RPP, pudiendo incluso generar un efecto contrario al perseguido.
- 3.11. Lo anterior permite colegir que el Proyecto de Decreto constituye una indebida regulación de la actividad económica que se desarrolla en los RPP de carbón y oro, pues es palmario y ostensible que la regalía propuesta contraviene los presupuestos señalados por la jurisprudencia constitucional para que el Estado restrinja la libertad económica de los propietarios privados del subsuelo.
- 3.12. En este sentido, es tal la desproporción de la medida propuesta y tan demoledor su efecto sobre la utilidad razonable a la que tienen derecho los explotadores de RPP,

⁶ Constitución Política, "Artículo 332. El Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes"



que si el Ministerio de Minas tomara la decisión de aumentar el porcentaje de regalía para RPP de oro y carbón, debería hacerlo de manera progresiva y gradual con el fin de que la medida de intervención en la economía sea proporcional y razonable. De este modo se cumplirían los requisitos de la jurisprudencia constitucional, pues los titulares de RPP tendrían un periodo de transición en el que podrían adoptar medidas para ajustar su estructura de costos y renegociar las condiciones de sus actividades mineras, evitando la afectación de la utilidad razonable como núcleo esencial de la libertad económica y la consolidación de incentivos negativos para el desarrollo de actividades mineras en los títulos de RPP.

- 3.13. Sin embargo, debe aclararse que la imposición de una regalía progresiva y gradual, aun cuando sería proporcional y razonable en términos de libertad económica, le otorgaría un trato discriminatorio a los RPP de oro, que rompería su derecho a la igualdad y atentaría contra la jurisprudencia de la Corte constitucional, en los términos que a continuación se exponen.

4. El Proyecto de Decreto vulnera el derecho a la igualdad de los titulares de RPP de oro, pues otorga un trato discriminatorio no autorizado por la jurisprudencia constitucional

- 4.1. El Proyecto de Decreto otorga un trato discriminatorio a los titulares de RPP que rompe la igualdad entre éstos y los explotadores de minas de propiedad nacional, pues concede un tratamiento diferenciado sin que ese trato desigual tenga fundamento en una situación fáctica distinta, por las razones que enseguida se explican:
- 4.2. En varios apartes de las consideraciones del Proyecto de Decreto, se reitera que los costos ambientales y sociales que se generan por la explotación de recursos naturales no renovables son idénticos, sin importar si la explotación se adelanta en RPP de oro o en áreas de propiedad nacional, por lo que no habría necesidad de expedir un régimen especial para determinar la tarifa de regalías de RPP.
- 4.3. Más aún, en las consideraciones del Proyecto de Decreto se afirma tajantemente que las externalidades que generan los títulos de minerales de propiedad del Estado son equivalentes a las de propiedad privada, concluyendo que los efectos nocivos para el medioambiente que genera la explotación de títulos del Estado son iguales a las producidas por los RPP.
- 4.4. Así, los estudios contratados por la UPME y el Proyecto de Decreto coinciden en que no debe otorgársele un trato distinto a los titulares de RPP y a los explotadores de yacimientos de propiedad nacional, pues al no encontrarse en situaciones de hecho disímiles no estaría justificado desde el punto de vista constitucional y legal el cobro de un gravamen superior a los propietarios privados del subsuelo. En este sentido, los estudios y el Proyecto de Decreto llegan a una conclusión tajante e inequívoca: la explotación en títulos de RPP y de propiedad estatal causan la misma afectación social y ambiental, esto es, producen externalidades idénticas para la comunidad y el ecosistema que rodea la explotación de los recursos mineros.



- 4.5. El efecto jurídico de que los propietarios privados del subsuelo y los beneficiarios de títulos del Estado se encuentren en idéntica situación es que al Ministerio de Minas le estaría prohibido otorgar un tratamiento diferenciado a los dos tipos de explotadores, pues ambos generan el mismo impacto socio ambiental con su explotación, por lo que fijar una regalía distinta constituiría un trato discriminatorio que afecta el derecho a la igualdad.
- 4.6. La jurisprudencia constitucional ha sido conteste en señalar que un tratamiento diferenciado solo sería constitucionalmente válido y no discriminatorio si las personas sujetas del trato desigual se encuentran efectivamente en distinta situación de hecho, pues un tratamiento diferenciado sin fundamento fáctico se torna en un mero acto discriminatorio que vulnera el derecho a la igualdad.⁷
- 4.7. Además, el estudio contratado por la UPME con la Unión Temporal ATG-ALFONSO RUAN, recomendó en forma explícita al Ministerio de Minas que el porcentaje de regalía que se fijara para RPP de oro debía tener en cuenta necesariamente que sobre el oro ya pesa el impuesto creado por la Ley 488 de 1998. El estudio concluyó lo anterior en los siguientes términos:

"En materia de metales preciosos (oro, plata y platino) se analizaron dos reconocimientos de propiedad privada, uno para oro de veta y otro para yacimientos auríferos aluviales, en razón a que no existen títulos de esta clase para plata o platino. En los dos casos se hizo abstracción del impuesto a los metales preciosos para los RPP, instituido por la Ley 488 de 1998 (Artículo 152) que es del 4%, sin embargo la aplicación de las regalías propuestas, teniendo en cuenta el impuesto mencionado tendría una consecuencia de inequidad frente a los títulos mineros de propiedad estatal, por lo anterior se recomienda al Ministerio de Minas y Energía analizar el tema de la adopción del porcentaje de regalías, bajo el escenario de existencia de este impuesto" (p.62).

- 4.8. Es por eso que no se entiende porqué a pesar de que los estudios y el Proyecto de Decreto señalan en forma explícita que las actividades mineras de los titulares de RPP y los beneficiarios de títulos de propiedad nacional generan idéntica afectación socio ambiental, y que sobre los RPP de oro ya pesa un impuesto del 4%, que fue creado, precisamente, para suplir la falta de una regalía, el Ministerio proponga en el artículo 2.2.5.7.1.3 una regalía para oro, plata y platino que termina siendo mucho más gravosa y onerosa para los títulos de propiedad privada.

⁷ Corte Constitucional, Sentencia T- 587 de 2006, expediente T-1322827, M.P. Jaime Araújo Rentería. *"Lógicamente, la jurisprudencia constitucional ha diferenciado entre aquellas medidas que implican un trato discriminatorio y aquellas que, aunque otorgan un trato desigual, se basan en circunstancias objetivas y razonables y por tanto se ajustan a la Constitución; indicando que para la adopción de estas últimas deben estar presentes los siguientes presupuestos: (i) que las personas sujetas del trato desigual se encuentren efectivamente en distinta situación de hecho; (ii) que dicho trato tenga una finalidad que consulte los valores y principios constitucionales; (iii) que la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga tengan una racionalidad interna; y (iv) que exista proporcionalidad entre estos aspectos, es decir, el trato diferente, las circunstancias de hecho y la finalidad."*



- 4.9. En efecto, si se expediera el Proyecto de Decreto que aquí se comenta, los titulares de RPP de oro aluvión tendrían que pagar un gravamen total (impuesto más regalía) de un 7%, y los explotadores de RPP de oro veta tendrían que cancelar un 6% calculado sobre el mineral explotado, pues el artículo 152 de la Ley 488 de 1998 creó un impuesto de 4% que deben pagar las minas de reconocimiento de propiedad privada de oro, plata y platino. Por su parte, los beneficiarios de títulos de propiedad nacional, según lo establecido en el artículo 16 de la Ley 141 de 1994, tal como fue modificado por la Ley 756 de 2002, tendrían que pagar por oro aluvión solamente un 6% y un 4% por oro veta.⁸
- 4.10. El trato discriminatorio que rompe la igualdad entre los dos tipos de explotadores resulta manifiesto y ostensible, pues en el caso del oro veta el gravamen que los titulares de RPP tendrían que pagar por la explotación del mineral sería superior en un 50% a la regalía que debe cancelar el beneficiario de un título de propiedad nacional. De igual forma, la regalía que tendrían que pagar los titulares de RPP por la explotación de oro aluvión sería superior en un 17% a la que cancelan los titulares de yacimiento de propiedad del Estado. Además, lo anterior desconocería en forma expresa los fundamentos técnicos del estudio contratado con la Unión Temporal ATG-ALFONSO RUAN, que recomendó tener en cuenta para la fijación de regalía de oro el hecho de que la explotación de ese mineral ya está gravada con un impuesto del 4%.
- 4.11. De lo anterior es claro que de expedirse el Proyecto de Decreto se estaría gravando a los titulares de RPP de oro (si se suma el impuesto y la regalía sugerida) con porcentajes muy superiores a los que cancelan los beneficiarios de títulos de propiedad nacional, lo que constituye un trato desigual para quienes se encuentran en idéntica situación, configurándose un trato discriminatorio e ilegítimo sin sustento en la Constitución Política y la ley.
- 4.12. La consecuencia antes planteada genera un efecto inconstitucional, pues produce un resultado diferente al que la Corte pretendía lograr. La Corte claramente quería que las explotaciones de metales preciosos de propiedad privada pagaran una regalía similar a la de las explotaciones de propiedad estatal, porque su impacto es igual. Y esa misma corte fue la que manifestó que el impuesto al oro en los yacimientos de propiedad privada era constitucional porque creaba un gravamen que pretendía compensar el impacto ambiental generado por las explotaciones, que nació precisamente porque no había regalía. En ese sentido todas las sentencias de la Corte, tanto las mencionadas en el proyecto de decreto como otras que no se mencionan, apuntaban a generar una igualdad de condiciones entre la explotación de yacimientos públicos y privados.

⁸ Ley 141 de 1994, "Artículo 16. Establécese como regalía por la explotación de recursos naturales no renovables de propiedad nacional, sobre el valor de la producción en boca o borde de mina o pozo, según corresponda, el porcentaje que resulte de aplicar la siguiente tabla: (...)Oro y plata 4%; Oro de aluvión en contratos de concesión 6%"



- 4.13. El Proyecto de decreto termina haciendo una interpretación selectiva. Tiene en cuenta unas jurisprudencias que considera convenientes, pero olvida otras, particularmente una, que obligan al Estado a tener en cuenta la existencia y el origen del impuesto. En la motivación se insinúa que el tema no es relevante, porque una cosa es la regalía y otra el impuesto; pero esa consideración es contraria a la Constitución, pues se trata de dos figuras que sólo son formalmente distintas, pero que materialmente son iguales, pues tienen un mismo propósito y gravan un mismo efecto, especialmente si se tiene en cuenta, como antes dijimos, que el impuesto nace exclusivamente porque en ese entonces se consideraba que no se podían poner regalías a las explotaciones de yacimientos de propiedad privada. Por eso el decreto hace una selección de lo que le conviene y deja por fuera lo que no, generando un efecto inconstitucional que es a todas luces reprochable.
5. **El Proyecto de Decreto desconoce la sentencia C-987 de 1999 que revisó la constitucionalidad del impuesto de oro, y vulnera los criterios señalados en la sentencia C-669 de 2002 para fijar la regalía de los RPP de oro**
- 5.1. **El Proyecto de Decreto vulnera la doctrina constitucional contenida en la sentencia C-987 de 1999, pues desconoce la naturaleza jurídica del impuesto al oro**
- 5.1.1. El trato discriminatorio que se generaría con la expedición del Proyecto de Decreto además desconoce la naturaleza jurídica del impuesto al oro, según las subreglas jurisprudenciales establecidas en la sentencia C-987 de 1999, pues no se tiene en cuenta que los titulares de RPP deben pagar un impuesto de 4% que grava la actividad por cuenta de los mismos efectos, de conformidad con el artículo 152 de la Ley 488 de 1998. De igual forma, como antes se explicó, la regalía propuesta en el Proyecto de Decreto realiza un análisis erróneo y parcial de la jurisprudencia constitucional aplicable, pues cita en sus consideraciones la norma que creó el impuesto al oro pero nada dice en relación con la naturaleza y alcance jurídico que la Sentencia C-987 de 1999 le otorgó a ese tributo. Así, el Proyecto de Decreto se limita a afirmar que impuesto y regalía pueden coexistir pasando por alto las especiales condiciones jurídicas establecidas por la doctrina constitucional para avalar tal coexistencia.
- 5.1.2. La sentencia C-987 de 1999 establece que la disposición mencionada creó el impuesto sobre la explotación de oro en RPP precisamente porque el régimen de regalías previsto en la Ley 141 de 1994, según fue modificado por la Ley 756 de 2002, aplicaba únicamente a la explotación de minas ubicadas en títulos de propiedad estatal, y por tanto, era perentorio gravar la explotación minera de los propietarios privados del subsuelo. La Corte Constitucional dejó establecido en esa oportunidad que el impuesto al oro que pesa sobre los titulares de RPP debe pagarse por la misma razón que los beneficiarios de títulos de propiedad estatal pagan regalías, esto es, por la explotación de recursos naturales no renovables y



sus impactos socio ambientales.⁹ El alto tribunal, en Sentencia C-987 de 1999, examinó el punto de derecho objeto de estudio, en los siguientes términos:

"[...] la situación fáctica que genera la regalía o el impuesto es la misma: la explotación del recurso no renovable[...] Nótese que no sólo la ponencia asimila los conceptos de extracción y explotación, sino que, explícitamente, la finalidad de la disposición fue crear un impuesto en las minas de propiedad privada por la misma actividad que ocasiona regalías en las minas de propiedad estatal, esto es, por la extracción del mineral (...) Ahora bien, en las discusiones sobre la Ley 366 de 1997, una de las razones principales por la cuales se creó ese tributo fue que la Ley 141 de 1994 derogó los impuestos existentes sobre la extracción de esos metales, y los sustituyó por el régimen de regalías. Sin embargo, las regalías recaen únicamente sobre las minas de propiedad estatal, de suerte que existía una inequidad, pues la explotación, esto es la extracción, de esos recursos en minas privadas, no generaba ninguna contraprestación para el Estado" (negritas fuera de texto).

- 5.1.3. Una lectura cuidadosa de la Sentencia C-987 de 1999 permite concluir en forma inequívoca que el impuesto al oro se creó precisamente para suplir la ausencia de regalía que pesaba sobre los títulos de propiedad privada después de la expedición de la Ley 141 de 1994, esto es, la finalidad legal del impuesto al oro era gravar a los RPP por la explotación de recursos naturales, así como por la afectación que genera la extracción del mineral y la explotación de los recursos minerales, cumpliendo de este modo con el mismo propósito que persigue la regalía en nuestro ordenamiento jurídico.
- 5.1.4. Así las cosas, es forzoso concluir que el Ministerio de Minas está realizando una interpretación errónea y segmentada de la jurisprudencia constitucional aplicable, pues se fundamenta en la Sentencia C-669 de 2002 para sostener que regalía e impuesto pueden coexistir sobre la base de que la regalía no se paga por la titularidad sino por la afectación socio-ambiental que genera la explotación de los recursos no renovables, pero desconoce e ignora por completo que la Sentencia C-987 de 1999 estableció en forma explícita que el impuesto creado por el legislador en el artículo 152 de la Ley 488 de 1998 es precisamente un gravamen que debe pagar el titular de RPP por las consecuencias nocivas que genera su explotación, y que en la práctica equivale a una regalía.
- 5.1.5. Es por eso que un Proyecto de Decreto que pretenda imponer una regalía a los propietarios del subsuelo haciendo abstracción e ignorando la existencia de un impuesto que los titulares de RPP pagan por el mismo hecho generador de la regalía, sería contrario a la jurisprudencia constitucional sobre la materia, pues una lectura sistemática y adecuada de la línea jurisprudencial aplicable debe necesariamente incorporar lo establecido por la Corte en la Sentencia C-987 de 1999.

⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-987 de 1999, expediente D- 2438, M.P. Alejandro Martínez Caballero.



- 5.1.6. Así, la fijación de la regalía para los propietarios privados del subsuelo debe tener en cuenta necesariamente que existe otro gravamen que impuso el legislador con la finalidad de que los titulares privados deban asumir las externalidades que generan con su explotación, pues de lo contrario el Ministerio de Minas vulneraría lo establecido en la Sentencia C-987 de 1999 al proponer una interpretación errónea, fraccionada y parcial de la jurisprudencia aplicable. Es por eso que el Ministerio de Minas no puede fijar una regalía desconociendo que ya pesa un gravamen del 4% al cual debe sumársele como mínimo el 0,4% de regalía para privados, establecido en el inciso segundo del artículo 227 del Código de Minas.
- 5.1.7. Lo anterior por cuanto desconocer el gravamen existente equivaldría no solo a una interpretación aislada de la jurisprudencia constitucional (ignorando por completo el precedente jurisprudencial contenido en la sentencia C-987 de 1999), sino que también se apartaría del estudio técnico que sirve de soporte para la expedición del Proyecto de Decreto, en los términos señalados en la cita reproducida en el numeral 2.7 de este documento. En ese sentido, el decreto no puede hacer una aplicación selectiva de los estudios técnicos, tomando solo una parte, y desconociendo algo de tanta relevancia como es una manifestación clara e inequívoca de que la coexistencia plena de impuesto y regalía generaría un resultado inequitativo.
- 5.1.8. Por tanto, el Proyecto de Decreto al proponer una regalía para oro de RPP que hace abstracción de la naturaleza jurídica y el alcance del impuesto al oro consagrado en el artículo 152 de la Ley 488 de 1998, desconoce las subreglas jurisprudenciales y el carácter de cosa juzgada constitucional contenido en la sentencia C-987 de 1999.
- 5.2. **El Proyecto de Decreto desconoce la obligación de tener en cuenta la carga tributaria que pesa sobre los RPP, tal como lo estableció la jurisprudencia constitucional contenida en la sentencia C-669 de 2002**
- 5.2.1. El Proyecto de Decreto al proponer una regalía que pasa por alto el impuesto al oro y que por ello otorga un trato discriminatorio a los titulares de RPP, también vulnera los criterios establecidos en la sentencia C-669 de 2002 para la fijación de las regalías que deben pagar los propietarios privados del subsuelo. Es bueno recordar que la Corte Constitucional estableció que la fijación del porcentaje de regalías para RPP debe tener en cuenta, entre otros factores, *"las condiciones de explotación de los mismos, los costos en que el propietario de los recursos incurre, el deterioro ambiental que dicha explotación genere y el impacto social que la misma produzca o la carga tributaria que sobre la misma explotación exista"* (negritas fuera de texto).
- 5.2.2. Así, el tribunal constitucional le ordenó a las autoridades mineras que la determinación de la regalía que deben pagar los titulares de RPP debe tener en consideración la carga tributaria que ya existe sobre la explotación minera de los propietarios privados del subsuelo. Salta a la vista que el Proyecto de Decreto desconoce ese mandato constitucional, pues en lo que se refiere a la explotación de RPP de oro recomendó aumentar la regalía al 3% (oro aluvión) y 2% (oro veta), perdiendo de vista que los titulares de RPP de oro actualmente están obligados a

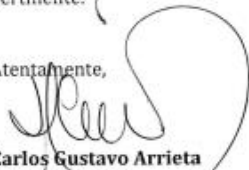


pagar un impuesto del 4% sobre su producción en borde mina, en los términos establecidos en el artículo 152 de la ley 488 de 1998.

- 5.2.3. La Corte Constitucional estableció que la carga tributaria ya existente sobre los RPP debía ser tenida en cuenta para la fijación de la regalía, precisamente para no generar un cumulo de gravámenes demasiado oneroso sobre los propietarios privados del subsuelo. Por ello, la propuesta de aumentar la regalía de los RPP, tal como lo sugiere el Proyecto de Decreto, pasando por alto que sus titulares pagan un impuesto del 4% sobre la explotación en boca de mina, constituye una clara vulneración de los criterios establecidos en la sentencia C-669 de 2002.

En atención a lo expuesto en este documento, en relación con el Proyecto de Decreto que pretende fijar una regalía para la explotación en RPP de oro y carbón, la ACM, en representación del gremio minero, solicita la modificación del Proyecto de Decreto a fin de que éste sea modificado conforme a las normas constitucionales y legales, así como a los criterios jurisprudenciales que debe tener en cuenta la administración para determinar una regalía aplicable a los titulares de los RPP. En todo caso, la ACM reitera su disposición para discutir lo que aquí se ha dicho en las instancias que el Ministerio de Minas considere pertinente.

Atentamente,


Carlos Gustavo Arrieta

cc: Germán Arce, Ministro de Minas y Energía
Claudia González, Secretaria Jurídica de la Presidencia de la República

Anexos: Poder especial conferido al doctor Carlos Gustavo Arrieta



Bogotá, enero de 2018

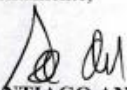
Señores,
MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA
E S. D.

Asunto: Poder especial conferido al doctor Carlos Gustavo Arrieta

SANTIAGO ANGEL URDINOLA, mayor de edad, domiciliado en la ciudad de Bogotá, identificado como aparece al pie de mi firma, obrando en mi calidad de Representante Legal de **ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE MINERÍA**, sociedad debidamente constituida bajo las leyes de la República de Colombia, identificada con el Nit. 900.422.795-2, según consta en el certificado de existencia y representación legal que adjunto (en adelante el "Poderdante"), respetuosamente manifiesto a ustedes que **OTORGO** poder especial, amplio y suficiente a la Doctor **CARLOS GUSTAVO ARRIETA PADILLA**, mayor de edad, con domicilio en la ciudad de Bogotá D.C., identificado con la cédula de ciudadanía número 19.111.138 de Bogotá D.C., abogado en ejercicio portador de la Tarjeta Profesional número 14682 del Consejo Superior de la Judicatura, para que en nombre y representación de la **ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE MINERÍA**, presente comentarios y observaciones al Proyecto de Decreto "*Por el cual se adiciona el Decreto Único Reglamentario No. 1073 de 2015 respecto de la reglamentación del inciso 2 del Artículo 227 de la Ley 685 de 2001*", en atención a la publicación que el Ministerio de Minas y Energía hiciera en su página web del Proyecto de Decreto el pasado 11 de enero concediendo termino para radicar comentarios y observaciones hasta el 25 de enero de 2018.

En los anteriores términos, solicito que se les reconozca capacidad para actuar en nombre de la **ASOCIACION COLOMBIANA DE MINERIA** al apoderado.

Atentamente,


SANTIAGO ANGEL URDINOLA

Así acepto,


CARLOS GUSTAVO ARRIETA P.



MINMINAS

Ministerio de Minas y Energía
Origen: GRUPO DE PARTICIPACION Y SERVICIO AL CIUDADANO
Rad: 2018006812 31-01-2018 09:00:24 AM
Anexos: 0
Destino: DIRECCION DE MINERIA EMPRESARIAL
Serie: 0 - NO APLICA

Comentario 4

De: Melissa Castro <melissa.castro@garrigues.com>

Fecha: 25 de enero de 2018, 18:17

Asunto: FW: COMENTARIOS PROYECTO DE DECRETO REGALÍA RPP

Para: "menergia@minminas.gov.co" <menergia@minminas.gov.co>

GARRIGUES

Bogotá D.C., 25 de enero de 2018

Señores:
MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA
Atm. Dr. Germán Arce Zapata
MINISTRO DE MINAS Y ENERGÍA
E.S.D.

Referencia: Comentarios al proyecto de Decreto "Por el cual se adiciona el Decreto Único Reglamentario No 1073 de 2015 respecto de la reglamentación del inciso 2º del artículo 227 de la Ley 685 de 2001".

Respetados Señores:

José Miguel De la Calle Restrepo, identificado como aparece al pie de mi firma me dirijo a ustedes con ocasión del proyecto de Decreto que pretende reglamentar las regalías a cargo de los titulares de un reconocimiento de propiedad privada – RPP – del subsuelo, frente al cual me permito efectuar las siguientes consideraciones:

1. Sobre la intervención del Estado en la economía a partir del ejercicio del poder regulador

Lo primero que debe mencionarse es que el contenido jurídico del proyecto de Decreto "Por el cual se adiciona el Decreto Único Reglamentario No 1073 de 2015 respecto de la reglamentación del inciso 2º del artículo 227 de la Ley 685 de 2001" (el "Proyecto de Decreto"), tiene el alcance de ser una medida de intervención del Estado en la economía a partir de la cual, por excepción, la Ley puede establecer límites al ejercicio de las libertades económicas a través de la introducción de medidas regulatorias como lo son, en el presente caso, el establecimiento de una regalía aplicable a los títulos mineros de Reconocimiento de Propiedad Privada (los "títulos RPP").

Con el objetivo de definir los elementos en los cuales yacen los reproches de fondo frente al Proyecto de Decreto, es preciso considerar, en primer lugar, que los postulados del modelo económico colombiano contenidos en lo que la doctrina y la jurisprudencia han denominado la "Constitución Económica"¹ consagran una serie de libertades

¹ Corte Constitucional. Sentencia C-865 de 2004. "La Constitución Económica puede definirse como la parte del Texto Fundamental que sienta los principios superiores que orientan y fundan la posición del Estado en relación con la economía y los derechos de los asociados en este mismo ámbito. A juicio de la Corte, dicha parte de Constitución, se encuentra compuesta por: "(...) las normas constitucionales que ordenan la vida económica de la sociedad y establecen el marco jurídico esencial para la estructuración y funcionamiento de la actividad material productiva, señalando los fundamentos esenciales que deberán tener en cuenta los operadores económicos (...)" La Constitución Económica supone entonces la realización del orden económico y social justo como finalidad superior prevista en el preámbulo de la Carta Fundamental, para lo cual asume como imperativo positivo la ordenación del Estado en aras de obtener los beneficios del desarrollo armónico, de la promoción de la productividad y de la

Documento 1



CO15/6224



CO15/6223



económicas reconocidas a favor de los ciudadanos y de potestades del Estado para intervenir en la economía, a partir de los cuales se deduce la existencia de un modelo de libre mercado, limitado por el interés general y la materialización de los fines esenciales del Estado, en el cual éste debe principalmente intervenir para corregir las fallas del mercado con un doble propósito: (i) garantizar el funcionamiento propio del mercado y (ii) procurar que el mercado cumpla su finalidad dentro de la sociedad, cual es, el bienestar de todos los ciudadanos a través del reparto equitativo de la riqueza.

Ello se ha entendido como un modelo de economía social de mercado, en el cual la empresa y la iniciativa privada se identifican como libertades económicas en tanto comportan la esencia del libre mercado, al tiempo que se garantiza que el Estado cuente con las potestades necesarias para aplicar los correctivos necesarios para procurar el cumplimiento de los fines del mismo.

En estos términos, el artículo 333 reconoce la libre iniciativa privada, de competencia y la libertad de empresa como elementos esenciales de la economía nacional, sin perjuicio de que dichas libertades se vean limitadas, en algunos casos excepcionales, por motivos de interés social.

Señala el citado artículo 333 que:

“La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.”. (Negritas fuera del texto)

Bajo ese parámetro, la Corte Constitucional ha reiterado en inveterada jurisprudencia que toda intervención del Estado en la economía debe ser (i) excepcional y (ii) debe

competitividad, en la explotación, transformación y producción de bienes y en la prestación de servicios.”.



9

responder a la necesidad de salvaguardar el interés general; así mismo la Corte ha decantado los requisitos esenciales para que la intervención del Estado resulte compatible con la Constitución Política, así²:

- (i) La intervención, “necesariamente debe llevarse a cabo por ministerio de la ley;
- (ii) no puede afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa;
- (iii) debe obedecer a motivos adecuados y suficientes que justifiquen la limitación;
- (iv) debe obedecer al principio de solidaridad; y
- (v) debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad”.

En esa línea, la jurisprudencia constitucional reciente, al estudiar la constitucionalidad del artículo 71 (parcial) de la Ley del Plan, que fijó el límite al precio de los medicamentos, insumos y dispositivos en aquel que resultare de las mesas centralizadas de negociación, indicó lo siguiente:

“36. Al tenor de lo sostenido en reiterada jurisprudencia por la Corte Constitucional, el modelo de Estado social de derecho adoptado por nuestro constituyente implicó la opción por una economía social de mercado, en la que si bien se garantiza la libertad económica, principalmente a través de la libertad de empresa y la libre competencia (con autorrestricciones), también se prevé la obligación del Estado de intervenir en dicha dinámica, con miras a corregir las fallas del mercado y a lograr escenarios de equidad y justicia en los que sea dable la efectividad de los derechos fundamentales.

Dicha intervención, por su parte, involucra diversas instancias del ejercicio del poder. Por una parte, se encuentra el Legislador, quien cuenta con un amplio margen de configuración al respecto, en virtud del principio democrático, y atendiendo a lo dispuesto en los artículos 150 numeral 21, 333 y 334. De otro lado, está el Ejecutivo, quien puede hacerlo en términos generales a través de su potestad reglamentaria, o en virtud de las facultades expresas de intervención conferidas por el Constituyente, al tenor de lo dispuesto en el artículo 189 numerales 11 y 22 superior.

Ahora bien, las limitaciones sobre la libertad económica deben obedecer a los fines previstos por el constituyente en el inciso 5 del artículo 333 de la Constitución, esto es, el interés común, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación. Adicional a lo anterior, la Corte ha sostenido que estas restricciones deben fundarse en criterios de razonabilidad y proporcionalidad:

“2.4.5. Sin embargo, el Legislador no goza de absoluta discrecionalidad para limitar estas libertades. Como se indicó en un párrafo anterior, según el artículo 333 constitucional, las libertades económicas

² *Ibidem*, y Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-150 de 2003.



9

solamente pueden ser restringidas cuando lo exija el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación. Adicionalmente, en virtud de los principios de igualdad y razonabilidad que rigen la actividad legislativa, la Corte ha señalado que cualquier restricción de las libertades económicas debe (i) respetar el núcleo esencial de la libertad involucrada, y (ii) responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad.”.

En cuanto a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, en la misma providencia se afirma que la Corte ha establecido criterios para determinar el control a realizar sobre medidas que limitan la libertad económica, así:

“Respecto a cómo evaluar la razonabilidad y proporcionalidad de una medida que limita las libertades económicas, la Corte ha indicado los siguientes criterios:

En primer lugar, la Corte ha expresado que el Legislador debe tener en cuenta el tipo de actividad que desarrollan las empresas a las que va dirigida la regulación, su estructura organizativa, el mercado en el que se insertan, el tipo de financiamiento al que apelan, el servicio que prestan o en bien que producen o distribuyen, etc.

En segundo lugar, la Corte suele apelar al juicio de proporcionalidad, mediante el cual se examina la finalidad de la medida, la idoneidad del medio elegido y su proporcionalidad en estricto sentido.”.³

Si bien en esa oportunidad la Corte Constitucional señaló que, en abstracto, la Ley no desconocía el artículo 333 de la Constitución Política de Colombia, lo hizo bajo el entendido de que todas las incidencias requeridas para la definición de ese límite en el precio fueran desarrolladas por el Gobierno Nacional en la reglamentación que se expidiera para el efecto.

A partir de lo anterior, se colige que la potestad de intervención del Estado en la economía, es un mecanismo de excepción al ejercicio de las libertades económicas, cuya intervención solo puede estar justificada en la necesidad de proteger el interés general y siempre que atienda a los principios de proporcionalidad y razonabilidad evaluados en bajo la perspectiva de los criterios definidos por la Corte Constitucional.

En estos términos, ante la contraposición de dos principios, esto es, (i) el interés público y (ii) las libertades económicas, se debe ponderar la importancia de cada uno de ellos y la proporcionalidad de su limitación, a partir del entendimiento de la dinámica del mercado y de la naturaleza restrictiva de las medidas de intervención. Al respecto, la Corte Constitucional ha establecido que

³ Corte Constitucional. Sentencia C-620 de 2016.



8

“El principio de proporcionalidad busca que la medida no solo tenga un fundamento legal, sino que sea aplicada de tal manera que los intereses jurídicos de otras personas o grupos no se vean afectados, o que ello suceda en grado mínimo. De esta forma, la comunidad queda resguardada de los excesos o abusos de poder que podrían provenir del empleo indiscriminado de la facultad legislativa o de la discrecionalidad atribuida a la administración.”⁴

Consecuencia de ello, debe advertirse en forma categórica que las medidas de intervención en la economía, en razón a su naturaleza, deben ser interpretadas teniendo en cuenta el contexto en el que se aplican - el mercado - y considerando que de varias posibles medidas se adopten aquellas que sean lo menos restrictivas posibles dado que la libertad económica comporta un derecho fundamental como elemento del principio de libertad contenido en el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia.

Para tal fin, la Constitución exige realizar un análisis de impacto normativo de carácter cualitativo y no cuantitativo al momento de expedir cualquier regulación que restrinja la libertad económica, con el fin de determinar si es el mecanismo eficiente para atender la finalidad que se persigue con su expedición. Para valorar la eficiencia, en un principio, la economía planteó que una asignación de recursos es eficiente si al menos una persona ve mejorada su posición y ninguna la ve empeorada. Ese concepto evolucionó a que, para valorar la eficiencia lo relevante es que las ganancias en utilidad del grupo beneficiado sean superiores a las del grupo perjudicado o que las ganancias de unos compensen las pérdidas de otros. En su aplicación al modelo constitucional colombiano, el análisis de impacto de la regulación requiere ponderar entre la afectación y el beneficio que representa esa restricción a la libertad económica para los derechos en pugna.

Esa ponderación es necesaria toda vez que la Constitución colombiana optó por un modelo de economía de mercado. Al haber incluido la libre competencia económica como un derecho de todos, las medidas orientadas a restringir ese derecho deben evaluar su razonabilidad y proporcionalidad por lo cual, el Estado tiene la obligación de impedir la obstrucción o restricción de la libertad económica. En todo caso, existe una autorización para intervenir en el mercado cuando esté de por medio el **bien común, el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la nación.**

Vale anotar que el análisis en comento debe ser realizado por el regulador al momento de expedir la normativa. Esto en cuanto a que la ponderación es un presupuesto de la expedición de regulaciones que afecten el mercado, motivo por el cual su análisis le corresponde al ente regulador al ejercer la producción normativa.

⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-422 de 1992. (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Diecinueve (19) de junio de mil novecientos noventa y dos (1992))



8

Bajo el anterior derrotero es claro que el Proyecto de Decreto no cumple con los lineamientos antes expuestos, por lo que su expedición, en los términos señalados se constituiría un ejercicio arbitrario y desproporcional del regulador.

1.1.El Ministerio no ha considerado las condiciones actuales del mercado para definir la definición de la regalía aplicable a los títulos RPP

Propone el Ministerio, en el caso de los títulos RPP de carbón, fijar como regalía un porcentaje sobre la producción que oscila entre el 2,5 % y el 5 % dependiendo del volumen de la misma.

Lo anterior encuentra sustento, según el Ministerio en el informe de la consultoría No. 220-080-2015 rendido por la Unión Temporal ATG-ALFONSO RUAN, efectuado bajo la “metodología de enfoque de mercados y el método de evaluación de transacciones comparables”. Dicho estudio determinó, en palabras del Proyecto de Decreto, que *“la regalía que se aplica a los títulos de minerales de propiedad del Estado en el componente que corresponde a las compensaciones por las consecuencias ambientales y sociales basadas en las externalidades generadas en la explotación de dichos yacimientos, son equivalentes a las de propiedad privada, concluyendo que los resultados a que se llegue para los títulos del Estado, respecto de tales externalidades, son aplicable a los de Reconocimiento de Propiedad Privada”*.

Al respecto se indica, en primer lugar, que el estudio en el cual se basa la expedición del Proyecto de Decreto se realizó en el 2015, momento en el cual las condiciones económicas aplicables a la explotación de carbón son diametralmente distintas a las actuales. En efecto, desde el 2015 a la fecha las operaciones de carbón se han visto impactadas por la reforma tributaria adoptada mediante la Ley 1819 de 2016, circunstancia que sin duda impacta los supuestos y, por ende, los resultados a los que llegó la consultoría adelantada por la Unión Temporal ATG-ALFONSO RUAN.

En punto a ello vale rescatar dos situaciones particulares:

- (i) Una medida de intervención en la economía, para que resulte acorde a los lineamientos constitucionales y legales antes descritos, debe considerar las condiciones económicas del mercado que pretende intervenir con el fin de procurar que la medida sea eficaz, idónea y además, que resulte económicamente razonable para el mercado que se pretende regular y que sea proporcional, es decir, que no afecte derechos más allá de lo mínimos necesario para obtener el fin propuesto.

En punto a ello, es claro que lo mínimo que debe hacer el regulador al momento de intervenir un mercado ya sea fijando un precio, regulando las condiciones de una actividad o, como en el caso concreto, imponiendo cargas económicas adicionales, es considerar las condiciones actuales del modelo de negocio que se verá impactado con la regulación.



S

En ese contexto resulta evidente que un estudio del 2015 tiene el imposible temporal de considerar las condiciones del mercado para el año 2018, razón por la que mal haría el Ministerio en expedir un decreto con base en un estudio que ya ha perdido toda vigencia.

- (ii) De otro lado, y si en gracia de discusión se aceptare que el estudio de la Unión Temporal ATG-ALFONSO RUAN está vigente, lo cierto es que el Ministerio no debe perder de vista que, en el caso del carbón, el único título RPP existente es el reconocido a la denominada “Comunidad del Cerrejón”.

En ese sentido, y al ser claro para el regulador que el impacto de la medida será sufrida por un único sujeto, se hace evidente que el estudio sobre las condiciones en que se desarrolla ese negocio en particular debe ser la base para definir los porcentajes aplicables a la regalía procurando que tal título cumpla con la carga de pagar las regalías ordenadas en la Ley de manera proporcional al modelo económico bajo el cual se presenta esa explotación.

Contrario a ello, el estudio de consultoría utilizado por el Ministerio como sustento del Proyecto de Decreto, hace un análisis conceptual a partir de la “metodología de enfoque de mercados y el método de evaluación de transacciones comparables” circunstancia que, de suyo, demuestra que el insumo técnico considerado por el Ministerio no tiene en cuenta las condiciones del único destinatario de la regulación, lo cual conlleva la demostración sobre la inexistencia de un análisis concreto sobre las condiciones del mercado que se pretende regular.

Lo anterior deviene en la falta de razonabilidad económica de cualquier medida que se adopte sin considerar las condiciones de explotación del título de la Comunidad del Cerrejón pues, si no se conocen sus condiciones particulares, mucho menos se podrá definir cuál es la medida más razonable económicamente o más proporcional.

Así mismo se anota que, dado que el estudio no hizo ningún análisis sobre la razonabilidad y proporcionalidad de la propuesta de regalía formulada, es claro que corresponde al Ministerio en su rol de regulador hacer tal análisis pues resulta su carga constitucional y legal procurar que cualquier medida regulatoria atienda a los estándares y principios de rango superior que deben aplicarse al adoptar este tipo de disposiciones.

2. Sobre los lineamientos dispuestos por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado

La Corte Constitucional en sentencia C-669 de 2002, declaró la exequibilidad condicionada del artículo 227 de la Ley 685 de 2001 – Código de Minas – en el sentido de indicar que esta disposición es constitucional bajo el entendido de que los propietarios privados del subsuelo deben pagar una regalía de no menos del 0.4 % de la



producción calculada o medida al borde o boca de mina y hasta el máximo previsto por la Ley para la explotación de recursos naturales de propiedad del Estado.

En esa línea esa Corporación impuso al Gobierno Nacional a través de la potestad reglamentaria, el deber de regular el cobro de la regalía para los titulares de RPP, con base en “(...) criterios objetivos y a parámetros razonables y proporcionales, dentro de los que se destacan necesariamente las costos ambientales y el beneficio social que genere la explotación de cada uno de esos recursos. (...)”.⁵

Luego de ello el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1631 de 2006, mediante el cual determinó que para el caso del carbón, la regalía correspondería al 0.4 % para extracciones menores a 3 millones de toneladas y al 0.6 % para producciones mayores a 3 millones de toneladas.

La legalidad de esta disposición fue analizada por el Consejo de Estado, órgano que en sentencia del 1º de marzo de 2011, declaró la nulidad de esa disposición por encontrar que vulneraba, entre otros, los artículos 13, 58, 189.11 y 243 de la Carta Política.

En síntesis, señaló el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo que la constitucionalidad de la Ley 685 de 2001 está suscrita a la literalidad de la norma misma y a lo previsto por la Corte Constitucional en la sentencia C-669 de 2002, entendiéndose que lo señalado por la Corte en su *obiter dicta* hace parte del contenido material del señalado artículo 227 del Código de Minas.

En esa medida, la potestad reglamentaria del Gobierno Nacional para determinar el monto de la regalía para los titulares de RPP está sometida a lo indicado por la Corte, esto es, a la fijación de una tarifa diferencial que, luego de estudios técnicos serios, considere, entre otros aspectos, los impactos ambientales y sociales, los costos de producción, y la carga tributaria de los particulares.

Se advierte que el Consejo de Estado fue enfático en señalar que el Gobierno en desarrollo de la potestad de reglamentar la regalía a cargo de los titulares de RPP debe ser estricto en acatar lo dispuesto por la Corte - y, de contera, por el Consejo de Estado -, dado que “(...) cualquier intento por separarse del contenido fijado por la Corte, no sólo entraña infracción de la cosa juzgada constitucional (243 Superior), sino que simultáneamente supone desconocer el contenido normativo del precepto legal, tal y como quedó luego del juicio de constitucionalidad”.

De allí que sea claro que los contenidos del proyecto de Decreto objeto de estudio, deben ceñirse con cuidado al mandato de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado en el sentido de fijar una regalía con el tope mínimo que señala el artículo 227 del Código de Minas y de ahí en adelante el porcentaje que resulte luego de evaluar técnicamente los impactos ambientales y sociales y los costos de producción y

⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-669 de 2002



9

tributarios a cargo del propietario del título de RPP, para cada uno de los recursos naturales objeto de reglamentación.

Revisado el texto del proyecto de Decreto y de los estudios técnicos que fundamentaron su expedición, esto es, los estudios realizados por la Universidad Nacional de Medellín y por el Consorcio ATG-Alfonso Ruán, se advierte que adolecen de serios vicios que desconocen los mandatos de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado circunstancia que, de suyo, deviene en la ilegalidad de las disposiciones jurídicas que pretendan basarse en los referidos estudios.

En efecto, como lo señala el mismo proyecto de Decreto, el estudio de la Universidad Nacional de Medellín consideró que los costos ambientales y sociales de explotar los recursos naturales por virtud de un título de RPP resultan iguales a aquellos derivados de la explotación de minas de propiedad del Estado, razón por la que determinó que no había lugar a diferenciación alguna.

Al respecto se señala que los mandatos de la Ley en el sentido interpretado por la Corte Constitucional imponen al Gobierno Nacional evaluar, en las minas producto de títulos RPP, los impactos ambientales y sociales positivos y negativos que traiga consigo la explotación de recursos naturales no renovables de acuerdo a su naturaleza y con independencia de la explotación de estos recursos provenientes del subsuelo estatal, con el fin de fijar una tarifa diferencial para la regalía a cargo de los particulares dependiendo del recurso natural de que se trate y de los impactos que genere la explotación.

En ese sentido las conclusiones del estudio de la Universidad Nacional se apartan injustificadamente de lo señalado por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en las mencionadas sentencias, circunstancia que vicia de nulidad las conclusiones de este estudio que pretendan ser elevadas a Decreto Reglamentario.

De otro lado se advierte que aunque las conclusiones de la consultoría realizada por el consorcio ATG-Alfonso Ruán tuvieron un importante avance técnico dado que evaluaron aspectos relacionados con el mercado, lo cierto es que el estudio contiene algunas falencias que tienen incidencia en las conclusiones y recomendaciones, que sirven de sustento para las disposiciones que pretender acogerse en el proyecto de Decreto:

1. La valoración de las reservas debe estar asociada al precio del mineral y a los costos de su extracción, pues ello determina las reservas económicamente explotables, hecho que el modelo no contempla.
2. En el mismo sentido, en el modelo tampoco se reconoce que a precios bajos la carga impositiva aumenta significativamente (al reducirse la utilidad del explotador, la participación del Estado "government take" en las mismas, es mayor).



8

3. El estudio incluye la infraestructura como aporte del Estado, sin embargo, en muchos casos ésta no es propiedad del Estado ni fue aportada por éste, sino por el particular⁶.
4. Asimismo, se debe tener en cuenta que los RPP fueron otorgados por el Estado a cambio de una retribución que el propietario del título debía pagar por adelantado y que correspondía al doble de los impuestos de los siguientes 20 años, para asegurar la propiedad del subsuelo (artículo 45 de la Ley 292 de 1875).
5. En el documento se acepta que la falta información impidió hacer el análisis de todos los elementos objetivos enunciados por la jurisprudencia, y que él mismo cita como fundamento del estudio. De lo anterior se concluye necesariamente que, si bien este estudio contiene elementos importantes para la determinación de la regalía, las recomendaciones del mismo no pueden resultar definitivas, en la medida que tan sólo considera algunas de las condiciones indicadas por la jurisprudencia constitucional.
6. En concordancia con lo anterior, las tarifas allí enunciadas no analizan todas las variables requeridas en cumplimiento de la sentencia C-699 de 2002, como son las condiciones y costos de explotación o el criterio expuesto por la Corte Constitucional en materia de igualdad relativa y de estudio de las cargas tributarias existentes; factores que no fueron tenidos en cuenta ni mucho menos analizados en los estudios preparados y presentados por la consultora y que se menciona explícitamente no fueron objeto del estudio.
7. El estudio no consideró las condiciones de explotación de los explotadores de RPP de oro o carbón, ni cómo se estudiaron los costos en que incurre el propietario de los mismos, ni cómo se evaluaron los impactos sociales y ambientales de las explotaciones y, ciertamente, en ellos para determinar la tarifa se hizo caso omiso de la carga tributaria existente.
8. No considerar las condiciones específicas de cada RPP, genera una asimetría en el caso de esta explotación, frente a las explotaciones de propiedades de la nación⁷. En este caso, si se aceptaran las tarifas propuestas por el estudio sin

⁶ Por ejemplo, para el caso específico de la explotación del RPP-011 que adelanta Carbones del Cerrejón Limited (Cerrejón) la infraestructura de transporte y embarque a través de la cual se moviliza el carbón que se explota fue adquirida por el explotador privado, el cual aún hoy reconoce un pago a dicho Estado por el uso de la misma (compensación SPAF).

⁷ Por ejemplo, en el RPP- 011 dicha explotación tiene un costo específico para el explotador consistente en el 6% que se paga al dueño del recurso, y que el acuerdo contractual entre las partes establece que es el explotador quien debe asumir casi en su totalidad el incremento en la tarifa legal de regalías, si a la contraprestación contractual del 6% se le adiciona un 5% de la regalía legal a favor del Estado, en la



9

considerar la carga tributaria actual, los propietarios de RPP terminarían pagando más que los concesionarios sin que ese trato desigual tenga racionalidad y proporcionalidad⁵.

9. Asimismo, para el caso de carbón el estudio señala que la contraprestación que se cancela al propietario del recurso se descompone en dos partes: *“el 5,8% de regalía privada y un 0,2% de regalía legal. De acuerdo con los desarrollos jurisprudenciales, esta última porción está compensando los daños ambientales y sociales que genera la explotación (ver aparte Bases Legales) y, por consiguiente, el porcentaje de regalía privada -5,8%- es equivalente al precio del mineral, que para los efectos de la metodología corresponde al indicador financiero de comparación”*.

No obstante, la realidad es que la contraprestación corresponde al 6%, dado que el 0.2% de regalía legal es adicional al monto que se cancela al propietario del recurso.

10. Para la estimación del aporte social del Estado, el estudio toma como referencia un país hipotético, al cual se le asigna unos resultados que no tienen un sustento real. En consecuencia, las conclusiones a las que llega sobre dicho aspecto carecen de una fundamentación sólida. De igual manera, se omite la carga impositiva que los titulares de los RRP están asumiendo en el desarrollo del giro ordinario de sus negocios, así como las inversiones sociales particulares de cada RPP y las condiciones adversas de seguridad pública que tienen que enfrentar en sus operaciones.

De acuerdo con lo anterior se exponen los siguientes reparos frente a la tarifa fijada por el proyecto de decreto:

práctica se estaría desincentivando la explotación del recurso privado con una contraprestación total del 11% frente a los títulos mineros otorgados por el Estado cuya contraprestación máxima es del 10%.

En el caso del oro por ejemplo, el análisis no considera en su análisis el título EDKE-01 localizado en los municipios de Segovia y Remedios, en el cual se desarrolla actualmente la operación minera subterránea más representativa de Colombia. Como consecuencia de ello, el estudio contraviene abiertamente lo establecido por la Corte Constitucional en la sentencia C-669 de 2002, al no tener en cuenta para la determinación del porcentaje de regalía a imponer a los RPP de oro de veta, criterios objetivos particulares a la explotación minera que se desarrolla en el mencionado RPP.

⁵ La Corte Constitucional, en sentencia T-587 de 2006, estableció que las medidas que otorgan tratos desiguales están justificadas (y no son discriminatorias) cuando se cumplen los siguientes presupuestos: (i) que las personas sujetos del trato desigual se encuentren efectivamente en distinta situación de hecho; (ii) que dicho trato tenga una finalidad que consulte los valores y principios constitucionales; (iii) que la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga tengan una racionalidad interna; y (iv) que exista proporcionalidad entre estos aspectos, es decir, el trato diferente, las circunstancias de hecho y la finalidad.”



8

- a) La tarifa no acoge los criterios fijados por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado:

La tarifa propuesta en el artículo 1° del proyecto de Decreto, esto es, para el caso del carbón, el 1.3 % para minería subterránea, el 2.5 % para extracción de carbón a cielo abierto con producciones menores a 3 millones de toneladas y 5 % para extracción de carbón a cielo abierto con producciones mayores a 3 millones de toneladas, resulta contraria a la interpretación del artículo 227 del Código de Minas, dado que no se fundamenta en estudios técnicos idóneos que hubieren recomendado la implementación de esa tarifa a partir del análisis de los impactos ambientales y sociales y de los costos de producción y cargas tributarias de los propietarios con base en información real y confiable de las minas actuales que operan bajo el sistema de RPP.

- b) La regalía propuesta vulnera el principio de igualdad:

Así mismo se advierte, que la fijación de la mencionada tarifa resulta desigual dado que resultaría menos gravoso para un productor alquilar una los terrenos de una mina de propiedad privada, que para un propietario privado explotar su propio yacimiento, desigualdad que no encuentra asidero alguno dado que, en cualquiera de esos casos, se está tratando la explotación de un recurso natural no renovable con base en un título de RPP, razón por la cual deberían tener el mismo tratamiento.

Sin embargo, como la tarifa de la regalía fijada en el proyecto de decreto no tuvo en cuenta todas las variables que debía considerar en observancia de los mandatos de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, se crean desigualdades como la mencionada anteriormente entendibles solo en la medida en que se obvió la realización de estudios de costos de producción y cargas tributarias que debían ser objeto de análisis por parte del Ministerio al momento de reglamentar la materia objeto de Estudio.

- c) La regalía propuesta desconoce el principio de proporcionalidad

Señaló la Corte Constitucional que “La reglamentación que la norma deja en manos el Gobierno deberá obedecer, no sobra reiterar, a criterios objetivos y a parámetros razonables y proporcionales, dentro de los que se destacan necesariamente los costos ambientales y el beneficio social que genere la explotación de cada uno de esos recursos.”

No obstante se observa que, con base en las consideraciones que se expondrán en los capítulos 4.2. y siguientes, que la tarifa propuesta resulta a todas luces desproporcionada comoquiera que no considera a.) la fijación del precio del carbón en el mercado, b.) las cargas tributarias a que está sometido el titular de una RPP, c.) el modelo de negocio entre los propietarios y el operador de la



8

mina, d) las cargas administrativas derivadas de, por ejemplo, la licencia ambiental necesaria para la operación de las minas de explotación de recursos naturales, e) la existencia de otras regalías a favor de la Nación por parte de los operadores de los yacimientos mineros.

Se destaca que la ausencia de los anteriores elementos en la propuesta contenida en el Decreto, conllevan a que la tarifa propuesta pudiese considerarse como confiscatoria en atención a su abierta desproporcionalidad. Como se verá más adelante una tarifa de regalía positiva – como sucede en las minas de propiedad de la Nación – es la que, en efecto, resultaría adecuada y proporcional al modelo de negocio de explotación de un recurso natural como el carbón.

Corolario de lo anterior fuerza concluirse que las disposiciones del mencionado proyecto de Decreto no se ajustan habida cuenta que, de igual forma que los decretos que pretendieron en pasadas ocasiones reglamentar este asunto, omiten la consideración de variables técnicas para la fijación de la referida tarifa de la regalía, con lo cual su la tasación del proyecto de Decreto resulta arbitraria, desproporcionada y lesiva de los artículos 13, 58, 189.11 y 243 de la Constitución Política de Colombia.

En síntesis, se tiene los elementos jurídicos que debe considerar el decreto que pretenda reglamentar la regalía a cargo de los titulares de RRP, con arreglo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional (*en concreto, la sentencia C-669 de 2002*), deben ser los siguientes:

1. Las condiciones en que debe establecerse el monto de la regalía en RPP's, "*no serán necesariamente las mismas que se establecen de manera general*". La expresión "*de propiedad estatal*" contenida en el artículo 227 de la Ley 685 de 2001 atiende a la diferencia que debe establecerse siempre entre la propiedad estatal y la propiedad privada del subsuelo.

En esencia, la diferencia radica en que mientras en las minas de propiedad del Estado el objeto sobre el que recae el cobro de la regalía lo es el hecho mismo de la explotación, en los RPP's, si bien se hace alusión a la explotación, lo cierto es que el valor que se cobra a cuenta de esta regalía está establecido más como una compensación que debe pagar al Estado el propietario privado del subsuelo por el hecho de permitir la explotación. De allí que sea más técnico hablar de una regalía especial con características de compensación aplicable a los propietarios privados del subsuelo que de una regalía común aplicable a las explotaciones de las minas de propiedad del Estado como tal.

2. La regalía especial con características de compensación a favor del Estado a cargo de los RPP debe compensar para la sociedad los efectos de la explotación de los recursos naturales no renovables, compensación que puede no ser uniforme.



8

3. Deben analizarse las condiciones de explotación de cada recurso que generen en mayor o menor medida efectos ambientales y sociales que deban ser compensados, anotando que le corresponde al Gobierno establecer **para cada tipo de recurso** el monto de la regalía especial con características de compensación que paguen los propietarios privados por este concepto, teniendo en cuenta criterios objetivos y parámetros razonables y proporcionales, **dentro de los que se destacan:**
 - Las condiciones de explotación de los mismos.
 - Los costos en que el propietario de los recursos incurre.
 - El deterioro ambiental que dicha explotación genere.
 - El impacto social que la misma produzca.
 - La carga tributaria que sobre la misma explotación exista, entre otras consideraciones.
4. Así, la regalía especial como compensación de los RPP no debe ser *per se* uniforme, pues dependerá de las condiciones mismas de explotación de cada recurso el que se generen en mayor o menor medida efectos ambientales y sociales que deban ser compensados, y no estén siendo compensados por la misma explotación o por otras vías, como las dispuestas en la legislación ambiental aplicable. Ello, pues no podrían compensarse dos veces los mismos efectos.

A su turno, el Consejo de Estado ha destacado los siguientes puntos (*sentencias del 27 de octubre de 2005 y del 1 de marzo de 2011*) respecto de la forma en que debe reglamentarse esta compensación:

- La fijación de la regalía especial como compensación que debe cobrarse a los propietarios privados del subsuelo no puede ser inferior al 0,4%, y la fijación que se haga de ese porcentaje no puede ser caprichosa: debe tener respaldo técnico que, a su turno, debe tener en cuenta los siguientes factores:
 - a. Las condiciones en que se adelanta la explotación de los recursos naturales no renovables de los RPP.
 - b. Los costos en que incurre **el propietario** de los recursos, de cada una de las explotaciones de carbón sobre subsuelos privados, teniendo en cuenta que la propiedad inmueble se desmembra en propiedad superficial y en subsuelo.
 - c. Los impactos ambientales que genere cada una de las explotaciones sobre subsuelos privados.



8

- d. El impacto social (*ya sea positivo o negativo*) que genere cada una de las explotaciones de carbón sobre subsuelos privados.
- e. La carga tributaria que recaee sobre la actividad de la explotación de carbón sobre subsuelos privados.
- f. La carga tributaria que recaee sobre los propietarios de los inmuebles (*propiedad superficial y en subsuelo*), respecto de los cuales se realiza una explotación de carbón.

Aclarado lo anterior y como alternativa para la fijación de la tarifa objeto de comentarios, se tiene que el artículo 227 de la Ley 685 de 2001 debe ser apreciado en toda su extensión. Si bien la regalía especial como compensación a percibir a cuenta de los RPP está señalada en el inciso segundo de dicho artículo, ello no implica que ese inciso deba interpretarse en forma aislada. Dicha norma, completa, establece:

“De conformidad con los artículos 58, 332 y 360 de la Constitución Política, toda explotación de recursos naturales no renovables de propiedad estatal genera una regalía como contraprestación obligatoria. Esta consiste en un porcentaje, fijo o progresivo, del producto bruto explotado objeto del título minero y sus subproductos, calculado o medido al borde o en boca de mina, pagadero en dinero o en especie. También causará regalía la captación de minerales provenientes de medios o fuentes naturales que técnicamente se consideren minas.

“En el caso de propietarios privados del subsuelo, estos pagarán no menos del 0.4% del valor de la producción calculado o medido al borde o en boca de mina, pagadero en dinero o en especie. Estos recursos se recaudarán y distribuirán de conformidad con lo dispuesto en la Ley 141 de 1994. El Gobierno reglamentará lo pertinente a la materia”.

La correcta forma de leer el artículo indica que el primer inciso define la regalía en sentido amplio, siendo válida esa definición para todo el instituto como tal, con independencia de si se trata de regalía por explotación en subsuelo público o de regalía respecto de RPP's. Partiendo de ese entendimiento, el inciso segundo solo tiene por fin precisar lo concerniente a las regalías a percibir en el caso de los RPP, sin que ello implique desconocimiento, derogación o categorización separada de la regalía a percibir en los RPP. Si ese hubiera sido el sentir del legislador, habría hecho una definición separada para el caso de dichas explotaciones, lo que no ocurrió. Sin embargo, no hay que dejar de considerar lo apuntado en los primeros párrafos de esta explicación, en lo referente al hecho de que la regalía en el caso de los RPP's obedece más a la lógica de una compensación a pagar al Estado por el privado por permitir la explotación del recurso, mientras que la regalía usual está dirigida a servirse de la explotación como tal del recurso, siendo este el elemento fundamental para tener a tales pagos



S

3. Existen otras alternativas menos lesivas e igualmente eficaces para la fijación de la regalía privada, hecho que no ha sido considerado por el Ministerio

Vale la pena tener en cuenta que el inciso primero del artículo 223 del Código de Minas, señala que el porcentaje de regalía puede ser fijo o **progresivo o sujeto a una variable**. Es así que la misma ley es la que admite la posibilidad de que exista una regalía flexible, variable o dinámica. La ley no señala sobre qué factores debe basarse esa dinámica, pero la jurisprudencia tanto del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional contribuyen a dotar de contenido esa posibilidad, partiendo de los factores que ya destacamos arriba.

En esa línea a modo de conclusión, tenemos lo siguiente:

- La regalía especial como compensación que se fije debe partir del mínimo del 0,4%. Sin embargo, ese porcentaje **puede ser progresivo**, tal y como lo indica la ley (*en concreto, el inciso primero del Art. 227 de la Ley 685 de 2001*). El texto mismo del inciso segundo al referirse a “no menos del 0.4%” permitiría inferir el concepto de progresividad.
- La Corte Constitucional encontró exequible el artículo 227 ya citado, bajo el entendimiento de que la compensación a cobrarse en el caso de los RPP debía consultar unos criterios especiales, sin que el tratamiento de dicha regalía pueda ser igual al caso en el que el Estado es el dueño del subsuelo.
- El Consejo de Estado, partiendo de la jurisprudencia constitucional, señaló que esa regalía especial como compensación a cargo de los RPP debía partir de un estudio técnico que identificara varios factores **para cada explotación**, entre ellos los asociados a los impactos ambientales causados por la explotación; la carga tributaria que soporta tanto el dueño del subsuelo como el explotador; los costos asociados a la propiedad inmueble y a la propia explotación; los impactos sociales de la explotación, que pueden ser positivos o negativos.
- Como la ley no señala sobre qué factores debe basarse la progresividad de esta regalía especial como compensación, es posible entender que la misma debe ser completada por el regulador, pero sin perder de vista los factores que indica la jurisprudencia constitucional y contencioso-administrativa. Respecto de esta última, no debe perderse de vista, así mismo, que el impacto de la explotación **no siempre es negativo**.
- Por tanto, la regulación que se expida debe tener en cuenta todas estas variables, pues de no hacerlo se corre el riesgo de ser declarada nula.
- A lo anterior, hay que añadir que la regalía especial como compensación constituye un cargo a favor del Estado, y por lo mismo, está sometida a las vicisitudes propias



de esta clase de cargos, entre ellas, la de no implicar confiscación para el particular, sin perder de vista, tampoco, que la misma debe ser fijada procurando no causar perjuicio y si procurando beneficios para el Estado.

En ese sentido, los ejes centrales de la propuesta de fijación de un tarifa progresiva son, entonces, los siguientes:

- La compensación puede ser fijada mediante un porcentaje progresivo.
- La compensación no puede ser confiscatoria, y debe ser fijada en una manera que no impacte en modo negativo a la explotación, pero que procure beneficios para el Estado.
- La fijación debe tener en cuenta los factores indicados por la jurisprudencia, rescatando, en todo caso, que los impactos de la explotación (*en especial, los sociales*) pueden ser positivos.
- Bajo la misma lógica anterior, si la explotación ya se ha encargado de enjugar o de asumir el costo de esos impactos (*sociales, ambientales, entre otros*), ello debe reflejarse en el porcentaje a cobrarse.
- La progresividad debe sujetarse a un factor externo objetivo y de fácil verificación como es el Precio del Carbón en el mercado internacional. Así mismo, el precio del mercado internacional incide sobre la estructura de costos de la producción interna y es consistente con los criterios jurisprudenciales.

Así las cosas, se presenta la siguiente escala de tipos de regalías según el precio del mercado internacional de carbón:

Escala de tipos de regalía especial según el precio de mercado de carbón

Rango de precios del mercado internacional del carbón en US\$ por tonelada	Tipo de regalía
<\$40	0,4%
\$40,01 - \$55	1,5%
\$55,01 - \$70 o más	2,5%



8

Para efectos del cálculo del precio de carbón, se podría tener en cuenta el precio de carbón observado en el último día del mes o un precio cobrado por la mina promedio ponderado por la cantidad de carbón vendida.

Como se puede observar, si el precio internacional del carbón se encuentra por debajo de US\$40, se cobraría la compensación mínima legal del 0,4%. De esta manera, se estaría cumpliendo con la legalidad y, al mismo tiempo, se estaría interfiriendo en la menor medida posible sobre la actividad económica de la mina en los momentos en los que el mercado está presentando las condiciones más adversas para la viabilidad económica de la explotación. Se cumpliría, así, con el principio de no confiscación, y se procuraría el mayor beneficio posible al Estado, sin que ese beneficio sea regresivo para el agente económico. Ello, bajo el entendido de que el principio de no confiscatoriedad debe tener en cuenta además que el titular de la mina RPP también está sometido al pago de otras cargas impositivas del Estado y de otra naturaleza que se acumulan a los demás costos y que dificultan la viabilidad de dar a terceros la explotación de la mina, en la medida en que se vaya volviendo exiguo el margen de utilidad, teniendo en cuenta la variable exógena del precio del mercado.

A medida que aumenta el precio del carbón, también aumentaría el tipo de la regalía especial como compensación, pasando de 0,4% a 1,5%, luego a 2,5% y a 3,5%. Para finalizar, si el precio del carbón supera los US\$85 por tonelada, se cobraría una tasa de compensación del 4%. Este techo de regalía podría ser considerado bajo en comparación con la regalía del 10% que pagan las explotaciones de carbón de minas de propiedad estatal. Sin embargo, hay que recordar que la Comunidad ostenta la propiedad de la mina, factor que, de acuerdo con la jurisprudencia, debe ser tenido en cuenta en esta fijación. Tampoco debe olvidarse que, como es lógico, la Comunidad, en ejercicio de su derecho de propiedad, ya percibe un valor por parte del explotador. Un aumento que vaya más allá del 3.9% pondría al explotador en la tesitura de pagar más costos de compensación en el caso de los RPP que en el caso de las minas públicas, de acuerdo con las cifras ya conocidas en el estudio.

Ahora bien, como cada explotación es diferente, y como la jurisprudencia ha previsto que los impactos incluso pueden ser positivos, el nuevo modelo debería considerar así mismo la posibilidad de tener en cuenta que los impactos causados estén siendo compensados por la misma explotación o por otras vías, tal y como lo previó la Corte Constitucional, permitiendo que al monto a pagar se le puedan bien incluir deducciones o adiciones.

Dicho lo anterior, si un propietario de un título RPP en concreto ha hecho inversiones directas en la recuperación del tejido social o en el restañamiento de las condiciones ambientales, debe permitirse que esas inversiones reduzcan en alguna forma el pago de la compensación a fijar. Ello, pues esas inversiones ya han cumplido en gran parte con la razón de ser de la regalía. Bajo una lógica similar se mueven ciertos tributos del Estado, como lo es el caso del impuesto de renta, en el que, como se sabe, se descuentan



en alguna forma las inversiones sociales (donaciones, RSE, etc.) que hubiere hecho el contribuyente.

Vale anotar que el modelo que se ha propuesto se ajusta al ordenamiento jurídico nacional. No encontramos motivos constitucionales, legales, doctrinales o jurisprudenciales que permitan sostener algo diferente. Por el contrario, estimamos que la solución propuesta es la que mejor se ajusta a los cánones jurídicos vigentes.

La primera razón que aparece con contundencia para sostener dicha conclusión, descansa en el hecho de que, como se puede apreciar, todos los puntos de partida de los elementos expuestos en este documento tienen como fundamento tanto a la ley vigente (i.e., la Ley 685 de 2001) como a los distintos pronunciamientos de orden jurisprudencial que se han erigido en la línea jurisprudencial que ha de observarse en materia de la fijación de los dineros que deben percibirse a título de compensación respecto de la explotación en las áreas correspondientes a RPP's. Si todos los puntos expuestos parten de tales bases, mal podría devenir en ilegal, inconstitucional o en ineficaz cualquier conclusión que se conciba a partir de dichos elementos.

El segundo elemento que permite sostener la adherencia de estos puntos al ordenamiento jurídico radica en el hecho de que, incluso yendo más allá de los elementos consultados, tampoco hemos advertido ninguna postura ni de la jurisprudencia ni de la doctrina ni mucho menos de la ley que permita o siembre alguna duda respecto de ello. No obstante, reconocemos que la cercanía de la concepción entre impuesto y regalía podría plantear algunas dudas, ellas se disipan al considerar que estos instrumentos, si bien tienen algún parecido, son distintos en el fondo. Veamos.

Como se sabe, la regalía es una **contraprestación** que percibe el Estado a cuenta de la explotación de un recurso natural no renovable. Es en el elemento de la contraprestación en el que descansa la diferencia fundamental entre ambos institutos, pues el impuesto carece de aquel, dado que este no responde a esa misma lógica. En otras palabras: la regalía surge como una contraprestación por una explotación específica, mientras que el impuesto se causa y se cobra sin reparar en si hubo contraprestación o beneficio por parte del particular.

Estando clara tal diferencia, no todos los principios que gobiernan a ambos institutos son del todo aplicables en forma distinta para ellos. Empero, al tratarse de ingresos del Estado, sí hay algunos de ellos que resultan uniformes para ambos, como es el caso de la progresividad entendida por oposición a la regresividad de las rentas que se pueden cobrar a los particulares.

Visto desde la óptica anterior, los ingresos del Estado, salvo en casos especialísimos, no pueden basarse en modelos regresivos, pues dados modelos tienden a impactar de manera negativa al particular. Es por ello que nuestro sistema tributario privilegia los modelos progresivos.



8

Si bien la regalía no está adscrita a las mismas ataduras de los impuestos, no por ello le resultan extraños algunos principios de estos. La Ley 685 de 2001 se refiere a un porcentaje progresivo, pero esa progresividad no se debe detener en el monto como tal, sino que debe consultar el principio de la progresividad, principio que, como se advierte, es el que sirve de base fundamental a la propuesta que acá se ha elaborado.

Por lo demás, exigir al instituto de las regalías que se ajuste a los mismos cánones de los impuestos no sería de recibo. Es por ello que la ley pudo señalar que el Gobierno era el llamado a fijar el valor de la regalía especial como compensación en el caso de los RPP, algo que sería impensable en materia de impuestos. Dado que la ley permite tal flexibilidad tanto para la regalía como para la compensación, y dado que, como hemos visto, la progresividad no solo la admite la propia ley sino que es un principio deseable incluso para el caso de las regalías, nada se opone a que se plantee la posibilidad de un modelo progresivo de percepción de compensación en las explotaciones de carbón que se hacen en áreas correspondientes a RPP's.

Como argumento adicional a estas reflexiones, y que también tiene relación con las similitudes entre las regalías y los impuestos, consideramos poner de manifiesto el hecho de que, como se explicó en alguno apartes de este documento, la regalía que se percibe en el caso de los RPP's obedece más a la lógica de una compensación por el hecho de ser el propietario del subsuelo, cuestión que, en alguna forma, se asemeja al caso del impuesto de la renta. Siendo admitido en el caso de tal impuesto un modelo de cobro que obedece a unos tramos de percepción de rentas, no pareciera descabellado ni aún extraño que en el caso de la compensación que pagarían los RPP's se aplicara un modelo similar, como el que se ha propuesto.

Finalmente debe considerarse que la propuesta anterior, demuestra que jurídica y técnicamente existen otras alternativas para la fijación de la regalía a títulos RPP las cuales no han sido consideradas por el Ministerio lo que, de suyo, evidencia se ha quedado sesgado el mapa de posibilidades que tenía el Ministerio para adoptar una medida regulatoria eficaz que lesione menos posible las libertades económicas afectadas. Es decir, ante el mapa de posibilidades que debiera haber estudiado el Ministerio para proponer un porcentaje de regalías, éste decidió adoptar una sola sin consideración a la existencia de otras medidas igualmente eficaces pero menos lesivas.

Ahora bien, con el fin de proporcionar al Ministerio algunos elementos adicionales que le pueden llevar a expedir un decreto reglamentario que se ajuste a las normas constitucionales y legales que deben disciplinar esta actuación, pasaremos a exponer algunos argumentos de origen axiológico, normativo y técnico que deben ser considerados en este caso particular.

1 DE LOS RECONOCIMIENTOS DE PROPIEDAD PRIVADA



Proponiéndonos agotar el tema establecido con anterioridad, estimamos necesario delinear en líneas generales y precisas lo concerniente al contenido y al alcance de la noción de reconocimiento de propiedad privada, a lo que procedemos a continuación.

1.1 Concepto.

No existe un concepto unívoco acerca de lo que es o entraña como tal el concepto de Reconocimiento de Propiedad Privada. Sin embargo, podemos delinearlo de una manera más o menos clara.

En esencia, el Reconocimiento de Propiedad Privada responde a la teoría de los derechos adquiridos, la que, a su turno, parte en alguna forma del principio de irretroactividad de las normas jurídicas.

El principio de la irretroactividad de las normas jurídicas señala que, como regla general, las normas deben operar hacia el futuro, por lo que una norma nueva no puede ni debe estar llamada a reglamentar situaciones del pasado. Esta regla (*que, como se ha dicho, es general*) admite puntualísimas excepciones.

No obstante, para el caso del derecho de propiedad el principio de irretroactividad de la ley emerge casi como postulado impertérrito. Es a partir de allí que se crea la tesis del respeto a los derechos adquiridos, cuestión que no es nueva en nuestro derecho, y que constituye casi un principio general del derecho. Conforme a ello, la legislación nueva (*en sentido amplio*) no puede desconocer los derechos consolidados o adquiridos con antelación a la vigencia de la norma.

En nuestro sistema jurídico, por diversas regulaciones que hundan sus raíces incluso desde las épocas coloniales, se permitió en su día que los particulares ejercieran el derecho de dominio sobre minas. Ellas fueron de especial trascendencia durante la época federal (*los Estados Unidos de Colombia*).

Sin pretender hacer un recuento histórico exhaustivo, lo cierto es que en el año de 1886 el país abandona el modelo federal, y se “reconstituyó” en forma de república unitaria, y el cénit de ese propósito se cumplió con la expedición de la Constitución Nacional de ese año. El Artículo 202 de esa Constitución, dispuso lo siguiente:

“Pertencen a la República de Colombia.

“1. Los bienes, rentas, fincas, valores, derechos y acciones que pertenecían a la Unión Colombiana en 15 de abril de 1886;

“2. Los baldíos, minas y salinas que pertenecían a los Estados, cuyo dominio recobra la Nación, sin perjuicio de los derechos constituidos a favor de terceros por dichos Estados, o a favor de éstos por la Nación a título de indemnización.”



8

“3. Las minas de oro, de plata, de platino y de piedras preciosas que existan en el territorio nacional, sin perjuicio de los derechos que por leyes anteriores hayan adquirido los descubridores y explotadores sobre algunas de ellas”.

(Hemos destacado).

A partir de allí, se aprecia que la Constitución Nacional reconoció la teoría de los derechos adquiridos, reconociendo que, en lo sucesivo, la propiedad de las minas sería recobrada por la Nación, salvo en el caso de los derechos de propiedad que se hubieran constituido sobre ellas con arreglo a las leyes preexistentes. La Constitución actual reconoció el mismo derecho (*como se verá*).

Dicho lo anterior, pudiera sostenerse que el reconocimiento de propiedad privada consiste en la constatación y en la aceptación por parte del Estado respecto del derecho de propiedad que un particular tiene sobre una parte determinada del subsuelo, siempre y cuando hubiere accedido a esa propiedad con arreglo a leyes preexistentes.

1.2 Reconocimiento constitucional.

La Constitución Política actual, expedida en julio de 1991, continuó por la línea que ya venía demarcando de tiempo atrás tanto la Constitución Nacional de 1886 como las leyes basadas en ella, entre las que se destaca, por ejemplo, la Ley 20 de 1969. En primer lugar, el Artículo 58 de la Constitución, enmarcado en los derechos sociales, económicos y culturales, confiere rango constitucional a la teoría de los derechos adquiridos. Señala la parte inicial de la norma:

“Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores”.

(Hemos resaltado).

Con posterioridad, en el capítulo correspondiente al Título XII de la Constitución Política, que contiene las normas del régimen económico y la hacienda pública, el Artículo 332 dispone lo siguiente:

“El Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes”.

(El énfasis es nuestro).

Nótese, entonces, que la propia Carta reconoce en forma expresa que si bien la propiedad del subsuelo por regla general le pertenece al Estado, esta supone algunas



excepciones, basadas en la preexistencia de derechos adquiridos con base en leyes así mismo anteriores. Ese reconocimiento de la propiedad privada permea así mismo a la legislación vigente hoy en la República, y se ve reflejado en la Ley 685 de 2001, que es el actual Código de Minas.

1.3 Trascendencia e importancia.

Si bien pudiera pensarse que el único efecto que tiene la existencia de estos reconocimientos de propiedad privada estriba de manera precisa en que, valga redundar, se reconoce a los particulares la propiedad excepcional sobre el subsuelo, ello sería reducir de manera significativa la importancia de esta institución.

En lo que nos concierne para este asunto, el hecho de la existencia de los reconocimientos de propiedad privada tiene varios efectos, unos constitucionales, unos legales, que intentaremos destacar a continuación.

- Al reconocerse el derecho de propiedad en cabeza de los particulares, ello los ubica en los deberes asociados a este derecho. Recuérdese que en el encaje constitucional colombiano, el derecho de propiedad no solo supone derechos, sino también precisos deberes. En forma señera, el Artículo 58 de la Constitución Política, establece:

“Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social. La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica. El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad. Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa-administrativa, incluso respecto del precio.

(Hemos destacado).

- Desde el punto de vista legal, la Ley 685 de 2001 adscribe al propietario el deber de conservar actividad constante sobre el bien objeto del reconocimiento. El Artículo 29 de la Ley en mención, dispone:

“Los derechos de propiedad de los particulares sobre el suelo y subsuelo mineros o sobre las minas que hubieren sido reconocidos y conservados en los



9

términos, condiciones y modalidades establecidas en la Ley 20 de 1969, el Decreto 2655 de 1988 y la Ley 97 de 1993, se considerarán extinguidos si los interesados suspenden la exploración o explotación por más de doce (12) meses continuos, sin causa justificada constitutiva de caso fortuito o fuerza mayor. La demostración de dicha causa deberá ser presentada por el interesado a requerimiento de la autoridad minera, en cualquier tiempo y en el plazo que ésta le señale.

“En todo caso la providencia que declare la extinción será motivada y contra ella procederá el recurso de reposición”.

(Hemos enfatizado).

- Y, para finalizar, la existencia del reconocimiento de propiedad privada supone el hecho diferenciador en la fijación de la regalía. Sea esta la oportunidad para traer por primera vez a estas líneas el Artículo 227 de la Ley 685 de 2001:

“De conformidad con los artículos 58, 332 y 360 de la Constitución Política, toda explotación de recursos naturales no renovables de propiedad estatal genera una regalía como contraprestación obligatoria. Esta consiste en un porcentaje, fijo o progresivo, del producto bruto explotado objeto del título minero y sus subproductos, calculado o medido al borde o en boca de mina, pagadero en dinero o en especie. También causará regalía la captación de minerales provenientes de medios o fuentes naturales que técnicamente se consideren minas.

“En el caso de propietarios privados del subsuelo, estos pagarán no menos del 0.4% del valor de la producción calculado o medido al borde o en boca de mina, pagadero en dinero o en especie. Estos recursos se recaudarán y distribuirán de conformidad con lo dispuesto en la Ley 141 de 1994. El Gobierno reglamentará lo pertinente a la materia”.

(Lo destacado es nuestro).

2 DE LAS REGALÍAS.

2.1.1 Concepto.

Las regalías, al involucrar un ingrediente jurídico y un ingrediente económico, admiten visiones complementarias desde esos dos ámbitos, esto es, el de la ciencia jurídica y el de la ciencia económica.

2.1.2 Desde lo jurídico.



Partiremos de las definiciones contenidas en las normas jurídicas aplicables. En primer lugar, la Constitución Política vigente señala lo siguiente en su Artículo 360:

“La explotación de un recurso natural no renovable causará, a favor del Estado, una contraprestación económica a título de regalía, sin perjuicio de cualquier otro derecho o compensación que se pacte. La ley determinará las condiciones para la explotación de los recursos naturales no renovables”.

Como se puede apreciar, allí se menciona el concepto y en alguna forma se le da un lineamiento, pero no mucho más. Esto nos lleva, por ende, a analizar la ley, debiendo entonces revisar lo señalado en el primer inciso del Artículo 227 de la Ley 685 de 2001:

“De conformidad con los artículos 58, 332 y 360 de la Constitución Política, toda explotación de recursos naturales no renovables de propiedad estatal genera una regalía como contraprestación obligatoria. Esta consiste en un porcentaje, fijo o progresivo, del producto bruto explotado objeto del título minero y sus subproductos, calculado o medido al borde o en boca de mina, pagadero en dinero o en especie. También causará regalía la captación de minerales provenientes de medios o fuentes naturales que técnicamente se consideren minas”.

Como se puede apreciar, el concepto de regalía nos va conduciendo por el camino de tener a ésta por una contraprestación. Otros sistemas jurídicos la ven de una manera similar, más no igual. Por ejemplo, en derecho anglosajón, el concepto de regalía mineral (*mineral royalty*) tiene la siguiente significación:

“El derecho a una parte del ingreso derivado de una producción mineral”⁹.

En el documento denominado “Actualización de la cartilla ‘Regalías en Colombia’”, editado por la Dirección de Regalías del Departamento Nacional de Planeación en dos mil siete (2007), se brinda esta definición:

“Contraprestación económica que recibe el Estado por la explotación de un recurso natural no renovable cuya producción se extingue por el transcurso del tiempo. Las regalías son un beneficio económico importante para el Estado y sus entidades territoriales”¹⁰.

⁹ BLACK'S LAW DICTIONARY. Novena Edición, página 1445. Traducción libre.

¹⁰ El documento se puede ver en la dirección web http://www.simco.gov.co/simco/documentos/Regalias/ACT_cartilla_regalias.pdf. El extracto que aquí incluimos corresponde a su página 11.



No está de más observar la doctrina sobre el punto. En la obra “Manual de Derecho Minero”, se expone el siguiente concepto:

“La regalía es la contraprestación económica que se paga a favor del Estado por la explotación de un recurso natural no renovable; pueden ser directas o indirectas: las regalías directas son aquellas cuyos beneficiarios son los entes territoriales productores del recurso y aquellos en los que se encuentren los puertos marítimos y fluviales por los que se transportan, sin que lleguen a fondos especiales, ni pasen por la Tesorería General de la Nación; las regalías indirectas son las que se distribuyen a través de fondos creados específicamente para esto, como el Fondo Nacional de Regalías, mientras duró su vigencia, hoy en día mediante los Fondos de Desarrollo Regional, de Compensación Regional, de Ciencia y Tecnología, así como el Fondo de Ahorro y Estabilización”¹¹.

De todo lo traído a cuenta hasta el momento, vemos que la noción que recorre en forma transversal al concepto de regalía se asienta en el punto de la **contraprestación**. Ninguna ley define lo que ello significa, por lo que, acudiendo al sentido gramatical de la palabra, tenemos que el Diccionario de la Real Academia Española le da este significado:

“Prestación que debe una parte contratante por razón de la que ha recibido o debe recibir de la otra”.

Para el caso, entonces, la contraprestación equivaldría al pago que el explotador debe reconocer al Estado, a cambio de la posibilidad que este le da o le concede de explotar el recurso natural no renovable.

2.2 Destinación de las regalías.

Como lo alcanzamos a plantear al referimos al concepto de regalía, esta no tiene un destino específico o concreto, o mejor, no hay un destino unívoco o inequívoco. Las regalías que se generan y que percibe el Estado no tienen un solo destino, sino que se aplican o se dirigen a diversas destinaciones.

Lo referente al destino de las regalías (*esto es, en qué se aplican los recursos que provienen de ellas*) ha sido materia de cambios drásticos en los últimos años. Sin pretender ser exhaustivos en el punto, las reformas respecto del sistema general de regalías se vienen dando con profundidad desde el año de dos mil once (2011). A continuación, haremos mención de las notas jurídicas principales respecto a este asunto.

¹¹ ORTIZ RODRÍGUEZ, ALEXA CATHERINE. *MANUAL DE DERECHO MINERO*. Universidad Externado de Colombia, 2014. Página 149.



La reforma constitucional de 2011

El Acto Legislativo 5 de 2011 reformó los Artículos 360 y 361 de la Constitución Política, que consagran lo referente a las regalías. Los mismos quedaron así:

Artículo 360:

“La explotación de un recurso natural no renovable causará, a favor del Estado, una contraprestación económica a título de regalía, sin perjuicio de cualquier otro derecho o compensación que se pacte. La ley determinará las condiciones para la explotación de los recursos naturales no renovables.

“Mediante otra ley, a iniciativa del Gobierno, la ley determinará la distribución, objetivos, fines, administración, ejecución, control, el uso eficiente y la destinación de los ingresos provenientes de la explotación de los recursos naturales no renovables precisando las condiciones de participación de sus beneficiarios. Este conjunto de ingresos, asignaciones, órganos, procedimientos y regulaciones constituye el Sistema General de Regalías”.

Artículo 361:

“Los ingresos del Sistema General de Regalías se destinarán al financiamiento de proyectos para el desarrollo social, económico y ambiental de las entidades territoriales; al ahorro para su pasivo pensional; para inversiones físicas en educación, para inversiones en ciencia, tecnología e innovación; para la generación de ahorro público; para la fiscalización de la exploración y explotación de los yacimientos y conocimiento y cartografía geológica del subsuelo; y para aumentar la competitividad general de la economía buscando mejorar las condiciones sociales de la población.

“Los departamentos, municipios y distritos en cuyo territorio se adelanten explotaciones de recursos naturales no renovables, así como los municipios y distritos con puertos marítimos y fluviales por donde se transporten dichos recursos o productos derivados de los mismos, tendrán derecho a participar en las regalías y compensaciones, así como a ejecutar directamente estos recursos.

“Para efectos de cumplir con los objetivos y fines del Sistema General de Regalías, créanse los Fondos de Ciencia, Tecnología e Innovación; de Desarrollo Regional; de Compensación Regional; y de Ahorro y Estabilización.

“Los ingresos del Sistema General de Regalías se distribuirán así: un porcentaje equivalente al 10% para el Fondo de Ciencia, Tecnología e Innovación; un 10% para ahorro pensional territorial, y hasta un 30% para el Fondo de Ahorro y Estabilización. Los recursos restantes se distribuirán en un porcentaje equivalente al 20% para las asignaciones directas de que trata el inciso 2o del



presente artículo, y un 80% para los Fondos de Compensación Regional, y de Desarrollo Regional. Del total de los recursos destinados a estos dos últimos Fondos, se destinará un porcentaje equivalente al 60% para el Fondo de Compensación Regional y un 40% para el Fondo de Desarrollo Regional.

“De los ingresos del Sistema General de Regalías, se destinará un porcentaje del 2% para fiscalización de la exploración y explotación de los yacimientos, y el conocimiento y cartografía geológica del subsuelo. Este porcentaje se descontará en forma proporcional del total de los ingresos del Sistema General de Regalías distribuidos en el inciso anterior. Las funciones aquí establecidas serán realizadas por el Ministerio de Minas y Energía o por la entidad a quien este delegue.

“La suma de los recursos correspondientes a las asignaciones directas de que trata el inciso 2o del presente artículo, y de los recursos del Fondo de Desarrollo Regional y del Fondo de Compensación Regional, crecerán anualmente a una tasa equivalente a la mitad de la tasa de crecimiento total de los ingresos del Sistema General de Regalías. La ley que regulará el sistema definirá un mecanismo para mitigar la disminución de los mencionados recursos, que se presente como consecuencia de una reducción drástica en los ingresos del Sistema General de Regalías.

“La diferencia entre el total de los ingresos del Sistema General de Regalías y los recursos destinados al ahorro pensional territorial, al Fondo de Ciencia, Tecnología e Innovación, al Fondo de Desarrollo Regional, al Fondo de Compensación Regional, así como a los que se refiere el inciso 2o del presente artículo se destinará al Fondo de Ahorro y Estabilización.

“Los Fondos de Ciencia, Tecnología e Innovación y de Desarrollo Regional tendrán como finalidad la financiación de proyectos regionales acordados entre las entidades territoriales y el Gobierno Nacional.

“Los recursos del Fondo de Compensación Regional se destinarán a la financiación de proyectos de impacto regional o local de desarrollo en las entidades territoriales más pobres del país, de acuerdo con criterios de Necesidades Básicas Insatisfechas (NBI), población y desempleo, y con prioridad en las zonas costeras, fronterizas y de periferia. La duración del Fondo de Compensación Regional será de treinta (30) años, contados a partir de la entrada en vigencia de la ley a la que se refiere el inciso 2o del artículo anterior. Transcurrido este periodo, estos recursos se destinarán al Fondo de Desarrollo Regional.

“Los recursos del Fondo de Ahorro y Estabilización, así como sus rendimientos, serán administrados por el Banco de la República en los términos que establezca el Gobierno Nacional. En los periodos de desahorro, la distribución



8

de estos recursos entre los demás componentes del Sistema se regirá por los criterios que defina la ley a la que se refiere el inciso 2o del artículo anterior.

“En caso de que los recursos destinados anualmente al Fondo de Ahorro y Estabilización excedan del treinta por ciento (30%) de los ingresos anuales del Sistema General de Regalías, tal excedente se distribuirá entre los demás componentes del Sistema, conforme a los términos y condiciones que defina la ley a la que se refiere el inciso 2o del artículo anterior.

“PARÁGRAFO 1o. Los recursos del Sistema General de Regalías no harán parte del Presupuesto General de la Nación, ni del Sistema General de Participaciones. El Sistema General de Regalías tendrá su propio sistema presupuestal que se regirá por las normas contenidas en la ley a que se refiere el inciso 2o del artículo anterior. En todo caso, el Congreso de la República expedirá bianualmente el presupuesto del Sistema General de Regalías.

“PARÁGRAFO 2o. La ejecución de los recursos correspondientes a las asignaciones directas de que trata el inciso 2o del presente artículo, así como de los recursos de los Fondos de Ciencia, Tecnología e Innovación; de Desarrollo Regional, y de Compensación Regional, se hará en concordancia con el Plan Nacional de Desarrollo y los planes de desarrollo de las entidades territoriales.

“Los proyectos prioritarios que se financiarán con estos recursos, serán definidos por órganos colegiados de administración y decisión, de conformidad con lo establecido en la ley que regule el Sistema General de Regalías. Para el caso de los departamentos a los que se refiere el inciso 2o del presente artículo, los órganos colegiados de administración y decisión estarán integrados por dos (2) Ministros o sus delegados, el gobernador respectivo o su delegado, y un número representativo de alcaldes. La ley que regule el Sistema General de Regalías podrá crear comités de carácter consultivo para los órganos colegiados de administración y decisión, con participación de la sociedad civil. En cuanto a los municipios y/o distritos a los que se refiere el inciso 2o del presente artículo, los órganos colegiados de administración y decisión estarán conformados por un delegado del Gobierno Nacional, el gobernador o su delegado y el alcalde.

“Los programas y/o proyectos en ciencia tecnología e innovación de los departamentos, municipios y distritos que se financiarán con los recursos del Fondo de Ciencia, Tecnología e Innovación, se definirán por un órgano colegiado de administración y decisión, en el cual tendrán asiento el Gobierno Nacional, representado por tres (3) Ministros o sus delegados, un (1) representante del Organismo Nacional de Planeación y un (1) representante del Organismo Nacional encargado del manejo de la política pública de ciencia y tecnología e innovación, quien además ejercerá la Secretaría Técnica, un (1) Gobernador por cada una de las instancias de planeación regional a que se



8

refiere el inciso siguiente del presente artículo; cuatro (4) representantes de las universidades públicas y dos (2) representantes de universidades privadas. Así mismo, los recursos de este Fondo de Ciencia, Tecnología e Innovación, se distribuirán en la misma proporción en que se distribuyan a los departamentos, los recursos de los Fondos de Compensación Regional y de Desarrollo Regional. En ningún caso los recursos de este fondo podrán financiar gasto corriente.

“Los proyectos de impacto regional de los departamentos, municipios y distritos que se financiarán con los recursos de los Fondos de Desarrollo y Compensación Regional se definirán a través de ejercicios de planeación regional por órganos colegiados de administración y decisión donde tengan asiento cuatro (4) Ministros o sus delegados y un (1) representante del Organismo Nacional de Planeación, los gobernadores respectivos o sus delegados y un número representativo de alcaldes.

“La ley que regule el Sistema General de Regalías, podrá crear comités de carácter consultivo para los órganos colegiados de administración y decisión con participación de la sociedad civil.

“En todo caso, la representación de las entidades territoriales en los órganos colegiados será mayoritaria, en relación con la del Gobierno Nacional.

“PARÁGRAFO 3o. Créase el Sistema de Monitoreo, Seguimiento, Control y Evaluación de las Regalías, cuyo objeto será velar por el uso eficiente y eficaz de los recursos del Sistema General de Regalías, fortaleciendo la transparencia, la participación ciudadana y el Buen Gobierno.

“La ley a la que se refiere el inciso 2o del artículo anterior, definirá su funcionamiento y el procedimiento para la imposición de medidas preventivas, correctivas y sancionatorias por el inadecuado uso de los recursos del Sistema General de Regalías. Dentro de estas medidas podrán aplicarse a los Departamentos, Municipios y/o Distritos y demás ejecutores la suspensión de giros, cancelación de proyectos y/o el reintegro de recursos.

“La ley a la que se refiere el inciso 2o del artículo anterior definirá, igualmente, el porcentaje anual de los recursos de Sistema General de Regalías destinado a su funcionamiento y al del Sistema de Monitoreo, Seguimiento, Control y Evaluación de las Regalías. Este porcentaje se descontará en forma proporcional del total de los ingresos del Sistema General de Regalías distribuidos en el inciso cuarto del presente artículo.

“PARÁGRAFO 1o. TRANSITORIO. Suprimase el Fondo Nacional de Regalías a partir de la fecha que determine la ley a la que se refiere el inciso 2o del artículo anterior. El Gobierno Nacional designará al liquidador y definirá el



8

procedimiento y el plazo para la liquidación. Los recursos no comprometidos que posea el Fondo Nacional de Regalías a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, se destinarán prioritariamente a la reconstrucción de la infraestructura vial del país y a la recuperación ambiental de las zonas afectadas por la emergencia invernal de 2010-2011.

“PARÁGRAFO 2o. TRANSITORIO. Respecto de los recursos que se destinarán a las asignaciones directas de que trata el inciso 2o del presente artículo y a los Fondos de Compensación Regional, y de Desarrollo Regional, su distribución durante los tres primeros años será así: durante el primer año corresponderá a un porcentaje equivalente al 50% para las asignaciones directas de que trata el inciso 2o del presente artículo y un 50% para los fondos enunciados en este parágrafo; de la misma forma, durante el segundo año se destinará un porcentaje equivalente al 35% y al 65% respectivamente; y durante el tercer año se destinará un porcentaje equivalente al 25% y el 75%, respectivamente.

“En el evento en que durante el periodo comprendido entre los años 2012 y 2014, las asignaciones directas de que trata el inciso 2o del presente artículo, sean inferiores al 50% del promedio anual, en pesos constantes de 2010, de las asignaciones directas causadas menos descuentos de ley entre los años 2007 y 2010; y durante el periodo comprendido entre los años 2015 y 2020, sean inferiores al 40% del promedio anual, en pesos constantes de 2010, de las asignaciones directas causadas menos descuentos de ley entre los años 2007 y 2010; el departamento, municipio o distrito, podrá utilizar los recursos de la asignación del departamento respectivo en el Fondo de Desarrollo Regional, hasta alcanzar dicho porcentaje o hasta agotar los recursos del departamento en el mencionado Fondo, lo que ocurra primero.

“PARÁGRAFO 3o. TRANSITORIO. En el primer año de operación del Sistema General de Regalías, se destinará un veinticinco por ciento (25%) de sus recursos al Fondo de Ahorro y Estabilización.

“Durante el periodo 2012-2014, una quinta parte de los recursos anuales del Fondo de Ahorro y Estabilización se destinará a las asignaciones directas de que trata el inciso 2o del presente artículo.

“PARÁGRAFO 4o. TRANSITORIO. El Gobierno Nacional contará con un término de tres (3) meses contados a partir de la fecha de promulgación del presente acto legislativo, para radicar ante el Congreso de la República el proyecto de ley a la que se refiere el inciso 2o del artículo anterior, que ajuste el régimen de regalías al nuevo marco constitucional.

“Una vez radicado el proyecto de ley a que se refiere el inciso anterior, el Congreso de la República contará con un término que no podrá exceder de nueve (9) meses para su aprobación. Si vencido este término no se ha expedido



9

la ley por parte del Congreso, se faculta por un (1) mes al Presidente de la República para expedir decretos con fuerza de ley para regular la materia.

“PARÁGRAFO 5o. TRANSITORIO. El Sistema General de regalías regirá a partir de 1o de enero de 2012. Si para esta fecha no ha entrado en vigencia la ley de que trata el inciso 2o del artículo anterior, el Gobierno Nacional garantizará la operación del Sistema mediante decretos transitorios con fuerza de ley, que expedirá a más tardar el 31 de diciembre de 2011.

“PARÁGRAFO 6o. TRANSITORIO. Para asegurar la ejecución de los recursos en la vigencia 2012, el Gobierno Nacional expedirá el presupuesto del Sistema General de Regalías para la citada vigencia fiscal, mediante un decreto con fuerza de ley”.

Teniendo en cuenta la materia de este informe, creemos que la primera y necesaria pregunta que surge es la siguiente: ¿Podría considerarse que estas reformas en alguna forma afectaron al régimen de regalías aplicables a los reconocimientos de propiedad privada? Al respecto, opina la doctrina:

“El Acto Legislativo 05 de 2011 no contiene ninguna disposición con respecto al porcentaje que deben pagar los propietarios privados del subsuelo, razón por la cual el inc. 2 del art. 227 de la Ley 685 de 2001 se considera aplicable actualmente, por ser compatible con el nuevo SGR”^{12,13}

Despejado lo anterior, no por ello debemos dejar de analizar los ingredientes principales del sistema, pues, para efectos de lo que se dirá en puntos posteriores, es necesario tener claro el destino de los dineros que recaude el Estado a título de regalías.

En general, lo primero que hay que decir es que los dineros recaudados a título de regalías no hacen parte del presupuesto general de la Nación. Así lo explica el expositor Juan Camilo Restrepo:

“Como puede verse, la propia Constitución ha señalado dos importantes principios presupuestales: primero, que el presupuesto que rige todo lo concerniente a las regalías es diferente del presupuesto general de la nación y del Sistema General de Participaciones. Y segundo, que el presupuesto que regulará todo lo concerniente al ciclo de las regalías se expedirá bianualmente, o sea, con una secuencia diferente a como suceden las cosas con el presupuesto general de la nación que, como es sabido, se expide para vigencias anuales.

¹² SGR: Sistema General de Regalías.

¹³ ORTIZ RODRÍGUEZ. Op. Cit., Página 154.



“Debe recordarse que un principio general de la presupuestación (...) era el de la unidad. Es decir, que todos los ingresos y todos los gastos de la nación a nivel central se compendaban en un solo documento: como estimativos los ingresos y como autorizaciones de gasto los segundos, conformando ambos el presupuesto general de la nación.

“Con el nacimiento del presupuesto del Sistema General de Regalías, este principio se ha bifurcado: existe de una parte el presupuesto general de la nación con vigencia anual, y de otra, el presupuesto del Sistema General de Regalías, con vigencia bianual”¹⁴.

De lo anterior, es dable suponer que los recursos que llegan al Estado por esta vía (*la de las regalías*) tienen propósitos distintos a los del presupuesto nacional. Tienen, entonces, un destino especial, y se gobiernan de una manera diferente y, si se quiere decir así, paralela. De una forma más explícita, la Constitución, en su artículo 361, merced a la reforma de su artículo 361, estableció el destino general de estos dineros, así:

- Las denominadas como asignaciones directas, que se destinan a las entidades territoriales en las que tiene lugar la actividad gravada con la tarifa.
- Las asignaciones indirectas, que se destinan a la Nación, quien, a su turno, las debe distribuir entre los siguientes rubros:
 - o Desarrollo social económico y ambiental de las entidades territoriales.
 - o Ahorro para el pasivo pensional de las entidades territoriales.
 - o Inversión física en educación.
 - o Inversión en ciencia, tecnología e innovación.
 - o Generación de ahorro público.
 - o Fiscalización de la exploración y explotación de yacimientos.
 - o Conocimiento y cartografía geológica del subsuelo.
 - o Aumento de la competitividad general de la economía buscando mejorar las condiciones sociales de la población.

Todos esos objetivos, así como la destinación específica de los dineros percibidos a título de regalía quedaron explícitos en la Ley 1530 de 2012, a la que nos vamos a referir en el siguiente aparte.

Ley 1530 de 2012

Esta ley, “*Por la cual se regula la organización y el funcionamiento del Sistema General de Regalías*”, busca llevar al plano normativo legal las cuestiones que quedaron

¹⁴ RESTREPO SALAZAR, JUAN CAMILO. *DERECHO PRESUPUESTAL COLOMBIANO*. Editorial Legis, Segunda Edición, 2014. Páginas 447 y 448.



incluidas en los Artículos 360 y 361 de la Constitución Política de Colombia. Se trata, entonces, de una ley llamada a reglamentar la Constitución en esos precisos puntos.

El marco general de la forma en que se distribuyen las regalías entre las diferentes entidades territoriales viene señalado en el Artículo 18 de esta Ley, que establece lo siguiente:

“Se entiende por distribución la aplicación de los porcentajes señalados en la Constitución Política y en esta ley para cada una de las destinaciones del Sistema General de Regalías. El Gobierno Nacional establecerá los procedimientos para garantizar la distribución conforme a la normatividad aplicable.

“PARÁGRAFO PRIMERO. De acuerdo con lo dispuesto por el inciso 2o del artículo 361 de la Constitución Política, las asignaciones de las regalías distribuidas al Fondo Nacional de Regalías, derivadas de la explotación de cada uno de los recursos naturales no renovables a que hacen referencia los artículos 31 al 37 y el 39 de la Ley 141 de 1994, se sumarán de manera proporcional a las distribuidas a los respectivos departamentos y Municipios productores enunciados en cada uno de los artículos referidos.

“En el caso de las distribuciones de que trata el artículo 35 de la Ley 141 de 1994, las asignaciones de las regalías distribuidas al Fondo Nacional de Regalías se repartirán de manera igualitaria entre los departamentos productores beneficiarios.

“PARÁGRAFO SEGUNDO. De acuerdo con lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 361 de la Constitución Política, las asignaciones de las regalías y compensaciones a que hacen referencia los artículos 38 y 46 de la Ley 141 de 1994, serán distribuidas en un 100% a los municipios o distritos productores.

“PARÁGRAFO TERCERO. De acuerdo con lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 361 de la Constitución Política, las asignaciones de las compensaciones distribuidas a las entidades liquidadas o en proceso de liquidación, a las empresas industriales o comerciales del Estado o quienes hagan sus veces, al Fondo de Fomento al Carbón y al Fondo de Inversión Regional (FIR), derivadas de la explotación de cada uno de los recursos naturales no renovables a que hacen referencia los artículos 16 parágrafo 5; 40 al 45 y 47 al 48 de la Ley 141 de 1994, se sumarán de manera proporcional a las distribuidas a los respectivos departamentos y municipios productores enunciados en cada uno de los artículos referidos.

“En el caso de las distribuciones de que trata el artículo 43 de la Ley 141 de 1994, las asignaciones de las compensaciones distribuidas al Fondo Nacional



de Regalías se repartirán de manera igualitaria entre los departamentos productores beneficiarios.

En cuanto a la distribución de los dineros, el artículo 20 de la ley señala:

“Los recursos del Sistema General de Regalías se administrarán a través de un sistema de manejo de cuentas, el cual estará conformado por los siguientes fondos, beneficiarios y conceptos de gasto de acuerdo con los porcentajes definidos por el artículo 361 de la Constitución Política y la presente ley:

“1. Fondo de Ahorro y Estabilización.

“2. Departamentos, municipios y distritos en cuyo territorio se adelanten explotaciones de recursos naturales no renovables, así como los municipios y distritos con puertos marítimos y fluviales por donde se transporten dichos recursos o productos derivados de los mismos.

“3. Ahorro Pensional de las Entidades Territoriales.

“4. Fondo de Ciencia, Tecnología e Innovación.

“5. Fondo de Desarrollo Regional.

“6. Fondo de Compensación Regional.

“7. Fiscalización de la exploración y explotación de los yacimientos, y el conocimiento y cartografía geológica del subsuelo.

“8. Funcionamiento del Sistema de Monitoreo, Seguimiento, Control y Evaluación del Sistema General de Regalías.

“9. Funcionamiento del Sistema General de Regalías”.

Como apuntábamos, los dineros obtenidos a título de regalía se asignan de forma directa y de forma indirecta. Las primeras se destinan a los territorios en los que tiene lugar la labor extractiva, o a los sitios en los que principia, discurre y culmina el transporte del producto de la extracción; las segundas buscan ser distribuidas en forma equitativa entre todas las entidades territoriales.

Iniciando por las primeras, el Artículo 39 de la ley establece lo siguiente:

“Las entidades territoriales de que trata el inciso segundo del artículo 361 de la Constitución Política recibirán asignaciones directas en virtud del derecho a participar en las regalías y compensaciones previsto en dicha norma, sin perjuicio de su derecho a participar de los recursos de los fondos del sistema. Las Corporaciones Autónomas Regionales recibirán las compensaciones en los



términos establecidos en los artículos 40, 41, 46, 47 y 48 de La Ley 141 de 1994”

A su turno, el Artículo 40 de la Ley 1530 de 2012 (*que responde a lo establecido en el inciso segundo del Artículo 361 constitucional*), dispone:

“Los recursos de las asignaciones directas de que tratan el inciso segundo del artículo 361 de la Constitución Política y el artículo 21 de la presente ley, se destinarán a la financiación o cofinanciación de proyectos de inversión para el desarrollo social, económico y ambiental de las entidades territoriales.

“Para la destinación de estos recursos, las entidades beneficiarias se sujetarán a su régimen de competencias vigente, y aplicarán los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad con el fin de evitar la duplicidad de inversiones entre los niveles de Gobierno.

“Con los recursos de regalías y compensaciones no se financiarán gastos de funcionamiento, ni programas de reestructuración de pasivos o de saneamiento fiscal y financiero.

“Los recursos a que hace referencia el presente artículo solamente podrán ser objeto de pignoración o servir de fuente de pago para operaciones de crédito público adquiridas por las entidades territoriales, cuando se trate de proyectos de inversión aprobados por los Organos Colegiados de Administración y Decisión, según las reglas y condiciones que establezcan las normas vigentes.

“En todo caso, los municipios con ingresos de asignaciones directas superiores a 2.000 smimv recibidos el año inmediatamente anterior, donde se encuentren asentadas comunidades indígenas y comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palanqueras debidamente acreditadas por la autoridad competente, destinarán al menos el 3% de estos recursos para proyectos de inversión con enfoque diferencial en esa población. Así mismo, los departamentos con ingresos de asignaciones directas superiores a 2.000 smimv recibidos el año inmediatamente anterior, destinarán al menos el 1% de estos recursos para proyectos de inversión con enfoque diferencial en las comunidades indígenas y comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palanqueras, debidamente acreditadas por la autoridad competente, que se encuentren asentadas en aquellos municipios no beneficiarios de asignaciones directas o con ingresos menores a los que se refiere este inciso”.

(Hemos resaltado).

Hemos destacado a propósito los textos en negrilla, con el preciso fin de llamar la atención respecto de la aplicación de los recursos. Nótese, entonces, que el destino de



9

los dineros persigue no solo fines sociales y ambientales, sino también económicos y de crédito público, esto último para el caso de los proyectos de inversión.

Con el fin de dar una perspectiva un poco más clara acerca de la distribución que se hace de los dineros que hacen parte del Sistema General de Regalías, incluiremos las ilustraciones contenidas en dos obras: la del profesor Juan Camilo Restrepo, y la de la expositora Alexa Ortiz Rodriguez.



* Las tasas de producción y los fondos de CR y DR dependen de la tasa de producción del SGR la fórmula se deriva al Fondo de Ahorro
** E.T. productoras se incrementará como mínimo el promedio 2007-2010
* 2012 - 2014: 50%
* 2015 - 2016: 15%
Es el evento de que la asignación directa sea inferior a esta proporción los recursos se trasladan al FGR.
Fuente: Departamento Nacional de Planeación

(Figura 1: Esquema de Juan Camilo Restrepo12).

12 Op. Cit., página 440.





9

FIGURA 14. DISTRIBUCIÓN DE RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE REGALÍAS



(Figura 2: Esquema de Alexa Ortiz¹⁵)

¹⁵ Op. Cit., página 180.





3 TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LA REGALÍA ASOCIADA A LOS RECONOCIMIENTOS DE PROPIEDAD PRIVADA

Como hemos explicado antes, el tema de la regalía que debe percibir el Estado respecto de las explotaciones que se hacen en el subsuelo de propiedad particular, bajo el esquema de reconocimiento de propiedad privada, no ha estado exento de polémica.

En la actualidad, el artículo 227 de la Ley 685 de 2001 dispone lo siguiente:

“De conformidad con los artículos 58, 332 y 360 de la Constitución Política, toda explotación de recursos naturales no renovables de propiedad estatal genera una regalía como contraprestación obligatoria. Esta consiste en un porcentaje, fijo o progresivo, del producto bruto explotado objeto del título minero y sus subproductos, calculado o medido al borde o en boca de mina, pagadero en dinero o en especie. También causará regalía la captación de minerales provenientes de medios o fuentes naturales que técnicamente se consideren minas.

“En el caso de propietarios privados del subsuelo, estos pagarán no menos del 0.4% del valor de la producción calculado o medido al borde o en boca de mina, pagadero en dinero o en especie. Estos recursos se recaudarán y distribuirán de conformidad con lo dispuesto en la Ley 141 de 1994. El Gobierno reglamentará lo pertinente a la materia”.

De la existencia de esta norma se han derivado dos situaciones que han sido analizadas por la jurisprudencia, siendo ellas:

- La constitucionalidad de este trato diferencial.
- Los requisitos que deben tenerse en cuenta para la reglamentación de esta disposición, sobre todo, en lo concerniente al valor que debe fijarse como tarifa.

Del primer punto se ocupó la Corte Constitucional, en su sentencia C-669 de 2002. En cuanto a lo segundo, como lo advertimos en la introducción, desde la expedición de la ley las diferentes administraciones han intentado reglamentar la norma, sin contar con éxito al momento de afrontar el examen de legalidad propio de la acción objetiva de nulidad ante el Consejo de Estado. En este capítulo analizaremos el contenido de estos pronunciamientos, lo que nos permitirá darle fundamento a las conclusiones y recomendaciones que se formularán en la parte final de este estudio.

3.1 La posición de la Corte Constitucional.

Como lo dijimos con anterioridad, el Artículo 27 de la Ley 685 de 2001 fue objeto de una acción de inconstitucionalidad, la que fue decidida por la Corte Constitucional en la sentencia C-669 de 2002, con ponencia del Magistrado Dr. Álvaro Tafur Galvis. A



9

continuación, presentaremos el análisis que hemos llevado a cabo, a partir del texto de la sentencia.

El problema jurídico

El problema jurídico que buscó resolver la Corte Constitucional, de cara a la constitucionalidad del artículo 227 de la Ley 685 de 2001, giraba en torno a si dicha disposición vulnera el principio de unidad de materia¹⁷, así como si la expresión “*de propiedad estatal*”, contenida en el artículo 227, se ajusta a la Constitución, y si se vulnera el principio de igualdad con la forma en que se regulan las obligaciones de los propietarios privados del subsuelo, consagradas en el inciso final del artículo 227 acusado.

Puntos Relevantes

Frente a la presunta violación al principio de unidad de materia.

Frente al caso concreto, encuentra la Corte que los preceptos acusados en nada contravienen el principio de unidad de materia, toda vez que existe una clara relación teleológica y sistemática entre el objeto de la ley y el artículo 227 de la Ley 685 de 2001, sobre todo al tener en cuenta que la ley 685 de 2001 tiene como objeto la regulación de las relaciones jurídicas del Estado con los particulares y las de estos entre sí, por causa de los trabajos y obras de la industria minera en sus fases de prospección, exploración, construcción y montaje, explotación, beneficio, transformación, transporte y promoción de los minerales que se encuentren en el suelo o el subsuelo, ya sean de propiedad nacional o de propiedad privada.

Señala la Corte que los artículos 227 y 228 se ocupan de fijar las reglas generales concernientes a las regalías que se causan por la explotación de los recursos mineros, así como a la situación particular de los propietarios privados del subsuelo, es claro que el contenido de dichos artículos se enmarca dentro de los objetivos fijados en la norma y son instrumentos para su desarrollo.

Frente a la constitucionalidad de la naturaleza y alcance de las obligaciones de los propietarios privados del subsuelo

La jurisprudencia en el caso de los propietarios privados del subsuelo ha afirmado la posibilidad de establecer el pago de impuestos por la explotación de los recursos naturales no renovables que les pertenezcan.

¹⁷ Principio que, en esencia, supone que una ley debe tener un fin o un propósito determinado, aplicable a una materia en particular, sin que le sea permitido al legislador dictar una ley que aborde distintas materias de manera inconexa. En otras palabras, las leyes deben ceñirse a una sola materia, y no a varias, a no ser que las varias materias de la ley en particular estén unidas por un mismo hilo conductor.



8

El artículo 360 superior no hace distinción alguna en relación con la propiedad de los recursos naturales no renovables a que alude y que de su texto se desprende que la explotación de todo recurso natural no renovable causará a favor del Estado una contraprestación económica a título de regalía, sin perjuicio de cualquier otro derecho o compensación que se pacte.

Señala la Corte que la regla general es que el Estado es el propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de la propiedad privada minera que reconoce el ordenamiento jurídico en los artículos 332 y 58 de la Constitución Política. En tal sentido, la Corte ha manifestado que “La propiedad inmueble se desmembra en propiedad superficial y en subsuelo; al Estado pertenece éste último, así como los recursos no renovables, se encuentren en la superficie o en el subsuelo. Se consagra en favor del Estado una reserva expresa sobre los recursos no renovables, dominio público éste que se configura sin perjuicio de la propiedad privada minera constituida en virtud de derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a leyes preexistentes”.

El artículo 360 de la Constitución debe analizarse a la luz del artículo 332, que sustenta el régimen excepcional de propiedad privada del subsuelo basado en la existencia de derechos adquiridos y perfeccionados conforme a leyes preexistentes. Así, señala la Corte que el reconocimiento de dicha propiedad privada no enerva las potestades estatales de regular la explotación de esos recursos y de exigir el pago de regalías por dicha explotación.

Señala la Corte que las condiciones en que el Legislador podrá establecer dicho pago **no tienen por qué ser las mismas que se establecen de manera general, pues habrá de considerarse que en este caso por excepción, el Estado no es el propietario del subsuelo ni de los recursos no renovables sobre cuya explotación recae la regalía.**

“no se trata de exigir el pago de una regalía como contraprestación obligatoria que corresponde al Estado como propietario del recurso natural no renovable, sino que dicha regalía se exige en los términos del artículo 360 constitucional por el hecho de la explotación misma del recurso no renovable, en consonancia con la función social de la propiedad a la que es inherente una función ecológica (art. 58 C.P.), la cual, en el caso de los recursos mineros de propiedad privada tiene una particular relevancia”.

Hace claridad la Corte en que las condiciones de la explotación de los recursos no renovables ocasionan consecuencias de orden ambiental y social, incluida la extinción misma del recurso, en el territorio donde se despliega la labor extractiva, **que deben ser compensadas por los particulares que explotan dichos recursos.**

Es al Legislador a quien le corresponde determinar el monto de dichas regalías de acuerdo con **criterios objetivos** tales como:

- Las **condiciones** de explotación de los mismos



9

- Los **costos** en que el propietario de los recursos incurre
- El **deterioro ambiental** que dicha explotación genere
- El **impacto social** que la misma produzca,
- La **carga tributaria** que sobre la misma explotación exista, entre otras consideraciones.

En las sentencias C-221/97 y C-987/99, la Corte había establecido que “la explotación de las minas de propiedad privada, que pueden existir en nuestro ordenamiento no implica obligatoriamente una regalía en favor del Estado, por cuanto el Estado no es propietario de tales recursos, por lo cual bien puede la ley sujetarla a contribuciones tributarias”, no obstante lo cual la Corte precisa:

- Que regalía y tributos bien pueden coexistir en este campo.
- Que será el Legislador, quien debe establecer o no junto con la regalía, que siempre deberá cobrarse, cargas tributarias sobre la misma explotación.

La expresión “*de propiedad estatal*” contenida en el primer inciso del artículo 227 de la Ley 685 de 2001 atiende a la necesaria diferencia que debe establecerse entre la propiedad estatal y la propiedad privada del subsuelo, recordando que en ambos regímenes existe la obligación de pagar regalías al Estado por concepto de la explotación de los recursos naturales no renovables.

El legislador, así, atribuyó al Gobierno Nacional la reglamentación en torno a la determinación del monto, recaudo y distribución de las regalías que debe pagar los propietarios privados del subsuelo por la explotación de los recursos naturales no renovables.

El Legislador sólo estableció un tope mínimo de pago por concepto de regalías para este tipo de recursos equivalente al 0.4% del valor de la producción calculado o medido al borde o en boca de mina pagadero en dinero o en especie, cobro que no puede reducirse en todos los casos a dicho porcentaje mínimo, pues ello implicaría no solo el cobro de un monto bastante menor por concepto de regalías que el que se cobra en el caso de la explotación de los recursos naturales no renovables de propiedad estatal, sino que se **desconocería el fundamento mismo del cobro de regalías por la explotación de los recursos naturales no renovables.**

Se trata de una regalía a favor del Estado que debe compensar para la sociedad los efectos de la explotación de los recursos naturales no renovables, **compensación que puede no ser uniforme, pues dependerá de las condiciones mismas de explotación**



8

de cada recurso el que se generen en mayor o menor medida efectos ambientales y sociales que deban ser compensados.

Le corresponde al Gobierno establecer **para cada tipo de recurso** el monto de las regalías que paguen los propietarios privados por este concepto, tomando como referentes el porcentaje mínimo de 0.4% a que alude la norma y como necesario porcentaje máximo los previstos por la Ley en materia de regalías que se pagan en relación con los recursos de propiedad del Estado para cada especie de recursos, teniendo en cuenta criterios objetivos y parámetros razonables y proporcionales, **dentro de los que se destacan los costos ambientales y el beneficio social que genere la explotación de cada uno de esos recursos.**

En la realización del juicio de igualdad es necesario establecer, **cuáles son las situaciones o supuestos que deben ser objeto de comparación**, desde el punto de vista objetivo o material y funcional, **atendiendo todos los aspectos que sean relevantes en las respectivas relaciones o circunstancias**, con el fin de determinar **qué es lo igual que merece un trato igual y qué es lo divergente que exige, por consiguiente, un trato diferenciado.**

“Cuando se trata de materias cuya regulación se encuentra plenamente librada al principio democrático (C.P., artículo 150), esta Corporación ha considerado que (...) sólo debe verificarse que el trato diferenciado bajo análisis resulta adecuado para conseguir una finalidad permitida por la Constitución Política[48]. Dado que esta modalidad del juicio de igualdad se aplica sobre ámbitos donde el legislador goza de una amplia libertad de configuración política, el grado de intensidad del escrutinio que lleva a cabo el juez constitucional no puede ser de tal magnitud que termine por sustituir la función que le corresponde desarrollar al Congreso como representante de la voluntad popular.”

Conclusiones y puntos a incluir en el estudio:

Como se ha podido ver, la Corte es explícita en señalar que la fijación de la tarifa de regalía a percibir en el caso de la explotación que se hace en subsuelo privado debe responder a unos criterios, los que, a su vez, deben quedar contenidos en un estudio pormenorizado que analice cada explotación en particular.

Para efectos de señalar qué cuestiones deben analizarse en el estudio, debemos resaltar:

1. Que la Corte ha manifestado que las condiciones en que debe establecerse el monto de la Regalía por RPP, *“no serán necesariamente las mismas que se establecen de manera general”*.



9

2. Que en este caso hay una situación excepcional, pues el Estado no es el propietario del subsuelo ni de los recursos no renovables sobre cuya explotación recae la regalía.
3. Que la expresión “*de propiedad estatal*” contenida en el artículo 227 de la Ley 685 de 2001 atiende a la diferencia que debe establecerse siempre entre la propiedad estatal y la propiedad privada del subsuelo.
4. Que la regalía a favor del Estado debe compensar para la sociedad los efectos de la explotación de los recursos naturales no renovables, compensación que puede no ser uniforme.
5. Que por ende deben analizarse las condiciones de explotación de cada recurso que generen en mayor o menor medida efectos ambientales y sociales que deban ser compensados, anotando que le corresponde al Gobierno establecer **para cada tipo de recurso** el monto de las regalías que paguen los propietarios privados por este concepto, teniendo en cuenta criterios objetivos y parámetros razonables y proporcionales, **dentro de los que se destacan:**
 - Las condiciones de explotación de los mismos.
 - Los costos en que el propietario de los recursos incurre.
 - El deterioro ambiental que dicha explotación genere.
 - El impacto social que la misma produzca.
 - La carga tributaria que sobre la misma explotación exista, entre otras consideraciones.
6. Que la compensación no es *per se* uniforme, pues dependerá de las condiciones mismas de explotación de cada recurso el que se generen en mayor o menor medida efectos ambientales y sociales que deban ser compensados, y no estén siendo compensados por la misma explotación o por otras vías, como las dispuestas en la legislación ambiental aplicable. Ello, pues no podrían compensarse dos veces los mismos efectos.

Dicho lo anterior, el estudio a realizarse debe contener, según los parámetros de la sentencia C-669 de 2002, lo siguiente:

1. Un análisis pormenorizado de cada una de las explotaciones de carbón sobre subsuelos privados, que genere en mayor o menor medida efectos ambientales y sociales que deban ser compensados (*teniendo en cuenta, en todo caso, que tales efectos no se presumen, sino que tienen que demostrarse*), en el que se perciba un examen detallado de los siguientes criterios:



- a. Las condiciones en que se adelanta la explotación de los recursos naturales no renovables.
 - b. Los costos en que incurre **el propietario** de los recursos, de cada una de las explotaciones de carbón sobre subsuelos privados, teniendo en cuenta que la propiedad inmueble se desmembra en propiedad superficiaria y en subsuelo.
 - c. Los impactos ambientales que genere cada una de las explotaciones de carbón sobre subsuelos privados, que no hubieren sido compensados por otro medio legal.
 - d. El impacto social que genere cada una de las explotaciones de carbón sobre subsuelos privados, teniendo en cuenta, como se dijo antes, que el impacto no se puede presumir, sino que debe demostrarse, y tomando en consideración si el posible impacto no se ha compensado o mitigado por otra vía.
 - e. La carga tributaria que recae sobre la actividad de la explotación de carbón sobre subsuelos privados.
 - f. La carga tributaria que recae sobre los propietarios de los inmuebles (*propiedad superficiaria y en subsuelo*), respecto de los cuales se realiza una explotación de carbón.
2. Una estimación de los costos de adquisición y conservación de los subsuelos privados, teniendo en cuenta que la propiedad inmueble se desmembra en propiedad superficiaria y en subsuelo.
 3. Un examen detallado sobre la destinación de la regalía que genera la explotación de los recursos naturales no renovables en subsuelos estatales, con el fin de establecer la finalidad o destinación de tal cobro.

3.2 La posición del Consejo de Estado.

Como lo señalamos en puntos anteriores, el deber del Gobierno Nacional, frente a lo señalado por el Artículo 227, es reglamentar el inciso segundo de esta disposición, a fin de establecer el porcentaje que, a título de regalía, habrá de pagarse al Estado por parte de los propietarios privados del subsuelo.

Los sucesivos Gobiernos que han tenido que encarar esta tarea, sin que hasta la fecha se haya podido construir una reglamentación que satisfaga los requerimientos jurisprudenciales. Y ello tiene mucho que ver, en realidad, con una indebida apreciación de los términos de la sentencia C-669 de 2002, la que, como ya vimos, constituye un referente interpretativo necesario de la disposición, toda vez que, por tratarse de una



8

sentencia de constitucionalidad, las consideraciones y lo dicho por la Corte Constitucional al estudiar la exequibilidad de la norma se tornan en parte inescindible del bloque que constituye la norma legal. En otras palabras: la ley se debe interpretar desde el marco de la ley como tal (su texto literal, la historia de expedición) y desde la forma en que la interpretó la Corte Constitucional.

Así las cosas, vimos antes que la Corte Constitucional fijó un antecedente claro: la fijación del porcentaje que debe pagarse a título de regalía privada no es caprichosa. No solo debe atender unos criterios claros (que van más allá de la simple mensura o medición de los denominados *impactos sociales y ambientales causados por la explotación*), sino que deben abarcar otros puntos, los que ya resaltamos atrás. A todo ello hay que agregar que, dado que la fijación no puede ser caprichosa, el Gobierno está obligado a contar con un estudio claro y específico respecto de cada explotación, de manera tal que pueda fijar el porcentaje siguiendo los derroteros de la Corte Constitucional.

Como avanzábamos, los intentos de reglamentación anteriores no han logrado salir avantes. Se han presentado por lo menos tres (3) intentos de reglamentación del inciso segundo del Artículo 227 de la Ley 685 de 2001, siendo ellos del Decreto 2353 de 2001, el Decreto 136 de 2002 y el Decreto 1636 de 2006, todos ellos objeto de pronunciamiento por parte del Consejo de Estado.

A continuación, veremos lo dicho por el Consejo de Estado en los casos más relevantes, señalando de entrada que la situación actual continúa siendo la misma, esto es, que el valor de la regalía a pagar por parte de los dueños privados del subsuelo es del 0.4%.

3.2.1 Sentencia del veintisiete (27) de octubre de dos mil cinco (2005). Radicación número: 11001-03-26-000-2003-00047-01 (25485)

NORMAS DEMANDADAS:

- El artículo 3° del Decreto 2353 del primero (1) de noviembre de dos mil uno (2001) específicamente la expresión: *"en un porcentaje del 0.4% sobre la producción obtenida al borde o en boca de mina"*.
- El artículo 5° de la anterior reglamentación, específicamente la expresión que dice: *"correspondiente al último trimestre del año 2001 de manera proporcional"*, en lo que respecta al lugar y forma de pago de la regalía, y.
- El artículo 1° del Decreto 136 del veinticinco (25) de enero de dos mil dos (2002) que reglamenta la anterior norma, específicamente en aquella disposición que modifica el párrafo único del artículo 1° del Decreto 2353 de 2001: *"en un porcentaje del 0.4% sobre la producción obtenida al borde o en boca de mina"*.



9

Estas normas reglamentaron en su momento el inciso 2° del artículo 227 de la Ley 685 de 2001 (Código de Minas) y fueron demandadas mediante acción pública de nulidad por cuanto se consideró que violaban los artículos 1, 13, 58, 243, 360, 362, 287 de la Constitución Política. De igual forma se pretendió la nulidad de las normas por desconocer las disposiciones legales que reglamentaba y un desconocimiento de la exequibilidad condicionada del artículo 227 expresada por la Sentencia C-669 de 2002.

PROBLEMA JURÍDICO:

- El Gobierno, al reglamentar el inciso 2° del artículo 227 de la Ley 685 de 2001 dispuso que el porcentaje de la regalía que deberá pagar el propietario privado del subsuelo sería del 0,4% *sobre la producción obtenida al borde o en boca de mina*. De esta manera la reglamentación dispuso un porcentaje fijo y no un límite mínimo en cuanto al porcentaje de liquidación de la obligación. ¿Es esta reglamentación contraria a los artículos constitucionales, al Código de Minas y a la exequibilidad condicionada establecida por la Sentencia C-669 de 2009?

CONSIDERACIONES DEL CONSEJO DE ESTADO

- En primer lugar, reconoció el límite porcentual trazado por la Ley con respecto al pago de la regalía que deben pagar los privados por tener la propiedad del subsuelo, de igual forma rescató que el cobro de la regalía en favor del Estado *“debe compensar a la sociedad los efectos de la explotación de los recursos naturales no renovables, compensación que puede no ser uniforme, pues dependerá de las condiciones mismas de la explotación de cada recurso el que se generen en mayor o menor medida efectos ambientales y sociales que deben ser compensados”*.
- Por lo anterior, el Gobierno al momento de reglamentar la materia, deberá obedecer, en palabras del Consejo de Estado, *“a criterios objetivos y a parámetros razonables y proporcionales, dentro de los que se destacan necesariamente los costos ambientales y el beneficio social que genere la explotación de cada uno de los recursos”*.
- La interpretación constitucional acerca del inciso segundo del artículo 227 del Código de Minas, con respecto a los supuestos que deben observarse al momento de calcular el porcentaje de la regalía (de mínimo 0,4%) habilita el tratamiento desigual dentro de la relatividad del concepto de igualdad, ello aplicable entre las distintas actividades de explotación privada de los recursos del subsuelo.
- La fijación del porcentaje de las regalías al hacerse de forma estática y no ponderada, vulnera las disposiciones legales y las interpretaciones constitucionales. Por ello, mal entendió el Gobierno Nacional al interpretar de manera rígida la Ley al tasar un porcentaje fijo para el cobro de la regalía; ello, según el Consejo de estado, debió hacerse de una manera ponderativa, no discrecional, sino que debe



9

llevarse a cabo “atendiendo los factores de compensación que indica la Constitución”

- Aunado a lo anterior, el porcentaje de la regalía no debe entenderse como un valor único por cuanto debe observar, primeramente los efectos ambientales y sociales, como también los factores objetivos que rodean cada explotación.
- Al examinar el hecho de que la Sentencia C-669 de 2002 fue expedida con posterioridad a las normas acusadas, el Consejo de Estado considera que se configura una inconstitucionalidad sobreviniente de los decretos reglamentarios y por lo tanto la *Ratio Decidendi* de la sentencia de constitucionalidad citada, obliga a interpretar que el tope mínimo establecido por el legislador para las regalías del subsuelo de propiedad privada no puede reducirse al mínimo en todos los casos, ya que ignoraría los supuestos particulares que acompaña cada explotación, y desconoce el fundamento del cobro de las regalías compensatorias por el daño que causó la explotación.
- Lo anterior fue ignorado por el Gobierno al momento de expedir los Decreto 2353 de 2001 y 136 de 2002, ya que fijó un porcentaje fijo que desconoce las particularidades de cada explotación y la naturaleza compensatoria de la regalía ante el daño causado por la explotación.
- Esta idea es formulada de acuerdo a la Sentencia C-669 de 2002, por cuanto en ella se reconoce que el cobro de la regalía “debe compensar para la sociedad los efectos de la explotación de los recursos naturales no renovables y que dependerá de las condiciones mismas de explotación de cada recurso el que se generan en mayor o menor medida efectos ambientales y sociales que deben ser compensados”.
- “De ahí que sea claro que tratándose de contraprestación, el porcentaje a pagar por concepto de regalía no puede ser el mismo, pues no siempre, desde el punto de vista positivo del concepto, la prestación será la misma”.
- La exposición de motivos de la Ley 685 de 2001 menciona el límite mínimo del 0.4% de regalías, no obstante no motivó las razones por las cuales fijó los topes ni tampoco los criterios que tuvo en cuenta para ello.

Por todo lo anterior, el Consejo de Estado declaró la nulidad de la expresión *“en un porcentaje del 0,4% sobre la producción obtenida al borde o en boca de mina”* contenida en los parágrafos del artículo 3° del Decreto 2352 de 2001 y del artículo 1° del Decreto 136 de 2002, reglamentarios de la Ley 685 de 2001. La razón específica que orientó el fallo recayó en que según la Corporación se vulneraron varias disposiciones de la Constitución Política de 1991, en particular al artículo 13, 58, 189-11 y en especial la interpretación constitucional de la Sentencia C-669 de 2002. Con respecto al aparte del artículo 5° del Decreto 2353 de 2001 se declaró inhbido.



9

3.2.2 SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN B. Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Primero (1º) de marzo de dos mil once (2011). Radicación número: 11001-03-26-000-2007-00042-00(34178)

NORMA DEMANDADA:

Se trata del Decreto 1631 de 2006, que se expidió con el fin de reglamentar el inciso segundo del Artículo 227 de la Ley 685 de 2001. La parte pertinente del Decreto señaló lo siguiente, en sus Artículos 2 y 3:

“Artículo 2º. Declarado NULO por el Consejo de Estado mediante Fallo de marzo 01 de 2011, Exp. 2011-N34178. Para las explotaciones de los Reconocimientos de Propiedad Privada de carbón RPP números 031, 434 y 011, con una producción inferior a tres millones de toneladas, pagarán el 0.4% de regalías sobre el valor de la producción calculado o medido en boca o borde de mina.

“Artículo 3º. Declarado NULO por el Consejo de Estado mediante Fallo de marzo 01 de 2011, Exp. 2011-N34178. Para las explotaciones de los Reconocimientos de Propiedad Privada de Carbón RPP números 031, 434 y 011, con una producción mayor a tres millones de toneladas, pagarán el 0.6% de regalías sobre el valor de la producción calculado o medido en boca o borde de mina”.

PROBLEMA JURÍDICO

¿La fijación de los porcentajes de regalía señalada riñe con lo dispuesto en el Artículo 227 de la Ley 685 de 2001, a partir de la interpretación que de él hiciera la Corte Constitucional en la sentencia C-669 de 2002?

CONSIDERACIONES DEL CONSEJO DE ESTADO

Señalando con anticipación que el Consejo de Estado declaró nulo el Decreto en su integridad, vale la pena traer a cuento los siguientes apartes de su sentencia.

En cuanto a la interpretación que debe guiar al Gobierno a la hora de dictar el decreto reglamentario de una disposición legal que admite varias interpretaciones, dijo:

Cuando una disposición objeto de control de constitucional abstracto permite varias interpretaciones y una de ellas no entraña contradicción con la Carta Política, esto es que de aplicarse bajo cierto entendimiento la norma legal resulta armónica con los mandatos superiores, el juez constitucional suele optar por modular los efectos del fallo alterando parcialmente el contenido de la ley, para que esta se entienda conforme a la Constitución. Se mantiene la norma



8

pero condicionada a que sólo es válida en tanto se siga una determinada interpretación.

Desde ese punto de vista, tuvo por claro que la única interpretación que se ajusta a la Constitución es la que hizo la Corte Constitucional al analizar la exequibilidad del Artículo 227 de la Ley 685 de 2001.

Tuvo en cuenta el Consejo de Estado que el mandato de la Corte Constitucional ordenaba no solo tener en cuenta una serie de factores, sino que el factor de fijación debía ser diferencial, atendiendo a cada explotación en particular, en lo tocante con las circunstancias especiales de la explotación concreta. Por ello, señaló:

“Por ello según el fallo de constitucionalidad modulado en comento, la reglamentación debe obedecer “a criterios objetivos y a parámetros razonables y proporcionales, dentro de los que se destacan necesariamente los costos ambientales y el beneficio social que genere la explotación de cada uno de esos recursos”.

“No obstante, y en abierta rebeldía frente al sentido y alcance del inciso 2° del artículo 227 del Código de Minas luego del condicionamiento de constitucionalidad ordenado por el Tribunal Constitucional, la Sala advierte que los artículos 1, 2 y 3 del Decreto 1631 de 2006 desbordaron la atribución presidencial reglamentaria del precepto legal citado, al no acatar la decisión de constitucionalidad de la Corte, que -como se ha repetido una y otra vez en este fallo- integra el texto legal, lo mismo que al desatender el pronunciamiento de esta Corporación por el que se anuló el parágrafo del artículo 3° del Decreto 2383 de 2001 y el parágrafo del artículo 1° del Decreto 136 de 2002, que a la sazón reglamentaban el inciso segundo del artículo 227 de la Ley 685 de 2001.

“En efecto, las normas reglamentarias alejándose de los derroteros de la ley fijados por la sentencia C 669 de 2002, más que hacer real su enunciado abstracto en orden a su cumplida ejecución (189.11 superior), mantuvieron inalterado el porcentaje mínimo de 0.4% en dos casos (arts. 1 y 2 acusados) e incrementaron en un 0.2% en un tercer caso (art. 3 demandado), sin que se apoyaran al efecto en estudios técnicos que mensuraran efectivamente el impacto ambiental, convirtiéndose en una suerte de mecanismo que paradójicamente permite eludir el cumplimiento de los claros mandatos del legislador, tal y como deben interpretarse luego de un pronunciamiento de constitucionalidad modulada.

“De ahí que las normas reglamentarias están previendo una medida sin asidero en la ley que dicen reglamentar, en abierto desafío a las decisiones judiciales anteriormente citadas se limitan a mantener sin cambio alguno el mismo porcentaje mínimo e incrementan en 0.2% en un tercer caso, sin asidero técnico alguno, todo lo cual contradice lo dispuesto por la Corte Constitucional”.



8

Nótese, entonces, que para el Consejo de Estado no fue suficiente el contenido de las consideraciones, pues aunque en ellas se hace mención a estudios realizados por la UPME, aún en tal caso le parece que hay carencia absoluta de asidero técnico, lo que viene a redundar, al final de la cuenta, en la nulidad del decreto.

3.3 Conclusiones.

A partir de lo visto en las sentencias anteriores, podemos fijar las siguientes conclusiones:

- El Artículo 227 de la Ley 685 de 2001 es exigible, pero solo bajo una interpretación: la fijación de la regalía que debe cobrarse a los propietarios privados del subsuelo no puede ser inferior al 0.4%, y la fijación que se haga del porcentaje a cobrar no puede ser caprichosa: debe tener respaldo técnico, respaldo que, a su turno, debe tener en cuenta los siguientes factores:
 - a. Las condiciones en que se adelanta la explotación de los recursos naturales no renovables.
 - b. Los costos en que incurre **el propietario** de los recursos, de cada una de las explotaciones de carbón sobre subsuelos privados, teniendo en cuenta que la propiedad inmueble se desmembra en propiedad superficiaria y en subsuelo.
 - c. Los impactos ambientales que genere cada una de las explotaciones de carbón sobre subsuelos privados.
 - d. El impacto social que genere cada una de las explotaciones de carbón sobre subsuelos privados.
 - e. La carga tributaria que recae sobre la actividad de la explotación de carbón sobre subsuelos privados.
 - f. La carga tributaria que recae sobre los propietarios de los inmuebles (*propiedad superficiaria y en subsuelo*), respecto de los cuales se realiza una explotación de carbón.
- Las normas que reglamenten ese inciso segundo del Artículo 227 de la Ley 685 de 2001 deben tener en cuenta lo establecido por la Corte Constitucional al examinar la exigibilidad de la norma. En concreto, entiende la jurisprudencia que al existir pronunciamiento de constitucionalidad sobre una norma legal, la correcta interpretación de ella no solo parte de la ley como tal sino también del contenido de la sentencia que hubiere proferido la Corte Constitucional.
- A cuenta de lo anterior, si la Corte Constitucional ha fijado parámetros claros para que tenga lugar la reglamentación de la norma, ellos deben ser observados, pues



tales parámetros hacen parte del bloque interpretativo de la ley, y a ellos está sometida la potestad reglamentaria del Gobierno Nacional en ese tema concreto.

- Los intentos de reglamentación que han tenido lugar mediante los Decreto 2353 de 2011, 136 de 2002 y 1631 de 2006 han adolecido de elementos técnicos que reflejen los factores técnicos que de ellos reclama la jurisprudencia constitucional.
- El punto común es el mismo: la reglamentación, en lugar de partir de datos diferenciados y de la ponderación de cada explotación, puso a todas las explotaciones en un mismo rasero, y fijó un mismo porcentaje en cada caso. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, a la que se apega así mismo la jurisprudencia contencioso-administrativa, ello no resulta de recibo.
- Valga señalar, para finalizar, que en ninguna de las sentencias analizadas existe una orden perentoria al Gobierno Nacional acerca de la necesidad imperiosa o insoslayable de dictar una norma reglamentaria. No le señalan plazos de ninguna clase para que proceda a hacerlo. Las sentencias se limitan a señalar los derroteros que debe seguir esa disposición a futuro.

4 DE LA REFORMA PROPUESTA POR EL ESTUDIO ELABORADO POR LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA – SEDE MEDELLÍN

Como lo mencionan los considerando del proyecto de Decreto, la Universidad Nacional Sede Medellín elaboró un estudio, por encargo de la Unidad de Planeación Minero Energética (UPME), con el fin de que el mismo sirviese de base para la reglamentación del inciso segundo del Artículo 227 de la Ley 685 de 2001. En los renglones que siguen, encontraremos el estudio que se ha llevado a cabo desde un punto de vista económico respecto de los hallazgos que hiciera el estudio, y referiremos al final las dos propuestas de decreto que contiene dicho estudio, con algunos comentarios adicionales frente a cada una de ellas, aclarando que nos referiremos en concreto a la fijación de tarifa propuesta en cada caso.

4.1 Crítica sobre la efectividad del estudio de la Universidad Nacional a la hora de determinar el nivel de regalías óptimo para las minas de carbón y oro desde un punto de vista económico

Este aparte tiene por objeto exponer las debilidades que presenta el estudio elaborado por la Universidad Nacional de Colombia (UN) titulado “Estudio para determinar la metodología y los porcentajes de liquidación de regalías de los títulos de reconocimiento de propiedad privada” a la hora de tratar de establecer qué porcentaje de regalía debe ser impuesto a las minas de titularidad privada. Más en concreto, esta crítica se centrará en la parte III del estudio, titulada “Análisis previos, conceptualizaciones, metodologías y modelación matemática para el cálculo de la base porcentual de regalías aplicable a los RPP”. Como se podrá comprobar, esta parte III del estudio en cuestión nunca llegó a establecer en una forma analítica que el porcentaje de



9

regalía para las minas RPP de Colombia debía ser del 10%. De hecho, nunca llegó a poder establecer ni este porcentaje ni ningún otro, por lo que queda claro que el estudio carece de poder analítico para poder sacar ninguna conclusión relevante para la problemática que nos atañe.

Primero, la parte III del estudio hace un repaso teórico al concepto de regalía en sí mismo y a sus componentes, tratando de establecer su razón de ser. Así, el estudio expone, como componentes de las regalías, los conceptos de renta de subsuelo, renta Hotelling, las valorizaciones de los títulos mineros y el costo de oportunidad. Como se comprobará más abajo, estos componentes y su razón de ser, aunque sean robustos en lo conceptual, en la práctica del caso de los reconocimientos de propiedad privada (RPP) no son aplicables con un mínimo de coherencia.

Del primer componente, la renta del subsuelo, se indica que es “una remuneración, a través de la imposición, sobre el uso de un recurso natural en virtud de la utilización de reservas comunales, la propiedad estatal o las reservas ambientales”¹⁸. Sin embargo, está claro que, en el caso de los RPP, el subsuelo y su contenido (*incluyendo el carbón o cualquier otro mineral a ser explotado*) son de propiedad privada, por lo que no habría lugar a considerar esos recursos como comunales o de propiedad estatal.

Por otro lado, se define como el diferencial entre el precio de mercado y los costos de explotación y se indica que, si la mina en cuestión resulta viable desde el punto de vista operativo (*esto es, que los costos no superan los ingresos de la mina*), es debido a las inversiones públicas en forma de infraestructura, seguridad, costos de formación de tejido social, etc. Por lo tanto, según el estudio, esta parte de la regalía no es más que la remuneración del capital social y de las externalidades generadas por la mina. No obstante, esto último es una tergiversación de la realidad, ya que las externalidades generadas por la mina ya son subsanadas por la licencia ambiental que la mina debe seguir para poder obtener su título minero sin el cual no se podría explotar la mina de acuerdo con la ley. Si se reglamenta como parte de la regalía una remuneración para mitigar las externalidades, se estaría tributando a la mina dos veces por el mismo concepto. Esto último, además de ser del todo injusto, compone una fuente de distorsiones económicas que deberían ser erradicadas en pro de la eficiencia económica.

El siguiente componente de la regalía, la renta Hotelling, se trata de un concepto teórico por el cual una explotación de un recurso no renovable optimiza su beneficio económico de la actividad. Así como es preciso reconocer que la explicación de la renta Hotelling es clara y precisa, también es de rigor resaltar que no existe ninguna explicación sobre la relación entre dicha renta y la regalía, por lo que no se entiende cómo este componente haría parte de la regalía.

El tercer componente de la regalía estaría conformado por la valorización de los títulos mineros. Según el estudio de la UN:

¹⁸ Estudio de la UN referido, página 329.



9

"(...) el valor que se añade no es responsabilidad exclusiva de la administración del negocio, sino también por las condiciones que brinda el Estado reflejadas en inversiones para alcanzar estabilidad, seguridad, legalidad, jurisprudencia y los demás servicios del Estado. Estas (sic) son, entre otras, las contribuciones del gasto público al patrimonio empresarial. Por tal motivo, el Estado se convierte en socio indirecto con participación en las sociedades a través del título, título que por lo demás puede ser objeto de mercado".¹⁹

Así, según el razonamiento expuesto, los bienes públicos ofrecidos por el Estado y que la mina aprovecha convierten al Estado en *socio indirecto* de la misma al hacer que esos títulos (*los cuales se configuran como un activo para la empresa*) se valoricen. Sin embargo, la característica primordial de esos bienes públicos es que no se puede excluir a los consumidores de esos bienes. Por lo tanto, éstos deben ser (*y son*) financiados con impuestos directos sobre todas las personas (*naturales o jurídicas*) de la nación. Tratar de definir algún nexo directo entre la valorización de los activos de la mina y dichos bienes públicos para justificar la regalía podría hasta ser considerado como una práctica zafia. La mina, tanto la propiedad como la explotación, pagan en forma juiciosa sus impuestos para financiar al Estado. Por lo anterior, no cabe definir esta valorización en los activos de la mina a raíz de esos bienes públicos como otro componente de la regalía, pues la empresa estaría tributando dos veces el mismo concepto.

El último componente de la regalía, según el estudio de la UN, estaría compuesto por el costo de oportunidad surgido del empleo de la tierra donde se ubica la mina a la explotación minera. La actividad minera genera unos impactos en forma de "*aquellos (sic) derivados del desplazamiento, el desarraigo de las actividades tradicionales, el trasvase del recurso hídrico y la pérdida de la soberanía alimentaria*"²⁰. Además, se indica que esos impactos no son "*reconocidos por el estudio de impacto ambiental*" y que "*Esto es evidente, si se aprecia que tanto la extracción del carbón de las zonas sur y norte de la Guajira y el Cesar se dan en zonas de gran vocación agrícola, la cual compite con la explotación minera*"²¹. Parecería que los autores creen que el mercado inmobiliario no incluye el costo de oportunidad surgido del hecho de no destinar esos terrenos a actividades agrícolas. Sin embargo, esto es bastante impreciso, por decir lo menos. Cuando se inició una explotación minera, el mercado incorporó ese costo de oportunidad por defecto. **Esto es, si hubiera sido más rentable destinar ese terreno a la agricultura, el mercado no lo habría destinado a la extracción de carbón. Tratar de modificar este resultado de mercado con un tributo (o un alza del mismo) es innecesariamente distorsionador.**

¹⁹ *Ibidem*, página 332.

²⁰ *Ibidem*, página 333.

²¹ *Ibidem*, página 334.



La siguiente sección de la parte III del estudio de la UN hace un repaso a las regalías como tributo y al recaudo que le generó al Estado colombiano en el pasado. Por ejemplo, se indica que el sector de la minería representó un 2,44% del PIB colombiano en el año 2011 o que el 80% de las regalías de la minería provienen del carbón. Lo anterior se hace con base en la idea de que Colombia compite con otros países para lograr inversión extranjera directa (IED).

Luego se pasan a enumerar las deficiencias que presenta el Estado colombiano a la hora de gestionar el recaudo de tributos como las regalías según un estudio de la Contraloría General de la República. Entre esas deficiencias, se enumeran la falta de concordancia entre diferentes registros dentro de la Administración y la existencia de regalías causadas y no pagadas. Más adelante en el estudio referido, los autores también apuntan que el director de la DIAN ha hecho público que las empresas mineras realizan operaciones financieras con el objeto de tributar en menor medida en el país. Estos hechos, sin embargo, deberían plantear reticencias dentro del regulador a subir el tipo de las regalías. Al fin y al cabo, ¿para qué sirve subir un impuesto si después la Administración presenta esas carencias a la hora de efectuar su seguimiento y recaudo? Sería mejor, desde un punto de vista de política pública, organizar mejor la Administración del Estado para que ésta fuera más eficiente y que pudiese gestionar el cobro de los impuestos antes de plantearse su subida.

Luego, el estudio dedica un epígrafe a exponer los impactos microeconómicos de la regalía sobre los mercados de minerales afectados. Esta parte ya es rebatida en este documento bajo el epígrafe titulado “Sobre las distorsiones producidas sobre la viabilidad de una explotación minera por la introducción de un impuesto *ad valorem*”.

También se señala que las regalías generadas en la actualidad se mantienen estables en el tiempo incluso cuando los ingresos de las explotaciones mineras han aumentado en ese mismo tiempo. Como explicación de ese aumento del ingreso, está el aumento de precio que experimentó el sector del carbón. Entonces, el estudio esgrime este hecho como un argumento a favor del aumento de los tipos de las regalías. Sin embargo, este planteamiento es, cuanto menos, miope. En efecto, un aumento de los precios del producto da espacio para aumentar el tipo de la regalía. Sin embargo, el planteamiento omite la posibilidad de que los precios puedan volver a caer, posibilidad que se ha podido observar en los últimos tiempos. En efecto, la caída vertiginosa que se ha experimentado en el mercado internacional del petróleo ha lastrado a la baja al resto de materias primas energéticas, como el carbón²². Así las cosas, no es de recibo plantear aumentos de tributos fijos en el tiempo sólo con apoyo en situaciones esporádicas, como una subida del precio de mercado. Las regulaciones, para que éstas presenten un mínimo de seriedad, deben ser efectivas ante cualquier eventualidad que se pueda dar en el mercado, como puede ser una caída del precio del mismo.

²² A este respecto, es justo señalar que el estudio fue publicado en diciembre de 2012, cuando los precios de los insumos energéticos en general estaban en auge.



Más adelante, el estudio hace un repaso teórico a los diferentes impactos ambientales que generan las explotaciones mineras, como pueden ser la contaminación del agua o del terreno. Después, se argumenta que estos impactos generan un pasivo para la sociedad. Luego, se dedica un aparte entero a repasar la teoría actual sobre la valoración de dichos impactos ambientales generados por las explotaciones en forma del valor económico total de los bienes y servicios ambientales afectados. También se expone el proceso para realizar dicha tasación, así como una lista de recomendaciones a la hora de llevarla a cabo de manera rigurosa. Sobre toda esta parte, hay que ser justos con los autores del estudio y reconocerles que es muy explicativa e ilustrativa. Sin embargo, el planteamiento es teórico del todo y nunca se aplica a la práctica para ninguna explotación que estaría afectada por el aumento de la regalía. Por lo tanto, carece de cualquier relación con la problemática que nos ocupa.

Además, esta parte del estudio obvia el hecho que las explotaciones mineras deben mitigar esos impactos mediante proyectos específicos para poder acceder a la licencia ambiental, la cual es necesaria para llevar a cabo la actividad económica. Por lo tanto, sería lógico y justo que se descontara del monto de las regalías a pagar por la mina en cuestión la inversión llevada a cabo en la mitigación de ese daño ambiental.

Por último, el estudio elabora un marco conceptual microeconómico para componer la fórmula matemática de cálculo de la regalía. En palabras del propio estudio, se indica que:

“En razón a que el objetivo de las regalías consiste en generarle al Estado una participación en las sobreganancias que reciben los propietarios de los factores que originan la renta, y estas sobreganancias se pueden explicar por los excepcionales precios, riqueza y calidad del mineral de los diferentes yacimientos, por la tecnología de punta y por los bajos salarios, resulta pertinente adoptar el criterio del valor presente neto como forma de calcular el excedente (sobreganancias) que serán la base para establecer la compensación de las regalías. Ello se explica porque el mismo concepto del valor presente neto es entendido como una ganancia extraordinaria o mayor riqueza generada por una inversión y, como ya se explicó anteriormente, algunos de esos excedentes son costos no reconocidos por el aporte del capital natural, por el sacrificio de algunos bienes públicos entre ellos el agua, o en otro caso por la propiedad comunal de la sociedad.”²²

Así las cosas, según el estudio, la regalía deberá ser igual a la actualización financiera de todas las ganancias generadas por la renta Hotelling (o “sobreganancias”) que se puedan producir durante la vida útil de la explotación. Estas sobreganancias compondrían el valor actual del activo minero que se está explotando, el cual, según el estudio, sólo resulta ser un activo por la inversión pública en forma de los bienes públicos que afectan positivamente a la explotación.

²² Estudio referenciado, página 394.



Este razonamiento podría llevar a políticas confiscatorias sobre la inversión privada, ya sea en el sector minero o en cualquier otro sector. No se puede asumir que el impuesto deba ser igual a todas las ganancias económicas que se generen de la actividad, pues eso obviamente sería una medida desincentivadora de la actividad económica privada. En efecto, ¿para qué una empresa va a iniciar su actividad económica si todas sus ganancias acabarán recaudadas en forma de impuestos?

Pero a nivel metodológico también existen problemas de gran calado. En efecto, el método de cálculo propuesto especifica que hay que calcular el precio, los costos y las cantidades producidas en cada año futuro a considerar para saber cuál es la renta de sobreganancia generada en cada periodo. Sobre cómo se puede saber, por ejemplo, el precio del carbón dentro de veinte años, el estudio no indica nada. Como es evidente, dicho ejercicio necesitaría de técnicas más propias del esoterismo y de la futurología que de la economía. Así, si un insumo del cálculo de la renta Hotelling es desconocido, no se puede calcular la regalía de manera rigurosa. Por lo tanto, éste método de cálculo de la regalía es defectuoso y debe ser desechado.

Además, en el estudio referenciado, los autores indican que esas sobreganancias futuras deben ser actualizadas a una tasa de oportunidad del capital que *“debe atender en primera instancia a las condiciones vigentes del mercado financiero y posteriormente a una clasificación de las diferentes características del sector”*.²⁴ Para tratar de especificar dicha tasa, en el estudio se propone una regresión lineal con dicha tasa como variable dependiente que nunca se acaba de especificar del todo. Sólo se proponen algunas variables como variables independientes, pero no se indica nunca ni cómo se miden ni de dónde se podrían sacar los datos.

De todas formas, todo este marco conceptual se torna irrelevante si resulta que no se puede aplicar a la casuística del caso relevante. En efecto, el estudio nunca aplicó la metodología expuesta para poder dilucidar si el tipo óptimo de las regalías es en efecto del 10%. De hecho, los autores del estudio llegan a señalar más adelante lo siguiente:

*“Para el carbón, no fue posible obtener la información como datos de entrada del modelo, como tampoco para la minería de oro de filón o veta.”*²⁵

Por lo tanto, este estudio incurre en una falla estrepitosa, consistente en poder asegurar en forma fehaciente que el nivel óptimo del tipo de regalías es del 10%, pues nunca pudo aplicar su modelo a la casuística concreta. Así las cosas, si no se puede concretar que ése es en realidad el nivel de regalía óptimo para el caso de las minas de carbón, tampoco se puede descartar que ese nivel sea en realidad del 5%, del 0,5% o del 0,0005%.

²⁴ *Ibidem*, página 397.

²⁵ *Ibidem*, página 401.



9

En conclusión, todo el análisis llevado a cabo en la parte III del estudio elaborado por la UN podría tener mucha calidad a nivel teórico, dado que recoge muchas de los conceptos teóricos sobre la valoración de impactos ambientales y las rentas extraídas de recursos no renovables. Sin embargo, no se puede decir que todos esos planteamientos teóricos hayan sido aplicados al caso relevante, por lo que carece de cualquier valor práctico a la hora de dilucidar el nivel óptimo de regalías para las minas de carbón del país.

4.2 Sobre las distorsiones producidas sobre la viabilidad de una explotación minera por la introducción de un impuesto ad valorem

En este aparte, se pasa a elaborar un simple modelo cuyo objeto es la descripción de los peligros que suponen la introducción de una regalía para la viabilidad económica de una explotación minera como la que opera en El Cerrejón.

Antes de nada, y en contraposición con el estudio elaborado por la UN, hay que indicar que una mina de carbón enfrenta un mercado internacional, lo que supone que la misma enfrenta así mismo una demanda perfectamente elástica. Esto es así dado que la explotación minera de El Cerrejón, por muy vasta y grandiosa que parezca en términos absolutos, es pequeña en comparación con todo el mercado internacional del carbón. Como muestra de esto, partiendo del "Informe de Sostenibilidad 2012" de la mina de El Cerrejón²⁶, se sabe que en ese año la mina produjo 34,6 millones de toneladas de carbón y que de éstas exportó 32,8. Esto significa que la mina está ampliamente expuesta al mercado internacional. Por otro lado, de acuerdo con la *World Coal Association*, en 2012 se consumieron 7.794 millones de toneladas de carbón en el planeta²⁷. Por lo tanto, se puede calcular que la cuota de participación de El Cerrejón en el mercado internacional del carbón en 2012 fue de tan sólo un 0,44%. La consecuencia directa de este factor es que la empresa explotadora es precio aceptante y, por lo tanto, no puede comportarse de manera independiente a la disciplina que impone el mercado.

Esto contradice al estudio de la UN, debido a que en el mismo se considera que la empresa enfrenta una demanda con pendiente negativa pese a que también indica que el mercado de productos mineros opera en condiciones de competencia perfecta. Esto es contradictorio, ya que en cualquier libro introductorio a la microeconomía más básica²⁸

²⁶ Enlace abreviado: <http://goo.gl/eO3wxc>.

²⁷ Enlace abreviado: <http://goo.gl/3w7Jvk>.

²⁸ Como, por ejemplo, en Mankiv, Gregory: "Principles of Microeconomics", South-Western, 2008. En la página 289 del libro, el autor indica, usando el ejemplo de una granja productora de leche en un entorno de competencia perfecta: "Because the Vaca Farm is small compared to the world market for milk, it takes the price as given by market conditions. This means, in particular, that the price of milk does not depend on the number of gallons that the Vaca Farm produces and sells." Traducción libre: "Debido a que la Granja Vaca es pequeña en comparación con el mercado internacional de la leche, ésta toma el precio como dado por las condiciones de mercado. Esto significa, en particular, que el precio de



se indica que una empresa que opere en un entorno de competencia perfecta enfrentará una curva de demanda totalmente plana o absolutamente elástica. Esto significa que la empresa debe ser precio aceptante y no podrá vender el producto a un precio distinto al que fijen las fuerzas agregadas de la demanda y la oferta en el mercado internacional.

Por otro lado, se supone que la función de costos marginales de la explotación es creciente. Por ejemplo, podría tener esta forma:

$$CMg(q) = a + b \cdot q$$

Vale la pena indicar que el coeficiente a aquí arriba indicado ya contiene la regalía que en la actualidad le reporta el explotador de la mina de El Cerrejón a la comunidad propietaria.

Así las cosas, la forma de la función de costos totales de la empresa podría tener esta forma:

$$CT(q) = a \cdot q + \frac{b}{2} q^2 + CF$$

En la expresión anterior, CF representa los costos fijos de la explotación. Hay que señalar que, dentro de estos costos fijos explicitados, ya se encuentran definidos los costos en los que incurre la explotación para mitigar los impactos ambientales que genera su actividad y sin los cuales no estaría autorizada por el Estado para ejecutar su actividad. En efecto, estos costos se circunscriben dentro de los costos fijos dado que se asume que no dependen del nivel de producción q , sino que son incurridos sólo por el hecho de ejecutar la actividad explotadora de la mina. Más abajo, se ahondará en este asunto.

Así, en ausencia de regalías, la producción escogida por la explotación minera se obtendrá de la maximización de su beneficio con respecto a la cantidad producida, q :

$$\begin{aligned} \max_q \pi(q) &= IT(q) - CT(q) = P \cdot q - a \cdot q - \frac{b}{2} q^2 - CF \\ \frac{\partial \pi(q)}{\partial q} &= P - a - b \cdot q = 0 \\ q^* &= \frac{P - a}{b} \end{aligned}$$

la leche no depende del número de galones que la Vaca Farm produce y vende". Esto es, el precio es un elemento exógeno que la empresa (la cual es relativamente pequeña en comparación con el tamaño total del mercado –uno de los supuestos básicos de la competencia perfecta–) y la empresa debe aceptarlo a la hora de operar en el mercado.



En el desarrollo anterior, se tiene que el precio de mercado, P , es exógeno y viene como dado al modelo en cuestión, en consonancia con la discusión expuesta más arriba. Además, se tiene que $IT(q)$ es el ingreso total de la empresa, esto es, $IT(q) = P \cdot q$. Como resultado del desarrollo, q^* representa la producción que maximiza el beneficio de la mina.

El resultado obtenido es estable debido al supuesto de que el costo marginal es creciente. Sin este supuesto, la función de costo marginal nunca haría intersección con el precio de mercado y, por lo tanto, el problema de maximización de beneficios de la mina no tendría solución. Esto se puede comprobar si se igualan el precio P con la función de costos marginales $CMg(q)$:

$$\begin{aligned} P &= CMg(q) \\ P &= a + b \cdot q \\ q^* &= \frac{P - a}{b} \end{aligned}$$

Como se ve, el resultado es el mismo que el obtenido de la maximización del beneficio $\pi(q)$ con respecto a q . Gráficamente, este resultado tendría esta imagen:

Figura 1: Producción en equilibrio de una mina en ausencia de regalías

En el gráfico anterior, se denota la intersección de la función del costo marginal con el eje vertical con a y su pendiente con b , como su forma expuesta más arriba indica.

El resultado obtenido es estable debido al supuesto de que el costo marginal es creciente. Sin este supuesto, la función de costo marginal nunca haría intersección con el precio de mercado y, por lo tanto, el problema de maximización de beneficios de la mina no tendría solución.



Se puede comprobar que el resultado anterior y su representación gráfica tienen sentido si igualamos el precio P con la función de costos marginales $CMg(q)$:

$$\begin{aligned} P &= CMg(q) \\ P &= a + b \cdot q \\ q^* &= \frac{P - a}{b} \end{aligned}$$

Sin embargo, maximizar dicho beneficio no asegura que éste vaya a ser positivo. Por lo tanto, la mina también debe contemplar el precio de mercado a partir del cual este beneficio es no negativo.

$$\begin{aligned} \pi(q^*) &= P \cdot \frac{P - a}{b} - a \cdot \frac{P - a}{b} - \frac{b}{2} \cdot \left(\frac{P - a}{b}\right)^2 - CF \geq 0 \\ P &\geq a + \sqrt{2 \cdot b \cdot CF} \end{aligned}$$

Así las cosas, si el precio de mercado decrece por debajo del umbral desarrollado aquí arriba, la mina deberá salir del mercado debido a que sus beneficios económicos, incluso después de su maximización, serían negativos, esto es, la empresa entraría en pérdidas.

Ahora, se desarrollará el mismo modelo anterior pero con la introducción de una regalía R de tipo *ad valorem* que responderá a la siguiente a la siguiente forma:

$$R(q) = r \cdot P \cdot q$$

En la expresión anterior, r denota el porcentaje de regalía (en base 1, esto es, por ejemplo, un porcentaje del 50% se representa con el valor 0,5) fijado sobre los ingresos generados por la mina. Otra vez, esta regalía recaudada depende de la cantidad de carbón extraída en la mina y se dejan como exógenos el precio de mercado P (como en el caso anterior) y el porcentaje de regalía r . De este porcentaje sólo se restringe que debe ser un valor comprendido entre el 0 y el 100%, esto es: $0 < r < 1$.

Las regalías a pagar por la mina se configuran como un costo más de la explotación. Así, la nueva función de costos totales y costos marginales de la explotación quedan de la siguiente manera:

$$\begin{aligned} CT^R(q) &= CT(q) + R(q) = a \cdot q + \frac{b}{2} q^2 + CF + r \cdot P \cdot q \\ CMg^R(q) &= a + b \cdot q + r \cdot P \end{aligned}$$

Por lo tanto, el problema de maximización de beneficios habiendo introducido las regalías $\pi^R(q)$ tendrá esta forma:



S

$$\begin{aligned} \max_q \pi^R(q) &= IT(q) - CT^R(q) = P \cdot q - a \cdot q - \frac{b}{2} q^2 - CF - r \cdot P \cdot q \\ &= (1-r)P \cdot q - a \cdot q - \frac{b}{2} q^2 - CF \\ \frac{\partial \pi^R(q)}{\partial q} &= (1-r)P - a - b \cdot q = 0 \\ q^{R*} &= \frac{(1-r)P - a}{b} \end{aligned}$$

Como se puede comprobar, con respecto al resultado anterior (donde no se incluyeron regalías en el modelo), la cantidad producida disminuye a medida que se aumenta el porcentaje de regalía r . Otra vez, se puede ver que este resultado concuerda si se igualan el precio con la nueva función de costos marginales:

$$\begin{aligned} P &= CMg(q) \\ P &= a + b \cdot q + r \cdot P \\ q^{R*} &= \frac{(1-r)P - a}{b} \end{aligned}$$

Gráficamente, se puede ver que la modificación en la estructura de costos que representa la introducción de las regalías repercute negativamente sobre la cantidad de carbón extraída por la mina:





Figura 2: Modificación de la producción en equilibrio de una mina al introducir regalías

Así mismo, también se debe comprobar que con la cantidad maximizadora del beneficio económico se obtienen beneficios no negativos:

$$\pi^R(q^{R*}) = (1-r)P \cdot \frac{(1-r)P - a}{b} - a \cdot \frac{(1-r)P - a}{b} - \frac{b}{2} \left(\frac{(1-r)P - a}{b} \right)^2 - CF$$

$$\geq 0$$

$$P^R \geq \frac{a + \sqrt{2 \cdot b \cdot CF}}{1-r}$$

Como se puede comprobar, el umbral del precio internacional que le permite a la mina permanecer en el mercado aumenta a medida que se aumenta r , el porcentaje de regalía impuesto sobre la explotación. Este factor hace que indiscutiblemente la viabilidad económica de la mina en cuestión esté en mayor peligro por la introducción de la regalía.

Una manera de medir la distorsión producida por la introducción de la regalía sería calculando la diferencia entre la producción obtenida en un escenario sin regalía (q) y la producción obtenida cuando existe esa regalía (q^R):

$$q - q^R = \frac{P - a}{b} - \frac{(1-r)P - a}{b} = \frac{r \cdot P}{b}$$



Como se puede observar, la distorsión producida sobre la cantidad producida por la mina aumenta con r y ésta sería inexistente si el porcentaje de regalía fuera 0, como es lógico. Por lo tanto, si el regulador quiere preservar la eficiencia económica del productor (como sería de recibo en un país donde se impulsa la economía de mercado), debe reducir r al menor valor posible.

Asimismo, se puede medir la distorsión como la diferencia entre los umbrales mínimos de precio que aseguran la viabilidad económica en cada escenario estudiado:

$$P^R - P = \frac{a + \sqrt{2 \cdot b \cdot CF}}{1 - r} - (a + \sqrt{2 \cdot b \cdot CF}) = r \cdot \frac{a + \sqrt{2 \cdot b \cdot CF}}{1 - r}$$

Así las cosas, la introducción de la regalía representa una presión sobre la viabilidad económica de la explotación minera en la forma del diferencial en el umbral de precios. Este diferencial es creciente con respecto a r , como se puede comprobar al calcular la derivada con respecto a dicha variable:

$$\frac{\partial(P^R - P)}{\partial r} = \frac{a + \sqrt{2 \cdot b \cdot CF}}{(1 - r)^2} > 0$$

$$\frac{1}{(1 - r)^2} > 0$$

$$r < 1$$

Como se comprueba aquí arriba, la derivada con respecto a r del diferencial de precios umbrales es positiva siempre que el porcentaje de regalía sea menor que 1, caso que siempre ocurre dado que es uno de los supuestos del modelo. Por lo tanto, otra vez, a medida que se incrementa el porcentaje de regalía r , también aumenta el diferencial de precios umbrales, lo que incrementa la distorsión en la estructura económica del productor.

En conclusión, la introducción de la regalía sobre el valor del mineral extraído de la misma afecta a su estructura económica de dos maneras: la mina pasa a producir menor carbón y, además, necesita que el precio internacional del mineral sea mayor que en ausencia de la regalía para lograr que la explotación sea económicamente viable.

Por lo anterior, el regulador debe ser muy cuidadoso y diligente. Además, debe tener en cuenta que la introducción de la regalía podría forzar a la mina a salir del mercado a consecuencia de una bajada del precio internacional del mineral, lo que propiciaría que el Estado colombiano no ingresara ningún monto por este concepto, que la propietaria de la mina dejará de ingresar su regalía y que se perdieran todos los empleos directos e indirectos que genera la mina en la actualidad. Así las cosas, el regulador debe considerar todos los riesgos en los que se embarcaría a sí mismo y a la mina de El Cerrejón al introducir un aumento en la regalía.



4.2.1 Sobre la repercusión negativa de la regalía sobre los beneficios de la explotación minera y el bienestar social

En este epígrafe se pasa a analizar desde el punto de vista conceptual quién es el que soporta la carga fiscal en el caso. Este análisis se hace para contradecir la idea que presenta el estudio de la UN según la cual parte de la presión fiscal introducida a raíz de las regalías se reparte entre la demanda y la oferta del mercado internacional del carbón. En el estudio en cuestión se indica al respecto lo siguiente:

“La traslación del impuesto (de los contribuyentes hipotéticos que son los productores a los contribuyentes de facto que son los consumidores) es parcial: del total del impuesto por unidad (u) sólo una parte ($P_1 - P_0$) es recuperado por los productores a través de un aumento del precio pagado por los consumidores (traslación “hacia adelante”); la diferencia ($P_1 - P_2$) debe de ser absorbida por los productores sin poder ser descargada en los consumidores (aunque puede a su vez ser trasladada “hacia atrás” por los productores), reduciendo el precio pagado a algún factor productivo como los salarios; en otros términos, puede concebirse la distribución de la carga tributaria total representada por el rectángulo P_2FGP_1 entre consumidores y productores en las proporciones indicadas por los rectángulos P_0HGP_1 y P_2FHP_0 , respectivamente.”²⁹

En otras palabras, según el estudio de la UN referenciado, la regalía desplaza la curva de la oferta hacia arriba, de tal forma que el precio cobrado en el mercado es mayor que el observado en ausencia de la regalía y la cantidad de equilibrio se reduce. Sin embargo, aunque el precio cobrado por la oferta sea mayor, ésta ingresa un precio menor. La diferencia entre el precio cobrado y el ingresado se configura como la regalía cobrada por el regulador por unidad vendida en el mercado.

A pesar de la minuciosidad del análisis llevado a cabo en dicho análisis, éste resulta incorrecto debido a que considera que la regalía cobrada en Colombia es capaz de desplazar la curva de oferta internacional del mercado de carbón. Este planteamiento es incorrecto, dado que la regalía propuesta no se cobra a todos los extractores internacionales de carbón, sino que sólo se le impone a los productores colombianos.

Una vez más, si se considera que el sector opera en condiciones de competencia perfecta, cada mina por separado es precio aceptante. Por lo tanto, ese aumento de precio planteado por el estudio de la UN nunca podrá darse, esto es, el precio de mercado permanecerá inalterado por la regalía. En consecuencia, toda la presión fiscal producida por la regalía deberá ser soportada únicamente por el productor colombiano en cuestión.

²⁹ Estudio de la UN referido, página 389.



9

Gráficamente, la recaudación de la regalía R queda representada por el recuadro verde comprendido entre el precio de mercado y el costo marginal observado en el escenario donde no existen regalías. Esta recaudación sólo canaliza los beneficios del explotador de la mina pero en ningún caso logra mermar el excedente del consumidor debido a que el precio de mercado nunca aumenta en reacción a la introducción del tributo planteado. En otras palabras, la regalía sólo se configura como un traspaso de rentas del productor al Gobierno.

Por otro lado, no se debe olvidar que cualquier impuesto, como la regalía que se está planteando, genera pérdidas irreversibles de eficiencia, esto es, mermas en el bienestar social generado en el mercado. Este bienestar se configura como la suma de los excedentes del consumidor y del productor (o el beneficio económico de éste). El excedente del consumidor en ningún momento se ve afectado, pues el precio que éste paga por el producto nunca se ve afectado. Sin embargo, desde la perspectiva del productor y como se indicó previamente, la introducción de la regalía reduce la cantidad producida de q^* a q^{R*} . Esto hace que se reduzca el beneficio en una medida que la regalía no puede captar. Esta disminución de bienestar que no es recogida por el tributo es conocida como la pérdida irreversiblemente de eficiencia.

Figura 3: Recaudación (R) y pérdida irreversiblemente de eficiencia (PIE) generada por la regalía introducida por el regulador

Análiticamente, los valores aquí arriba representados serán:



$$R(q) = r \cdot P \cdot q^{R^*} = r \cdot P \cdot \frac{(1-r)P - a}{b}$$

$$PIE = \frac{(q^* - q^{R^*}) \cdot (P - CMg(q^{R^*}))}{2} = \frac{(2r - r^2)P^2 - 2a \cdot r \cdot P}{2b}$$

La pérdida irrecuperable de eficiencia puede ser calculada como el área del triángulo que lo conforma (esto es, la base $(q^* - q^{R^*})$ multiplicada por la altura $(P - CMg(q^{R^*}))$ dividido por 2), aunque la manera rigurosa de hacerlo incluiría el cálculo de integrales³⁰. Esta pérdida es creciente con respecto a r , como se puede comprobar al calcular su derivada con respecto a dicha variable:

$$\frac{\partial PIE}{\partial r} = - \frac{a \cdot P + (r - 1) \cdot P^2}{b} > 0$$

$$r < 1 - \frac{a}{P}$$

Este resultado significa que aumentar el porcentaje de la regalía r hace aumentar esa pérdida de bienestar siempre que el porcentaje sea menor que ese umbral. Este resultado tiene su intuición: si se diera justo que $r = 1 - \frac{a}{P}$, entonces el intercepto de la función $CMg^R(q)$ con el eje vertical sería:

$$a + r \cdot P = a + \left(1 - \frac{a}{P}\right)P = a + P - a = P$$

Esto es, si el porcentaje de la regalía r superase el umbral arriba desarrollado, la empresa explotadora tendría que salir del mercado pues su función de costos marginales incluyendo el pago de la regalía $(CMg^R(q))$ superaría al precio del mercado en todo su recorrido.

Por lo tanto, un aumento de r hace aumentar también la pérdida irrecuperable de eficiencia en todo su recorrido admisible. En otras palabras, a mayor porcentaje de regalía, mayor es la pérdida de bienestar social generado por el mercado. Como resulta obvio en este caso, la pérdida de eficiencia sólo es representada por la pérdida de beneficio (dado que, como ya se ha indicado, esta regalía no hará aumentar el precio internacional del carbón), pero este hecho no le resta gravedad a que se pierda bienestar social que ni siquiera la recaudación de la regalía logra captar. Por este motivo, el regulador debe, en primer lugar, no distorsionar el mercado con un impuesto nuevo y, en caso de decidir imponer la regalía, ser diligente y tratar de fijar un porcentaje lo más bajo posible con el objeto de minimizar el impacto sobre el bienestar social generado por el mercado.

³⁰ Por ejemplo: $PIE = P \cdot (q^* - q^{R^*}) - \int_{q^{R^*}}^{q^*} CMg(q) dq$.



Vale la pena recordarle al lector en este punto que estos análisis aquí expuestos han sido realizados desde el punto de vista de una sola explotación minera. El regulador debería tener a bien considerar que todas estas distorsiones que la introducción y subida de una regalía generan se multiplican por cada explotación afectada, con la consecuente caída en el bienestar social generado por el sector en el país.

4.3 Sobre la repercusión negativa de la regalía sobre la relación económica entre el dueño y el explotador de la mina RPP

En este aparte, se repasarán los efectos negativos que le generaría una regalía sobre la relación económica que se da entre el propietario de una mina RPP y el explotador de la mina. Hay que señalar a este respecto que en la actualidad la mina de El Cerrejón opera en esta modalidad: la propiedad de la mina es de la Comunidad de El Cerrejón, mientras que ésta subcontrata la operación de la mina a El Cerrejón Limited.

Entre ellas se reparten el riesgo económico de la mina (*esto es, la probabilidad de que la mina deba salir del mercado debido a, por ejemplo, precios excesivamente bajos en el mercado internacional del carbón*) ya que la propietaria cobra una regalía sobre la operación del 6% sobre el valor del mineral extraído. Por lo tanto, si la explotadora tuviese que salir del mercado, la propietaria se quedaría sin la renta de su regalía. Así las cosas, es en beneficio de ambas partes que la mina pueda ser explotada.

Así las cosas, primero se modelará la relación entre la explotadora de la mina (E) y la dueña de la misma (D) en ausencia de una regalía impuesta por el Gobierno. Luego se hará el mismo ejercicio incluyendo la regalía, para comparar los resultados de ambos escenarios.

Para este escenario también se asumirá que el explotador de la mina enfrenta una demanda totalmente plana al nivel del precio internacional del carbón y que su estructura de costos es:

$$CT_E(q) = a \cdot q + \frac{b}{2}q^2 + CF + d \cdot P \cdot q$$

La diferencia con el caso anterior es que la explotadora tiene que pagar una regalía sobre los ingresos generados de d (así, $0 < d < 1$). Con todo, la función de beneficios de la explotadora será:

$$\begin{aligned} \pi_E &= P \cdot q - a \cdot q - \frac{b}{2}q^2 - CF - d \cdot P \cdot q = \\ &= (1 - d) \cdot P \cdot q - a \cdot q - \frac{b}{2}q^2 - CF \end{aligned}$$



Por otro lado, se asume que la dueña de la mina no presenta ningún costo. Por lo tanto, su función de beneficios será:

$$\pi_D = d \cdot P \cdot q$$

Así, el juego que se presenta entre la dueña y la explotadora se da en dos turnos: primero, la propietaria fija el porcentaje de su regalía (d) y después la explotadora de la mina decide cuanto carbón extrae teniendo en cuenta la regalía fijada previamente. Por lo tanto, este juego se presenta de manera dinámica y debe ser resuelto utilizando la inducción hacia atrás.

Entonces, primero se debe optimizar el juego que se le presenta a la explotadora:

$$\begin{aligned} \max_q \pi_E &= (1-d) \cdot P \cdot q - a \cdot q - \frac{b}{2} q^2 - CF \\ \frac{\partial \pi_E}{\partial q} &= (1-d) \cdot P - a - b \cdot q = 0 \\ q &= \frac{(1-d) \cdot P - a}{b} \end{aligned}$$

Así las cosas, la cantidad de carbón extraída por la explotadora dependerá, entre otros, de la regalía impuesta por la dueña.

Una vez optimizada la estrategia de la explotadora de la mina y siguiendo con la inducción hacia atrás, ahora se optimizará la estrategia de la dueña de la mina (*teniendo siempre en cuenta cuál será la reacción de la explotadora*), que debe imponer su regalía, d , sobre la explotadora. Así, su problema de optimización será:

$$\max_d \pi_D = d \cdot P \cdot q = d \cdot P \cdot \frac{(1-d) \cdot P - a}{b}$$

Nótese que la manera de incorporar la información sobre la reacción de la explotadora ante la regalía impuesta por la dueña es reemplazando q por la función de reacción de la primera. Siguiendo con el problema de optimización de la dueña, se obtiene:

$$\begin{aligned} \frac{\partial \pi_D}{\partial d} &= P \cdot \frac{(1-d) \cdot P - a}{b} + d \cdot P \cdot \frac{-P}{b} = 0 \\ d &= \frac{P - a}{2P} \end{aligned}$$

Ésta será la regalía d impuesta por la dueña de la mina sobre los ingresos obtenidos por la explotadora. Así las cosas, la explotadora decidirá producir la siguiente cantidad de carbón dada la regalía impuesta por la dueña:



$$q = \frac{(1-d) \cdot P - a}{b} = \frac{\left(1 - \frac{P-a}{2P}\right) \cdot P - a}{b} = \frac{P-a}{2b}$$

Dadas estas decisiones, los beneficios de la dueña y la explotadora de la mina serán:

$$\pi_D = d \cdot P \cdot q = \frac{P-a}{2P} \cdot P \cdot \frac{P-a}{2b} = \frac{(P-a)^2}{4b}$$

$$\begin{aligned} \pi_E &= (1-d) \cdot P \cdot q - a \cdot q - \frac{b}{2} q^2 - CF \\ &= \left(1 - \frac{d \cdot P}{2P}\right) \cdot P \cdot \frac{P-a}{2b} - a \cdot \frac{P-a}{2b} - \frac{b}{2} \left(\frac{P-a}{2b}\right)^2 - CF \\ &= \frac{(P-a)^2}{8b} - CF \end{aligned}$$

Sin embargo, las estrategias antes encontradas son sólo estables si el precio internacional del carbón es suficientemente alto como para no forzar a la explotadora a salir del mercado por entrar en pérdidas. Por lo tanto, se debe cumplir que:

$$\begin{aligned} \pi_E &\geq 0 \\ \frac{(P-a)^2}{8b} - CF &\geq 0 \\ P &\geq a + \sqrt{8 \cdot b \cdot CF} \end{aligned}$$

Así las cosas, el equilibrio en estrategias antes encontrado sólo tiene efecto si el precio internacional del carbón es mayor que el umbral antes encontrado.

En este punto, cabe resaltar que la regalía del 6% impuesta por la propietaria sobre la explotadora (en términos del modelo aquí presentado, $d = 0,06$) cumple con la condición encontrada aquí arriba dado que la explotadora no ha salido del mercado y sigue operando normalmente. Así, cabe concluir que esa regalía es óptima desde el punto de vista económico, pues ambas partes tienen información (y la experiencia) sobre el mercado y los costos para lograr que la actividad tenga viabilidad.

Además, hay que tener en cuenta que existe un incentivo adicional que hace que la dueña no quiera imponer una regalía d tan alta que sacase del mercado a la explotadora de la mina: si la mina entrase en inactividad por más de 12 meses, el Gobierno está facultado para expropiar la mina. Por lo tanto, si la dueña impusiera una regalía demasiado alta que sacase del mercado a la explotadora, además de perder los ingresos por la falta de operación, perdería su propiedad sobre el mineral en el subsuelo. Por todo esto, los incentivos de la dueña y la explotadora están alineados: ninguna de las dos querría que la mina dejase de producir por entrar en pérdidas.

No obstante lo anterior, ahora se verá cómo la imposición de una regalía *ad-valorem* sobre el mineral extraído de la mina distorsiona la relación entre la dueña y la



explotadora de la mina, haciendo en el proceso más difícil la viabilidad económica de la explotación y aumentando las probabilidades de su salida del mercado, con todos los efectos negativos sobre el bienestar social que eso supone (como ya se ha indicado).

Así las cosas, se asume que el Gobierno impone una regalía r sobre el valor de la producción. Por lo tanto, la recaudación será:

$$R(q) = r \cdot P \cdot q$$

Se asume también que esta regalía se impone sobre la dueña de la mina, por lo que su función de beneficios al existir la regalía r sería:

$$\pi_D^R = d \cdot P \cdot q - r \cdot P \cdot q = (d - r) \cdot P \cdot q$$

La función de beneficios de la explotadora no se ve afectada por la inclusión de la regalía (ya que, como ya se ha dicho, la regalía es impuesta sobre la dueña de la mina), por lo que su problema de optimización en el segundo turno no variará. Así, su función de reacción será otra vez:

$$q^R = \frac{(1 - d) \cdot P - a}{b}$$

Por lo tanto, una vez que la dueña de la mina anticipa que ésta será la reacción de la explotadora, puede otra vez incorporar esta información en su función de beneficios (siguiendo otra vez el método de la inducción hacia atrás) para llevar a cabo la optimización con respecto a la regalía d que ella le impone a la explotadora:

$$\max_d \pi_D^R = (d - r) \cdot P \cdot q = (d - r) \cdot P \cdot \frac{(1 - d) \cdot P - a}{b}$$

Esta función se optimiza con respecto a la regalía d :

$$\frac{\partial \pi_D^R}{\partial d} = P \cdot \frac{(1 - d) \cdot P - a}{b} + (d - r) \cdot P \cdot \frac{-P}{b} = 0$$

$$d^R = \frac{(1 + r) \cdot P - a}{2P}$$

Entonces, la expresión aquí definida para la regalía de la dueña de la mina cuando existe la regalía del estado (d^R) es creciente en r , como cabría esperar. Es decir, a medida que se aumenta la regalía del Gobierno r , la dueña de la mina debe aumentar su regalía d .

Con esa nueva regalía d^R , ya se puede calcular cuánto carbón producirá la explotadora:



$$q^R = \frac{(1 - d^R) \cdot P - a}{b} = \frac{\left(1 - \frac{(1+r) \cdot P - a}{2P}\right) \cdot P - a}{b} = \frac{(1-r) \cdot P - a}{2b}$$

Como se puede observar también en el resultado anterior, la explotadora reducirá su producción de carbón a medida que aumente la regalía del Gobierno r . Esto es así porque la dueña de la mina deberá repercutirle a la explotadora la introducción de este impuesto.

Dicho lo anterior, ahora se calcula el nuevo beneficio de la dueña de la mina al existir una regalía estatal r :

$$\pi_B^R = (d - r) \cdot P \cdot q = \frac{[(1-r) \cdot P - a]^2}{4b}$$

Por su parte, el nuevo beneficio de la explotadora con la existencia de la regalía estatal r será:

$$\begin{aligned} \pi_E^R &= (1 - d^R) \cdot P \cdot q - a \cdot q - \frac{b}{2} q^2 - CF \\ &= \left(1 - \frac{(1+r) \cdot P - a}{2P}\right) \cdot P \cdot \frac{(1-r) \cdot P - a}{2b} - a \cdot \frac{(1-r) \cdot P - a}{2b} \\ &\quad - \frac{b}{2} \left(\frac{(1-r) \cdot P - a}{2b}\right)^2 - CF = \frac{[(1-r) \cdot P - a]^2}{8b} - CF \end{aligned}$$

Nótese que ahora el nuevo beneficio es menor que en la situación en la que no hay regalía estatal dado que, como ya se ha dicho, la dueña de la mina le repercute parte de esa regalía a través de la suya propia. Ahora, se analiza para qué precios del mercado internacional del carbón ese beneficio será no negativo, de tal forma que se asegure la viabilidad económica de la explotación de la mina y que ésta no deba salir del mercado:

$$\begin{aligned} \pi_E^R &\geq 0 \\ \frac{[(1-r) \cdot P - a]^2}{8b} - CF &\geq 0 \\ P^R &\geq \frac{a + \sqrt{8 \cdot b \cdot CF}}{1-r} \end{aligned}$$

Como se puede comprobar, la inclusión de la regalía estatal r supone una serie de distorsiones sobre todas las variables producidas por este modelo. Ahora, se analizarán esas distorsiones restando las variables del escenario sin y con regalía estatal.

Para empezar, la regalía privada que impone la dueña sobre la explotadora (d) aumentó al introducir la regalía estatal (*hasta* d^R) en la siguiente medida:





g

$$d^R - d = \frac{(1+r) \cdot P - a}{2P} - \frac{P - a}{2P} = \frac{r}{2}$$

Como se puede ver, la propietaria de la mina deberá repercutirle la mitad de la regalía estatal r a la explotadora mediante su propia regalía d^R . Por lo tanto, los beneficios de ambas empresas se verán afectados negativamente por la regalía estatal: ni la dueña de la mina le repercute toda la regalía a la explotadora ni asume todo el costo del impuesto. Esto demuestra una vez más que los incentivos de ambas partes están alineados como ya se apuntó más arriba.

Por otra parte, cantidad de carbón extraída disminuirá:

$$q - q^R = \frac{P - a}{2b} - \frac{(1-r) \cdot P - a}{2b} = \frac{r \cdot P}{2b}$$

La disminución en la cantidad producida por la mina será mayor cuanto más grande sea la regalía estatal y el precio del mercado (y *cuanto menor sea la pendiente de la función de costo marginal, b*). En otras, palabras, cuanto mayor sea la regalía, mayor será la distorsión en cuanto a cantidades producidas.

Por otro lado, y como ya se pudo anticipar al analizar la variación en la regalía privada debido a la introducción de la regalía estatal, tanto el beneficio de la empresa dueña de la mina como el de la explotadora se verán afectados negativamente. Dicho de otra manera, en ambos casos, el beneficio obtenido sin la regalía estatal será siempre mayor que el obtenido con la misma. Para el caso de la dueña, aquí se tiene la demostración:

$$\frac{(P - a)^2}{4b} > \frac{\pi_D > \pi_D^R}{[(1-r) \cdot P - a]^2} \\ r > 0$$

Y para la explotadora, se hace lo mismo:

$$\frac{(P - a)^2}{8b} - CF > \frac{\pi_E > \pi_E^R}{[(1-r) \cdot P - a]^2} - CF \\ r > 0$$

El resultado en ambos es casos es sobradamente intuitivo: el beneficio de ambas partes será menor siempre que la regalía estatal r sea positiva. Este resultado siempre se da, dado que se estableció que esa regalía estaría comprendida entre 0 y 1. Por lo tanto, la regalía estatal siempre hará disminuir los beneficios de ambas empresas, haciendo siempre más difícil su viabilidad económica. Además, y como ya se avanzó en el epígrafe anterior, una disminución de los beneficios de las empresas hace disminuir el



bienestar social generado en el mercado, cosa que va en contra del interés general de la sociedad.

Por otro lado, el precio que haría salir del mercado a la empresa explotadora es mayor en el caso de implementar la regalía estatal que cuando no existe:

$$\frac{a + \sqrt{8 \cdot b \cdot CF}}{1 - r} > a + \sqrt{8 \cdot b \cdot CF}$$

$r > 0$

Otra vez, siempre que la regalía estatal sea positiva (y siempre lo es, dado que se especificó que ésta estaría comprendida entre 0 y 1), el precio mínimo de viabilidad económica por la explotadora de la mina será mayor, por lo que las probabilidades de que la mina deba cerrar serán mayores, con el inmenso impacto negativo que esto supondría para la economía de la región y del país.

En conclusión, en este escenario en el que se especifica una relación contractual entre un dueño de la mina y un explotador, la introducción de la regalía estatal genera unas distorsiones negativas sobre todas las variables que representan el desempeño de los agentes y que en últimas hacen aumentar la posibilidad de cierre de la mina, con todas las repercusiones negativas que eso supondría. Por lo tanto, es imperativo que el Gobierno sea diligente a la hora de introducir una regalía y sopesa bien todas estas consecuencias desde un punto de vista de bienestar social.

4.4 Relajación de algunos supuestos del modelo anterior para incidir en su realismo

El modelo anterior parte de la base de algunos supuestos para simplificar los cálculos y los resultados. Sin embargo, algunos no se acotan a la realidad de manera exacta, sobretodo en lo concerniente al contrato existente entre la explotadora de la mina y la propietaria de la misma.

En efecto, el modelo anterior anticipaba que es la propietaria la que asume la carga de la regalía estatal impuesta en su totalidad. No obstante, el contrato entre las partes ya anticipa que esta eventualidad podría ocurrir, como se recoge en esta cláusula, como aquí se recoge:

“13.2 REGALÍA CONTEMPLADA EN EL PARÁGRAFO SEGUNDO DEL ART. 227 DE LA LEY 685 DE 2001:

13.2.1 Durante el término de duración del Contrato, la regalía a que se refiere el inciso segundo del artículo 227 de la Ley 685 de 2001 o las normas que la modifiquen, complementen o adiciones, aplicable al Área Contratada, será asumida por la COMUNIDAD y CERREJÓN en el equivalente a la tarifa del 0,2% por cada uno, mientras permanezca vigente la tarifa actual de 0.4% sobre el valor



9

de la producción calculado o medido al borde o en boca de mina. En el evento en que dicha tarifa sea incrementada en virtud de disposiciones legales pertinentes, la COMUNIDAD continuará asumiendo el equivalente a la tarifa del 0,2% más el diez por ciento (10%) del incremento por encima de la tarifa del 0,4%. Por su parte, en el evento en que la tarifa del 0,4% sea incrementada, CERREJÓN seguirá asumiendo el equivalente a la tarifa del 0,2% más el noventa por ciento (90%) del incremento por encima de la tarifa del 0,4%.

13.2.2 CERREJÓN realizará el pago por cuenta de LA COMUNIDAD en las fechas y en los montos que se deban realizar conforme a las disposiciones reglamentarias. Dicho pago será realizado a cargo del título de propiedad privada de la COMUNIDAD sobre el Área Contratada.

13.2.3 Una vez efectuado el pago, CERREJÓN solicitará el reintegro de la parte que le corresponde a LA COMUNIDAD y entregará copia del correspondiente comprobante de pago. A partir de la fecha de esa solicitud, LA COMUNIDAD dispondrá de un Mes calendario para hacer el reembolso a CERREJÓN. En el evento en que LA COMUNIDAD no haya efectuado el reembolso dentro del término anterior, CERREJÓN descontará el valor correspondiente del pago de regalía inmediatamente posterior. CERREJÓN no podrá solicitar el reintegro de multas, intereses o sanciones impuestos por el incumplimiento en los pagos."

Aunque el modelo anterior no asumiera estos hechos recogidos en esta cláusula entre sus supuestos, una de las conclusiones del mismo es que la regalía estatal (r) sería asumida a medias entre las partes, pues la subida de la regalía privada (d) sólo iba a subir la mitad de esa regalía pública. Éste es el resultado estratégico entre las partes que anticipó el modelo tras la introducción de la regalía pública.

No obstante lo anterior, y como se desprende de esta cláusula, ante la eventualidad de un alza en la regalía por encima del 0,4% actual, esa alza sería asumida en un 10% por la propietaria y en un 90% por la explotadora. Así las cosas, si se subiera la regalía del 0,4% actual al 10% propuesto, la variación de la regalía sería de 9,6%. De este aumento, la propietaria tendría que asumir un 0,96% y la explotadora, un 8,64%. Como resultado, la propietaria acabaría pagando un 1,36% de regalía y la explotadora, 9,04%.

Nótese que el aumento de regalía que debería asumir la empresa explotadora ante el cambio regulatorio propuesto sería, cuanto menos, acentuado (*asumiendo que el contrato no es renegociado*). Así las cosas, la presión sobre la viabilidad económica de la relación económica entre las partes sería aún más marcada, pues el precio de mercado que debería existir para garantizar su viabilidad económica (*y la de la relación económica entre las partes en su conjunto*) es más alto que el predicho por el modelo anterior.

Sin embargo, en previsión de este cese de actividades de la explotadora (*la cual acabaría con el negocio de ambas partes*), en el pasado ha sido la recurrente la necesidad de ajustar los términos del contrato ante las condiciones cambiantes de la operación y del mercado. Como se verá más abajo, el precio del carbón ha sido en el pasado cualquier cosa menos estable y los precios seguramente muchas veces han



estado lejos de ese punto de equilibrio económico para la empresa explotadora, incluso con una regalía estatal de tan solo un 0,4%. Esto es indicador de que la empresa explotadora se encuentra lejos de operar en niveles de beneficio económico que asegurarían esa viabilidad económica. Un aumento de la regalía estatal sobre la operación empeoraría la situación y aumentaría las probabilidades de salida del mercado de la empresa.

A lo anterior, hay que añadirle el hecho de que la empresa explotadora opera sobre la mina propiedad de la Comunidad de El Cerrejón, pero también opera sobre terrenos aledaños sobre cuya producción ya se aplica la regalía del 10% (*la que se aplica sobre las minas sobre las que no existen derechos adquiridos en la actualidad*). Este ya le supone en el presente un lastre sustancial sobre las operaciones de la empresa explotadora que se ha tenido que traducir en una renegociación de los términos del contrato. Por lo tanto, se podría argumentar que la regalía actual del 10% sobre los terrenos sobre los que no se tienen derechos adquiridos ya presenta características de confiscación sobre la propia Comunidad de El Cerrejón (*la propietaria de la mina*), aunque ella no tenga que pagar esa regalía directamente.

Con todo lo anterior, sólo queda concluir que el aumento de la regalía estatal sobre la extracción de carbón a las minas de tipo RPP propuesto pondría a la viabilidad económica de la empresa explotadora de El Cerrejón y, de manera repercutida, a la Comunidad de El Cerrejón en un peligro aún más acuciante que el que se presenta en la actualidad e incluso más allá de lo que el modelo anterior predice. Si el Gobierno quiere ser amable con la inversión empresarial (*ya sea nacional o extranjera*), debe entender que este aumento de la regalía propuesto está totalmente contrapuesto a este objeto.

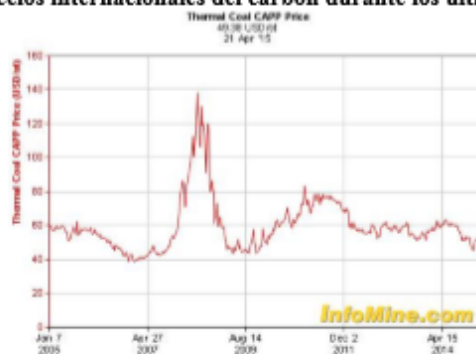
4.5 Sobre el precio del carbón y sus previsiones

Como se ha podido ver en los apartes anteriores, el precio del mercado internacional del carbón es fundamental en las decisiones que toma la mina a la hora de planificar su producción. Esto es debido a que, como ya se ha indicado, una empresa como la que explota la mina de El Cerrejón y que opere en el mercado internacional del carbón deberá ser precio aceptante.

Además, da la sensación de que el estudio de la Universidad Nacional de Colombia referido previamente asume que los precios del carbón son altos y que, por consiguiente, la introducción de la regalía no generaría distorsiones. Es posible que se pudiera partir de ese supuesto en el momento en que se redactó el informe, esto es, en diciembre de 2012. Sin embargo y como se verá a continuación, en la actualidad ese supuesto es erróneo, pues esos precios han bajado considerablemente:



Figura 4: Precios internacionales del carbón durante los últimos 10 años.³¹



Como se puede observar, desde el año 2005, el precio internacional del carbón ha oscilado alrededor de los 60 dólares por tonelada. Sin embargo, se puede observar claramente una burbuja durante el año 2008, cuando el precio del mineral llegó casi a los 140 dólares por tonelada, el cual explotó a principios de 2009, cuando el mismo precio llegó a caer hasta casi los 40 dólares. Además, también se observa un ligero aumento de precio entre los años 2010 y 2011, cuando éste fue de casi 80 dólares. En la actualidad, esto es, para el mes de octubre del año 2016 el precio internacional del carbón FOB Colombia está sobre los 70 dólares por tonelada, y el promedio de los últimos 3 años ha estado sobre los 60 dólares por tonelada.

Volviendo a la consideración tomada en el estudio de la Universidad Nacional de Colombia sobre este precio, a continuación se muestra el precio del mineral desde diciembre de 2012, cuando su estudio fue publicado:

³¹ Fuente: Infomine. Enlace abreviado: <http://goo.gl/mTjBS4>



Figura 5: Precios internacionales del carbón por tonelada métrica desde el 1 de diciembre de 2012.³²



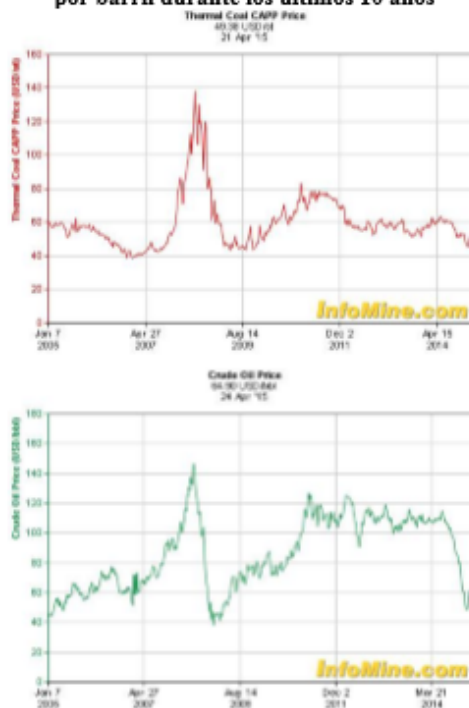
En este gráfico se puede ver que cuando se publicó dicho estudio, el precio del carbón estaba por encima de los 60 dólares, cuando en la actualidad éste no supera los 50 dólares. Por lo tanto, desde entonces en el mercado se ha experimentado una caída de casi un 20%. Obviamente, esta caída del precio no ha sido suficiente para que la explotadora de El Cerrejón deba salir del mercado, pero no se sabe si ese precio límite ya se esté acercando a ese límite asumible por la empresa. El precio mínimo del carbón que se puede observar en el gráfico anterior fue de 40 dólares a finales de 2006 e inicios de 2007.

Ahora cabe preguntarse si el precio del carbón está relacionado con el del petróleo, dado que ambas materias primas pueden ser sustitutas entre sí en muchos usos (como, por ejemplo, en la generación de electricidad en plantas térmicas híbridas que pueden funcionar tanto con carbón como con diesel –y con gas natural–). Si ese fuera el caso, se podría observar alguna correlación entre ambos precios.

³² *Ibidem.*



Figura 6: Precios internacionales del carbón por tonelada métrica y del petróleo por barril durante los últimos 10 años



Como se puede observar, ambos precios tienen una correlación bastante fuerte y siguen tendencias parecidas. Más concretamente, parece que el precio del carbón sigue al del petróleo cuando este baja, pero normalmente no lo sigue en sus subidas (*salvo en el repunte que se dio en 2008 y que fue una de las causas de la crisis financiera del momento*). Por ejemplo, se puede observar que el precio del petróleo tuvo una escalada entre 2009 y 2010, cuando el barril llegó a estar a 120 dólares; pero el precio del carbón tuvo una subida más moderada. También se puede comprobar que la caída del precio del petróleo después del repunte de 2008 y la ocasionada en la segunda mitad de 2014 también supusieron caídas en el precio del carbón. Por todo lo anterior, puede concluirse que las caídas del precio del petróleo hacen caer el precio del carbón; pero las subidas del primero no se trasladan al precio del segundo en la misma intensidad.

Por su parte, las previsiones con respecto al precio del petróleo no indican que vaya a haber subidas en el corto o medio plazo, dado que por el lado de la oferta hay sobre producción y la demanda en países con rápido crecimiento económico, como China, se ha estancado.



Así las cosas, mientras el precio internacional del petróleo se mantenga deprimido en el corto y medio plazo (y, con él, el del gas), será difícil que en el futuro el del carbón pueda subir, dada su condición de seguidor del primero. Por lo tanto, ante este futuro sombrío para los productores de carbón de todo el planeta, no es indicado implementar un impuesto adicional sobre éstos. Como se vio en epígrafes anteriores, con la introducción de la regalía, el precio de mercado a partir del cual la empresa explotadora puede ser económicamente viable aumenta. El Gobierno debe tener en cuenta este efecto y anticipar que es muy probable que el precio del carbón (como el del petróleo) se mantenga estancado durante mucho tiempo, por lo que la regalía hace aumentar las probabilidades de hacer salir del mercado a un productor de carbón. Si el Gobierno quiere promover la iniciativa privada, debe implementar regulaciones que sean efectivas tanto en épocas de precios altos como de precios bajos (como parece que va a ser el escenario durante los próximos años).

Por otra parte, a la hora de emitir este estudio (esto es, el 12 de mayo de 2015), la Patriot Coal, productora de carbón en el estado de West Virginia, ha anunciado que entra en bancarota.³³ Bob Bennett, presidente y CEO de la organización, comunicó que: “A la luz de las difíciles condiciones del mercado, y después de una revisión comprensible de nuestras alternativas, la Junta y el equipo directivo han determinado que este proceso representa el mejor camino para la Patriot y las partes involucradas”.³⁴ De lo anterior, sólo se puede deducir que el precio en el mercado internacional del carbón en la actualidad se ve presionado a la baja por los precios del crudo (y del gas) hasta puntos en los que algunos productores del mineral deben salir del mercado. Por lo tanto, es lógico descartar categóricamente la consideración de que existen condiciones de mercado que proporcionan un margen para introducir un regalía pública sobre el carbón sin temor a forzar la salida del operador de El Cerrejón.

4.6 Sobre la doble imposición en la que se incurriría al imponer una regalía sobre la producción de carbón

Como ya se apuntado anteriormente, la explotadora de la mina de El Cerrejón debe obtener una licencia ambiental para poder operar legalmente en la extracción del carbón. Uno de los requisitos imperativos de esa licencia ambiental es ejecutar proyectos de mitigación del impacto ambiental y social en los que se incurre con la explotación de la mina. Muestra de estos proyectos se encuentran en el informe “Resumen de Desempeño 2013” de El Cerrejón.³⁵ En dicho informe, se indica que se llevaron a cabo inversiones de tipo ambiental por valor de \$101.400 millones, lo que supuso, entre otros, la rehabilitación de 3.321 hectáreas en acumulado para ese año.

³³ Fuentes de la noticia: <http://goo.gl/FwEPrb>, <http://goo.gl/tRSLa5> y <http://goo.gl/3uSmMf>.

³⁴ Traducción libre del comunicado original en inglés: “In light of the challenging market conditions, and after a comprehensive review of our alternatives, the Board and management team have determined that this process represents the best path forward for Patriot and its stakeholders”.

³⁵ Es el más actual en el momento de redactar este informe. Enlace abreviado: <http://goo.gl/Jq78fp>.



9

Por otro lado, el estudio elaborado por la Universidad Nacional de Colombia (UN) titulado “*Estudio para determinar la metodología y los porcentajes de liquidación de regalías de los títulos de reconocimiento de propiedad privada*” señala que el objetivo de la regalía propuesta sería el de mitigar los impactos ambientales y sociales que generaría la mina.

Pues bien, no es riguroso obligar a una empresa a realizar todas esas inversiones en mitigación del impacto ambiental a través de la licencia ambiental y además imponerle un tributo cuya razón de ser es en parte la mitigación de esos mismos impactos. Si se llevara a cabo esta coincidencia de obligaciones, el Gobierno estaría incurriendo en prácticas de doble imposición, lo que carece de cualquier seriedad mínima que requiere este asunto.

Si el argumento es que esas inversiones impuestas por la licencia ambiental no son suficientes para mitigar los diferentes impactos, entonces el problema no se arregla imponiendo un tributo adicional como la regalía que se está planteando, sino corrigiendo la misma licencia y sus obligaciones para que éstas eliminen totalmente esos impactos.

Además, desde un punto de vista económico, estas inversiones impuestas por la licencia ambiental se conformarían como un costo fijo y no como un componente extra del costo marginal, lo que no distorsiona la función de oferta de la mina en todo su recorrido, sino simplemente su escala mínima eficiente.³⁶ Por lo anterior, con un precio suficientemente alto del carbón, la mina no debería tener que variar su decisión de producción. En cambio, y como ya se ha comprobado más arriba en este mismo estudio, las regalías distorsionan la función de costos marginales, tanto en su intersección con el eje vertical como en su pendiente, con lo que las decisiones de producción se ven afectadas en todo su recorrido y las distorsiones son a dos niveles: cuánto producir para cada precio de mercado y la escala mínima eficiente.

Por otro lado, si a la empresa explotadora se le da unos objetivos de mitigación a llevar a cabo por sí misma a través de las obligaciones de la licencia ambiental, ella misma tiene los incentivos para lograr esa mitigación de la manera más eficiente posible, esto es, incurriendo en el menor costo posible. De esta forma, se logra una solución privada (*con las connotaciones de eficiencia que eso supone*) al problema de los impactos. Si es el Gobierno el que debe mitigar los impactos financiándose a través de una regalía, se lograría la misma mitigación (*en el mejor de los casos*) pero con un intermediario adicional, aumentando la en el proceso las distorsiones.

Por último, si se insiste en la política de imponer una regalía, lo riguroso y mínimamente aceptable sería poder deducir de la misma el importe de las inversiones llevadas a cabo para cumplir con las obligaciones de la licencia ambiental. De este

³⁶ Esto es, la cantidad mínima a partir de la cual la empresa entra en beneficios económicos positivos y, por consiguiente, no necesita salir del mercado.



modo, se estaría corrigiendo la doble imposición que sufriría inaceptablemente la mina de El Cerrejón en sus operaciones. Por lo tanto, no es aceptable que El Cerrejón deba soportar ambas obligaciones originando doble imposición, sino que una debería descontar a la otra.

4.7 Propuesta normativa.

El estudio elaborado por la Universidad Nacional Sede Medellín propone dos (2) opciones de reglamentación del inciso segundo del artículo 227 de la Ley 685 de 2001. A continuación, referiremos a esas dos opciones.

4.7.1 Primera opción.

La primera opción puede resumirse así:

- Contiene un apartado de consideraciones, que serían del siguiente tenor

“Teniendo en cuenta que la Carta de 1991 constitucionalizó el pago de una contraprestación económica, a título de regalía por la explotación de un recurso natural no renovable (inciso segundo, art. 360), y en razón de ese concepto se promulgó la Ley 141 de 1994, por la cual se crean el Fondo Nacional de Regalías, la Comisión Nacional de Regalías, se regula el derecho del Estado a percibir regalías por la explotación de recursos naturales no renovables, se establecen las reglas para su liquidación y distribución y se dictan otras disposiciones, la cual previó en su artículo 13 el principio de la ‘generalidad de las regalías’.

“A su vez, en el marco del capítulo IV del Título XII de la Constitución relativo a la distribución de recursos y competencias, el artículo 360 defiere al legislador la determinación de las condiciones para la explotación de los recursos naturales no renovables, así como los derechos de las entidades territoriales sobre los mismos.

“Este mismo mandato fundamental previó el principio de universalidad de las regalías”, conforme al cual la explotación de un recurso natural no renovable causa a favor del Estado, una contraprestación económica a título de regalía (sin hacer distinción entre propiedad estatal o privada).

“Que la Corte Constitucional mediante Sentencia C-669 de 2002, manifestó que corresponde al Gobierno Nacional de conformidad con lo establecido en el inciso 2° del artículo 227, (...) “reglamentar la materia a que dicho inciso se refiere, es decir, el monto, recaudo y distribución de las regalías que deben pagar los propietarios privados del subsuelo por la explotación de los recursos naturales no renovables”;



“Que en la misma sentencia la Corte Constitucional señala: “la Corte constata que efectivamente el artículo 360 superior no hace distinción alguna en relación con la propiedad de los recursos naturales no renovables a que alude y que de su texto se desprende que la explotación de todo recurso natural no renovable causará a favor del Estado una contraprestación económica a título de regalía, sin perjuicio de cualquier otro derecho o compensación que se pacte. Es decir que el mandato contenido en el artículo 360 constitucional debe concordarse necesariamente con el del artículo 332 que sustenta la vigencia en este campo de un régimen excepcional de propiedad privada del subsuelo basado en la existencia de derechos adquiridos y perfeccionados conforme a leyes preexistentes.”

“En efecto, la obligación constitucional consagrada en el artículo 360 superior relacionada con el pago de las regalías se fundamenta en la explotación del recurso natural no renovable y no en la titularidad sobre este, bien sea propiedad estatal o privada, explotación que va en consonancia con la función social y ecológica de la propiedad, señalada en el artículo 58 superior.

“En igual sentido determinó, “en ese orden de ideas cabe precisar que en este caso no se trata de exigir el pago de una regalía como contraprestación obligatoria que corresponde al Estado como propietario del recurso natural no renovable, sino que dicha regalía se exige en los términos del artículo 360 constitucional por el hecho de la explotación misma del recurso no renovable, en consonancia con la función social de la propiedad a la que es inherente una función ecológica (art. 58 C.P.), la cual, en el caso de los recursos mineros de propiedad privada tiene una particular relevancia”;

“De igual forma contempla que, “No debe olvidarse en efecto que en este supuesto se está frente al cobro de una regalía a favor del Estado que debe compensar para la sociedad los efectos de la explotación de los recursos naturales no renovables, compensación que puede no ser uniforme, pues dependerá de las condiciones mismas de explotación de cada recurso el que se generen en mayor o menor medida efectos ambientales y sociales que deban ser compensados.”;

“De conformidad con el mandato Constitucional (art. 58 C.P.), la Corte Constitucional precisa en la misma Sentencia C-669 “el derecho de propiedad garantizado por la norma superior, no es absoluto, sino que está limitado y condicionado en su ejercicio por la realización de los objetivos sociales y subordinado a ellos y que las condiciones mismas de la explotación de los recursos no renovables ocasionan consecuencias de orden ambiental y social, incluida la extinción misma del recurso en el territorio donde se despliega la labor extractiva que deben ser compensadas por los particulares que explotan dichos recursos”.



9

“También señaló los criterios a tener en cuenta por parte del Gobierno para fijar el monto de las regalías mencionadas, para lo cual deberá: (...) determinar el monto de dichas regalías de acuerdo con criterios objetivos tales como las condiciones de explotación de los mismos, los costos en que el propietario de los recursos incurre, el deterioro ambiental que dicha explotación genere, el impacto social que la misma produzca, o la carga tributaria que sobre la misma explotación exista, entre otras consideraciones”;

“Que el Consejo de Estado mediante el fallo que resuelve la acción de nulidad del Decreto 1631 de 2006, con radicado No. 34178/2011, declara nulos los artículos 1, 2 y 3 del Decreto 1631 de 2006, por medio del cual se adiciona y se modifica el Decreto 2353 de 2001 reglamentario del inciso segundo del artículo 227 de la Ley 685 de 2001, el cual señalaba en el párrafo del artículo 3, (...) “Párrafo. Para la respectiva declaración el propietario privado del subsuelo tendrá en cuenta el precio del mineral fijado cada año por la Unidad de Planeación Minero Energética, UPME del Ministerio de Minas y Energía en un porcentaje del 0.4% sobre la producción obtenida al borde o en boca de mina.”; bajo el entendido de que en la sentencia C 669 de 2002 la Corte Constitucional declaró la asequibilidad condicionada del inciso final del artículo 227 de la Ley 685 de 2001 y al hacerlo determinó que tratándose de propietarios privados del subsuelo debían pagar no menos del 0.4% y hasta el máximo previsto por la ley.

“Que en consonancia con lo expuesto por la Corte Constitucional, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo estima, “como lo hizo cuando declaró la nulidad parcial de los Decretos 2353 de 2001 y 136 de 2002, anteriores reglamentarios del inciso segundo del artículo 227 del Código de Minas, que ese tope mínimo de 0.4% establecido por el legislador para regalías del subsuelo de propiedad privada, no puede reducirse a todos los casos. Ello conlleva a una diferencia protuberante con las regalías cobradas frente a explotación de los recursos naturales no renovables de propiedad estatal y al desconocimiento del fundamento del cobro de las regalías compensatorias del daño que genera esa explotación, en el campo ambiental y social.”

“Que el estudio elaborado por la Unidad de Planeación Minero Energética a través de la Universidad Nacional de Colombia sede Medellín, contrato de consultoría No. 19547-003- 2012 determinó en sus conclusiones: No se determina una medida exacta mediante la cual sea posible cuantificar la compensación que por la extracción de recursos naturales no renovables deba pagar un titular privado del subsuelo, toda vez que la actividad extractiva significa para la sociedad y para el medio ambiente, las mismas consecuencias que trae la explotación de los recursos no renovables de propiedad del estado, por lo tanto carece de fundamento diferenciar el porcentaje pagado por regalía en un yacimiento cuyo dueño es el Estado o un particular”



“Que en la actualidad existen en el país 55 títulos de reconocimiento de propiedad privada vigentes inscritos en el Registro Minero Nacional de los cuales 3 corresponden a la explotación de carbón y 52 a metales preciosos;

“Que los costos ambientales y sociales que se generan con la explotación de recursos no renovables no difieren en razón de la propiedad de estos, bien sea que se encuentren en cabeza del estado o de un particular, razón por la cual no es procedente volver a reglamentar en forma diferencial la compensación ambiental y social por la extracción de estos recursos, comprendida en las regalías, cuando se realice la extracción por un propietario privado del subsuelo, por lo que se parte del porcentaje mínimo establecido en el inciso segundo del artículo 227 de la Ley 685 de 2001, pagando el porcentaje establecido por el Gobierno Nacional mediante la Ley 141 de 1994, modificada por la Ley 756 de 2002.

“Que el artículo 227 de la Ley 685 de 2001 señala dentro de las obligaciones de los propietarios privados del subsuelo, pagar “no menos del 0.4% del valor de la producción calculado o medido al borde o boca de mina, pagadero en dinero o en especie”;

- Tras ello, se propone este Artículo:

“Artículo 1°. DESIGNACIÓN. Designase a la Agencia Nacional de Minería, para liquidar, recaudar, administrar y transferir las regalías estipuladas en el inciso segundo del artículo 227 de la Ley 685 de 2001, Código de Minas, generados por la explotación de recursos naturales no renovables en las áreas correspondientes a las propiedades privadas del subsuelo”.

- En general, lo propuesto nos merece los siguientes comentarios:

- o Las consideraciones contenidas en el proyecto de alguna manera delatan la falta de precisión elaborado por la Universidad Nacional Sede Medellín. Por ejemplo, se alude a la siguiente conclusión: *“No se determina una medida exacta mediante la cual sea posible cuantificar la compensación que por la extracción de recursos naturales no renovables deba pagar un titular privado del subsuelo, toda vez que la actividad extractiva significa para la sociedad y para el medio ambiente, las mismas consecuencias que trae la explotación de los recursos no renovables de propiedad del estado, por lo tanto carece de fundamento diferenciar el porcentaje pagado por regalía en un yacimiento cuyo dueño es el Estado o un particular”.* Esto revela que el estudio no sirvió para los fines que reclama la jurisprudencia aplicable.
- o Revisadas las consideraciones, se advierten anacronismos legales que deberían ser acompasados con la reciente reforma del sistema general de regalías (SGR). Entre ellos, que el artículo 360 de la Constitución Política fue reformado, y que



8

el Fondo Nacional de Regalías desapareció, y que las regalías se administran bajo el sistema establecido en la Ley 1530 de 2012.

- o El sistema de liquidación de la tarifa no responde al mandato constitucional y legal. La norma deja la fijación del porcentaje que debe pagarse a la Agencia Nacional de Minería, lo que no basta para satisfacer la exigencia de la jurisprudencia constitucional. Es el Gobierno quien debe examinar las diferentes explotaciones, por lo que deferir esta actividad a una entidad, sin señalar criterios de ninguna clase, de seguro que sería objeto de anulación por el Consejo de Estado.

4.7.2 Segunda opción

La segunda opción admite el siguiente resumen:

- Contiene similares consideraciones a la primera opción, pero se añade lo siguiente:

Que el artículo 3 del Decreto 2353 de 2001 que reglamenta el inciso segundo del artículo 227 de la Ley 685 de 2001 Código de Minas establece:

“Artículo 3°. Obligación de declarar. Toda persona natural o jurídica propietaria privada del subsuelo, está obligada a presentar ante Minercol Ltda., conforme a los formularios de declaración de que trata el artículo cuarto de este decreto, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la terminación de cada trimestre calendario, una declaración de producción de los minerales objeto del reconocimiento, indicando la jurisdicción municipal de donde se extrajo el mineral y liquidando el gravamen de que trata el inciso segundo del artículo 227 del Código de Minas de acuerdo con la producción declarada.

Parágrafo. Para la respectiva declaración el propietario privado del subsuelo tendrá en cuenta el precio del mineral fijado cada año por la Unidad de Planeación Minero Energética, UPME del Ministerio de Minas y Energía en un porcentaje del 0.4% sobre la producción obtenida al borde o en boca de mina.”

- En punto a las disposiciones concretas, lo que se plantea es la reforma del Decreto 2353 de 2001, señalando lo siguiente:

Artículo 1°. Modificar el artículo 3o del Decreto 2353 de 2001, el cual quedará así:

Artículo 3°. Toda persona natural o jurídica propietaria privada del subsuelo estará obligado a pagar y declarar una regalía sobre el valor de la producción, en borde o boca de mina, pagadero en dinero o en especie de acuerdo al monto establecido, bajo el sistema para liquidar y



8

reajustar las regalías para los recursos naturales no renovables de propiedad estatal, vigentes al momento de la declaración y pago.

Parágrafo 1°. En el evento que el porcentaje estipulado para liquidar las regalías sea inferior al 0.4% del valor de la producción calculado o medido al borde o en boca de mina, el propietario privado deberá pagar el 0.4% como porcentaje mínimo establecido en el inciso segundo del artículo 227 de la Ley 685 de 2001.

Parágrafo 2°. LUGAR Y FORMA DE PAGO. El propietario privado del subsuelo deberá presentar su declaración y pagar de acuerdo a lo establecido para la regalías de los recursos naturales no renovables de propiedad estatal que se encuentre vigente al momento de la liquidación y pago de la obligación.

- Frente a este proyecto, tenemos los siguientes comentarios:
 - o Al comprender gran parte de las mismas consideraciones de la primera opción, le resultan oponibles a esta opción los mismos comentarios que formulamos respecto de la primera posibilidad de decreto.
 - o Este proyecto es aún más diletante e impreciso que el primero. No se hace ni mención a las diversas explotaciones (carbón, oro, platino), ni se señala con precisión el sistema de liquidación. Esas solas cuestiones bastarían para que la norma no supere el examen de legalidad y constitucionalidad ante el Consejo de Estado, con el agravante de que, al tratarse de dineros con destino al erario, habrían de ser precisos, de manera tal que el particular obligado a su pago no quede ni en manos del arbitrio de la administración, ni en una indefinición impropia de una carga casi tributaria.

5 ELEMENTOS QUE DEBEN SER TENIDOS EN CUENTA EN UNA REFORMA AL RÉGIMEN DE RECONOCIMIENTOS DE PROPIEDAD PRIVADA.

Ya hemos visto que en los puntos anteriores se estudió con detenimiento tanto la situación actual de las regalías en Colombia, como el contenido del estudio que realizó la Universidad Nacional Sede Medellín por encargo de la UPME, con el pretendido fin de servir de base técnica para la reglamentación del inciso segundo del artículo 227 de la Ley 685 de 2001. Frente a este último estudio, hemos observado que, de una parte, sus conclusiones desde lo económico no resisten un análisis técnico detallado, afirmación que también se extiende a lo jurídico, pues, como dijimos en el capítulo anterior, las propuestas normativas contenidas en las dos opciones que propuso la Universidad Nacional Sede Medellín son anacrónicas hoy en día, a más de carentes de técnica constitucional y legal.



9

Finalizamos entonces los estudios contenidos en este documento con algunos puntos que, en nuestro criterio, deben ser tenidos en cuenta para una futura propuesta de reglamentación.

5.1 Falacia argumentativa: la equiparación del monto de las regalías sobre las minas “públicas” y las minas objeto del reconocimiento de propiedad privada

El estudio de la Universidad Nacional Sede Medellín señaló en uno de sus apartes que no había lugar a hacer diferenciaciones entre las explotaciones de las minas que pudiéramos llamar “públicas” (*esto es, aquellas que el Estado da en concesión, por tratarse de minas en las que el subsuelo le pertenece, siendo estas la mayoría*) y las correspondientes a títulos de reconocimiento de propiedad privada, pues en uno y otro caso los impactos sociales y ambientales eran iguales.

Esta posición, que es explícita en el estudio, no puede ser tenida en cuenta al momento de llevar a cabo una reglamentación del inciso segundo del artículo 227 de la Ley 685 de 2001. A continuación indicaremos varios puntos que, por el contrario, indican que ambas explotaciones no solo no son iguales, sino que son por entero distintas, en términos económicos y legales.

5.1.1 El fin de la percepción de regalías no se puede reducir a la mitigación de los impactos sociales y ambientales que causa la explotación.

Vimos en la parte pertinente de este estudio la amplia reforma que se acometió en épocas recientes al sistema de regalías. Pasamos de la administración de unas regalías con destino casi exclusivo a las regiones productoras, a un sistema que propende por una distribución más equitativa del producto de las mismas, de manera tal que los dineros recaudados se irrigen a las demás entidades territoriales, lo que tendrá lugar, de acuerdo con la reforma, con el establecimiento de unos fondos especiales.

Dejando de lado por el momento lo anterior, señalamos así mismo que la visión expuesta por el estudio de la Universidad Nacional Sede Medellín se reduce a la simple idea de que la explotación hecha en las minas objeto de concesión estatal y en las minas cuya propiedad sobre el subsuelo recae en particulares aparejan los mismos impactos sociales y ambientales. Por ende, en su sentir, se da a entender que no hay lugar a diferenciar en modo alguno la regalía que se percibe por el Estado en uno u otro caso, pues los impactos de estas explotaciones son equivalentes.

Lo anterior puede ser cierto: es más que probable que, a la hora de explotar los recursos naturales no renovables, no interese para efectos del impacto si la mina es pública o privada. No obstante lo anterior, tener ello como único factor o único baremo de apreciación es punto menos que miope.



Sostener que el único fin de la percepción de las regalías es el de reducir o mitigar los impactos causados por la explotación de los recursos naturales no renovables en la región en la que tiene lugar la explotación contradice varias cuestiones que hoy en día hacen parte del punto neurálgico de lo que viene ocurriendo con las mismas, en especial si se tiene en cuenta la reforma reciente, así como el destino de estos dineros.

Veamos, entonces, las principales ideas que nos llevan a sostener este aserto.

Si las regalías tuvieran como único fin el de mitigar impactos sociales o ambientales, los dineros recaudados por este concepto no podrían tener otro destino

Hemos expuesto con amplitud las notas generales del nuevo régimen de regalías, que fue implantado mediante el Acto Legislativo 5 de 2011, y desarrollado por la Ley 1530 de 2012.

No pretendemos ahora volver sobre los intrincados vericuetos propios de la novedosa distribución que se hace de las regalías. Lo que sí conviene tener en cuenta es el destino general de los dineros.

Como se señaló, una parte de ellas se distribuye a título de asignación directa a las entidades territoriales que soportan la explotación (*punto que analizaremos adelante*). La otra parte, que se destina a las asignaciones indirectas, tiene por fin el contribuir a los siguientes fines:

- Desarrollo social económico y ambiental de las entidades territoriales.
- Ahorro para el pasivo pensional de las entidades territoriales.
- Inversión física en educación.
- Inversión en ciencia, tecnología e innovación.
- Generación de ahorro público.
- Fiscalización de la exploración y explotación de yacimientos.
- Conocimiento y cartografía geológica del subsuelo.
- Aumento de la competitividad general de la economía buscando mejorar las condiciones sociales de la población.

Esto tiene lugar a partir del aporte a los fondos para el ahorro pensional territorial; para ciencia, tecnología e innovación; de ahorro y estabilización regional; de compensación regional y de desarrollo regional.



9

Como se puede ver con alguna facilidad, los dineros no solo tienen como fin el de mitigar el impacto social y ambiental causado por la explotación: persiguen otros fines, también loables, como lo son el ahorro para las pensiones futuras, o la investigación y actualización tecnológica.

Solo una visión algo traída de los cabellos indicaría que esos rubros, que esas inversiones responden así mismo a la mitigación de impactos sociales y ambientales. De allí que lo más prudente es interpretar que la regalía tiene o comporta otros fines, que quedaron más que patentes en la reforma reciente que implantó el Sistema General de Regalías (SGR).

En otras palabras: si en realidad las regalías sólo sirviesen para reducir o mitigar el impacto social y ambiental causado por la explotación, estas no podrían aplicarse a ninguna otra materia. Ya hemos visto que ello no es así, y que, incluso, la reforma constitucional y la ley que la reglamentó pasaron por el examen de la Corte Constitucional sin que se vieran reducidas en su eficacia y alcance.

Y a lo anterior hay que sumar un punto que se dejó expuesto al analizar desde la perspectiva económica el estudio de la Universidad Nacional Sede Medellín: si la regalía tuviera por fin único la mitigación del impacto ambiental causado por la explotación, entonces bastaría con pagarla sin más, lo que tornaría en innecesaria tanto la licencia ambiental como la adopción de las medidas que suelen venir aparejadas a la concesión de estas licencias. Las medidas que reclaman las entidades ambientales tienen por fin (*ese sí exclusivo*) el de evitar en lo posible el daño ambiental, su mitigación, su eliminación en lo posible. Fijarle entonces cargas al propietario a cuenta de regalía y al explotador a cuenta de deber ambiental es un traslape insostenible.

Si las regalías tienen como único fin mitigar el impacto de la explotación en la zona en que ella tiene lugar, los dineros que se recauden no podrían destinarse a otras entidades territoriales

Si se revisa la motivación que tuvo el Gobierno Nacional para acometer la reforma del régimen de regalías, trasluce el evidente fin de hacer más equitativa su distribución entre las diferentes entidades territoriales. Otrora, las regalías se dedicaban casi en exclusiva a las regiones en las que tenía lugar la explotación del recurso no renovable, lo que se tradujo en la voluntad política de eliminar en cierta forma ese desequilibrio.

La fórmula que adoptó el nuevo régimen de regalías se podría calificar como ecléctica en un principio: continuar entregando parte de esos dineros a las regiones productoras, pero destinar una parte (que poco a poco irá aumentando) a las demás entidades territoriales. Se propende, así, por lograr un equilibrio que responda al principio de solidaridad propio de una república unitaria.

Visto lo anterior, si la tesis de que las regalías tienen por fin el mitigar los impactos sociales y ambientales en las zonas en las que tiene lugar la explotación, se aprecia



entonces que la reforma reciente desdice del todo el último latiguillo de esa idea. Dicho de otro modo, si lo que se busca sostener es que las regalías compensen a las regiones en que tienen lugar las explotaciones, ello deviene en anacrónico, al tener en cuenta la filosofía que hoy en día las informa.

La necesidad de analizar los factores indicados por la Corte Constitucional

Se ve, entonces, que las regalías no tienen como único fin la mitigación del impacto social y ambiental, ni tampoco tienen como único destino a las regiones en que tienen lugar las explotaciones. Ello no se aleja de la jurisprudencia constitucional: por el contrario, la abroquela aún más. Por ende, la fijación del valor de la regalía tiene que tener en cuenta aspectos diferentes al impacto social y ambiental sobre una región determinada.

La Corte Constitucional, en la sentencia C-669 de 2002 señaló que la fijación de ese valor tiene que considerar estos factores:

- Las condiciones de explotación de los mismos.
- Los costos en que el propietario de los recursos incurre.
- El deterioro ambiental que dicha explotación genere.
- El impacto social que la misma produzca.
- La carga tributaria que sobre la misma explotación exista, entre otras consideraciones

Se aprecia, entonces, que si bien los impactos sociales y ambientales causados por la explotación son factores de necesaria consideración, **NO SON LOS ÚNICOS**.

5.1.2 Deben tenerse en cuenta los costos asociados a la propiedad, así como las demás cargas tributarias.

Uno de los factores que resalta la jurisprudencia de la Corte Constitucional responde a la consideración de los costos asociados a la propiedad en Colombia. Y ello responde a un hecho diferenciador y que de ninguna manera puede perderse de vista: no estamos ante una concesión temporal del subsuelo, sino ante una verdadera propiedad del mismo, propiedad que, en el sentido jurídico más puro, equivale al "*derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella, no siendo contra ley o contra derecho ajeno*"³⁷.

³⁷ Cfr. Art. 669, Código Civil.



El derecho de propiedad, reconocido por la Constitución Política en su Artículo 58, supone una amplia gama de derechos, cómo no, y de deberes, también. Enfocándonos en estos últimos, aparecen aquellos derivados de la función social de la propiedad. De allí que el ser titular del derecho de dominio sobre cualquier bien supone cargas.

Tratándose de propiedad inmueble, las cargas son aún más evidentes. Los impuestos de orden nacional y territorial (*entre los que se destaca el IPU²⁵*) deben ser considerados como factores que han de repercutir en la tarifa que debe fijarse al momento de reglamentar el inciso segundo del Artículo 227 de la Ley 685 de 2001.

No obstante, el impuesto sobre la propiedad lata de la tierra no son los únicos. Hay que tener en cuenta otros tantos, cuyo pago debe afrontar también el propietario. Podemos destacar los siguientes:

- El impuesto de renta y complementarios
- El impuesto al valor agregado.
- Los aportes propios de la seguridad social (antes conocidos como parafiscales). Entre estos, el pago del CREE.
- El gravamen a los movimientos financieros (GMF).
- Las contribuciones a las entidades reguladoras (superintendencias, por ejemplo).
- El impuesto al alumbrado público (IAP).
- El impuesto a la riqueza.
- Otros.

Esas cargas, y tantas otras más tan propias de nuestro sistema tributario, deben ser calculadas para cada tipo de explotación, teniendo en cuenta no solo aquellas que debe afrontar el propietario del subsuelo, sino así mismo el explotador. Del delicado equilibrio de este análisis depende en gran medida la calificación de confiscatorio o no del monto de la regalía.

5.1.3 La propiedad privada tiene fines sociales, pero también crematísticos

Ya hemos referido en numerosas oportunidades al artículo 58 de la Constitución Política vigente. No está de más traer a cuento su texto literal. Señala la norma:

²⁵ *Impuesto Predial Unificado.*



“Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultare en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

“La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica.

“El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad.

“Por motivos de utilidad pública o interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Este se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa-administrativa, incluso respecto del precio”.

El enfoque novedoso de la Constitución vigente le adscribió a la propiedad una función social y también ecológica. Ello se ve más que reflejado en este asunto: recuérdese que la Corte Constitucional en la sentencia C-669 de 2002 halló exequible el cobro de regalía respecto de la explotación que se hiciera en el subsuelo de propiedad privada basada en el hecho de que la propiedad tiene una función social, por lo que, si bien el subsuelo no pertenece al Estado, la función social de la propiedad sí le permite a este último percibir un dinero a título de regalía.

No obstante lo anterior, la Constitución en manera alguna señala que la propiedad sea comunal o pertenezca a todos, o que el titular de ella está llamado a compartirla o a socializar sus ganancias. En ello descansa el sistema capitalista: en la acumulación de riqueza, en la obtención de beneficios.

El sistema económico colombiano es capitalista. No obstante, el enfoque social de derecho del Estado le adscribe una carga ecológica y social a la propiedad que busca complementarla con fines loables, sin hacer nugatorio el derecho de dominio. En otras palabras: el hecho de que la propiedad tenga una función social no equivale a que la propiedad sea social, y de ninguna manera niega el mayor atributo de este derecho, cual es el de derivar réditos de él.

Así las cosas, nuestro sistema económico garantiza la posibilidad de obtener réditos, de obtener ganancias. Otra cosa es que esas ganancias sean gravables (como lo son, según vimos arriba). Hasta allí debe ir el Estado: hasta fijar impuestos sobre esas ganancias, pero en forma alguna las puede eliminar o neutralizar, ni pretender (faltaría más) que ellas no existan. Muy por el contrario: el Estado debe propender porque el particular



3

pueda generar riqueza, pues en la medida en que lo haga, los beneficios serían no solo para el particular que la acumula, sino también para el Estado que la grava, y para quienes, de una u otra forma, hacen parte del ciclo económico involucrado en esa generación de réditos (*empleados, proveedores, compradores, entre otros*).

No cabe duda alguna de que esa visión es la que está reflejada en nuestra Constitución Política. No por nada existe el Artículo 58 antes mencionado, y están incluidas otra serie de libertades propias del sistema capitalista, como lo son la libertad de empresa y la libertad económica (*Art. 333, Constitución Política de Colombia*²⁹).

El planteamiento que hacemos no supone el desconocimiento de la función social de la propiedad. Es ese el fin que persigue el pago de la regalía que grava la explotación en subsuelo de propiedad privada. Lo que queremos dejar patente y presente es que el propietario del subsuelo tiene todo el derecho a percibir ganancias fruto de esa explotación. Una fijación irresponsable de este valor aumentaría el conocido como *government take* de esta especie de producción, y eliminaría en gran parte el beneficio que la propiedad le tiene que reportar a su dueño. No permitir que el dueño deduzca ganancias de sus bienes es nugatorio de su derecho, lo que, entre otras cosas, sería inconstitucional.

Vimos también que desde el punto de vista presupuestal, las regalías no hacen parte de los ingresos corrientes de la Nación. Señalamos así mismo que el dinero que se distribuye tampoco queda incluido en el Presupuesto General. Se trata, entonces, de una cuenta paralela, de unos valores que son paralelos.

²⁹ La norma en comento dispone:

"La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.



¿A qué obedece ese paralelismo? Sin duda alguna al hecho de que estos ingresos, al no ser corrientes, se tienen en cierta forma por extraordinarios. Lo explicó así el Gobierno en la justificación del proyecto que se convertiría en el Acto Legislativo 5 de 2011:

"(...) la experiencia internacional y de Colombia, en particular, ha demostrado que un crecimiento insostenible del gasto público, motivado por ingresos inesperados cuya presencia inicialmente se presume permanente, como en el caso de los ingresos adicionales por la explotación de recursos naturales no renovables, puede conllevar a ajustes macroeconómicos indeseables a través de incrementos en la inflación o movimientos bruscos en la tasa de cambio. Así, las familias, las empresas y el Gobierno, aumentan sus gastos por encima de sus ingresos, acumulando deudas que se hacen vulnerables financieramente. Esta fue la experiencia en la bonanza cafetera, y la posterior crisis macroeconómica y social entre 1977 y 1984, y una experiencia similar se vivió en la bonanza minera de principios de los noventa, y la subsecuente crisis vivida entre 1997 y 2001"⁴⁰.

Sin perder de vista la responsabilidad macroeconómica que le es exigible al Gobierno Nacional, lo anterior evidencia que los valores recogidos a título de regalía se tienen y se manejan como ganancias, como réditos, como dineros sin vocación de permanencia en su percepción. Se tienen, pues, como si fueran ganancias ocasionales.

El Estado busca darles un tratamiento exclusivo, separado, y con finalidades precisas, que no redunden en efectos nocivos macroeconómicos. Los maneja como ingresos extraordinarios, sin hacerlos parte de los dineros corrientes. Es lo más parecido al manejo que se le da al hallazgo de un tesoro o al verse favorecido por un premio dependiente del azar (*verbigracia, una lotería*).

Siendo así, lo claro es que el destino de estos dineros es el de dejar claro el enriquecimiento o el aumento de los activos por una circunstancia o por una contingencia, la que debe ser manejada con prudencia. ¿Cómo las maneja? Dedicando estos dineros a fines de estabilización, a fines de inversión, y nunca a necesidades puntuales de financiamiento de gastos corrientes. Los dedica, en general, a aquellas actividades que no puede atender por tener que atender, en primera medida, a los gastos corrientes del Estado (*el funcionamiento, las transferencias, entre otros*).

Si este es el manejo que el Estado le da a esa clase de recursos, ello responde al hecho de que identifica que los mismos son, de alguna manera, añadidos y especiales. Pues bien: el particular, como dueño que es del subsuelo, tiene idéntico derecho.

Insistimos: no desconocemos que el Estado tiene derecho a percibir la regalía, pero en el caso de la regalía asociada a los títulos de reconocimiento de propiedad privada, esta debe ser mucho menor, pues se trata de realidades diferentes. En el caso de las minas en

⁴⁰ Citado por RESTREPO, JUAN CAMILO. *Op. Cit.*, página 434.



9

concesión, el Estado es el dueño del subsuelo; en el caso de las minas que explotan subsuelo privado, el valor de la regalía responde a la función social de la propiedad, y no a la propiedad que se ostenta respecto de ellas, pues la misma corresponde a los particulares y no al Estado.

Por tanto, el particular tiene derecho a enriquecerse, a tratar de manera diferente los recursos que percibe por ostentar la propiedad del subsuelo, tal y como lo hace el Estado en las minas que son de su propiedad.

5.2 Del principio de neutralidad de la acción estatal. Aspectos relativos al derecho de la competencia.

Dado que estamos ante una actividad productiva, esta debe ser analizada desde todas las aristas posibles. La hemos venido analizando desde la perspectiva constitucional, legal y económica. No obstante, queda por estudiar un ingrediente que comporta elementos tanto legales como de economía, y no es otro que el que atañe a las normas de protección a la competencia.

Conviene entonces ver el asunto desde dos aristas diferentes: desde la aplicación del principio de neutralidad del Estado, y desde el deber del Estado de proteger el derecho a la competencia. A ello nos referiremos enseguida.

5.2.1 La neutralidad de las actuaciones estatales

El Estado ha pasado a ocupar un puesto de primer orden en el entramado económico, que va más allá de las visiones que pudieran denominarse “*extremas*”. Ya hemos visto cómo en el andar de las ciencias económicas y políticas se hablaba del estado gendarme, afecto a la doctrina del *laissez faire*, para referir al Estado como simple espectador de la actividad económica; también, y como reacción a esa visión, encontramos las doctrinas afectas al Estado intervencionista, concebido como principal motor de la economía, criterio más cercano a la doctrina keynesiana.

Colombia hoy en día se ha demarcado el objetivo de hacer parte de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo, mejor conocida por su sigla OCDE, que es un grupo de países que o bien son desarrollados o bien están en vías de serlo. Para poder hacer parte de este exclusivo grupo, los países que aspiren a integrarlo han de cumplir unos estándares mínimos, de entre los que se destacan una serie de indicadores económicos objetivos, así como una serie de estándares subjetivos, que responden a la implantación de políticas determinadas.

En el caso de la intervención del Estado, desde la OCDE se propone una visión bastante interesante: el Estado no es ya ni un gendarme nada más, pero tampoco es una especie de *pulpo* intervencionista. Pudiéramos decir que se reconoce que el Estado tiene un papel regulador, pero también se le tiene por actor del mercado, como si fuera un particular más en la pugna económica.



Teniendo en cuenta lo anterior, se aprecia que el Estado tiene una doble participación: de una parte, compete en el mercado de bienes y servicios (*ante todo en estos últimos*). Y, a su vez, es el árbitro regulatorio. Esto le impone un deber ético, que es el de la **neutralidad** de sus actuaciones, de manera tal que sus acciones como regulador no impliquen una ventaja injustificada frente a sus competidores en el mercado.

Citamos, a continuación, algunos extractos de diferentes reportes preparados por la OCDE, que se refieren a este asunto:

OECD regulating market activities by the public sector 2004

El reporte hace referencia a los problemas de eficiencia que conlleva la falta de neutralidad competitiva, resaltando la pérdida de eficiencia asignativa (*que los recursos se asignen por los mecanismos de mercado a las actividades más eficientes*), de eficiencia dinámica (*innovación*) y eficiencia técnica (*las empresas con una ventaja competitiva tienen menos incentivos para mejorar su propia eficiencia, incluso en el manejo de impactos ambientales*).

También se resalta el componente de equidad implícito en el principio de neutralidad competitiva, como parte de la dimensión política de dicho principio, teniendo en cuenta que la asimetría en las cargas entre distintos agentes que concurren en un mismo mercado, causa que la tasa de retorno de algunos de ellos se vea reducida, lo que implica, no sólo problemas de orden económico, sino también jurídicos.

OECD guiding principles for regulatory quality and performance 2005

Establece que uno de los principios fundamentales de la actividad regulatoria debe ser la evaluación de impactos desde el punto de vista de quienes se ven afectados, considerando posibles efectos distributivos, sobre la competencia y sobre la operación del mercado.

OECD guidelines on corporate governance of state-owned enterprises 2005

Se aboga por medidas de transparencia en las decisiones regulatorias del Estado, cuando al mismo tiempo tiene intereses económicos en los mercados que está interviniendo (*bien sea porque concurre en él o porque se ve afectado por el desempeño de la actividad de privados*). En esta posición, existe el riesgo de que el Gobierno regule en beneficio de su participación económica en el mercado.

En este sentido, el principio de neutralidad competitiva es un mecanismo de transparencia y responsabilidad dentro de las actuaciones administrativas.

OECD state owned enterprises and the principle of competitive neutrality 2009



Así como en otros de los reportes, se hace hincapié en la importancia de las políticas de neutralidad competitiva (*competitive neutrality frameworks*), para nivelar el terreno entre empresas con regímenes legales distintos, pero que concurren en un mismo mercado (*incluyendo las empresas que son de propiedad estatal*).

Se manifiesta que estas políticas implican una revisión sistemática del entorno legislativo y administrativo, y reformas que equiparen las condiciones bajo las cuales participan todos los agentes del mercado, de modo que la intervención estatal sea neutral.

OECD recommendations on competition assessment 2009

Hace referencia a la importancia que tiene la evaluación de impactos de proyectos de regulación que estén en posibilidad de restringir la competencia, condicionando su utilización solo cuando sean necesarias por razones de interés público y no existan otras alternativas razonables; así mismo, dicha utilización debe ser proporcional, es decir, sólo debe ir hasta donde sea necesario para lograr la finalidad pública.

OECD competition policy, industrial policy and national champions 2009

Entre otros aspectos, este reporte habla de la importancia de implementar medidas generales a todo un sector (*across-the-board*) con el fin de evitar el empoderamiento y comportamientos parasitarios (*rent-seeking*) de quienes obtienen beneficios regulatorios.

OECD competition, state aids and subsidies 2010

Se hace referencia al efecto negativo que tienen ayudas específicas (*targeted aids*), al emitir señales al mercado que distorsionan el flujo de capital hacia empresas menos eficientes, con consecuencias intrasectoriales en la destinación eficiente de las inversiones y en el movimiento del personal más capacitado a actividades menos eficientes.

Así mismo, hace referencia al efecto distorsivo que tiene el “*peso muerto*” de los impuestos, por el cual, el pago de un impuesto acarrea costos adicionales que no se reflejan en el monto del impuesto.

OECD competitive neutrality 2012

Se explica cómo la afectación a la neutralidad competitiva debe mirarse a partir del marco legal y su aplicación, es decir, por el tratamiento distinto que reciben los agentes que concurren en un mercado, y no sólo por la naturaleza jurídica del competidor o el grado de influencia del Gobierno en la actividad (*por lo que el principio no se limita a empresas a estatales o a particulares que prestan servicios públicos*). De este modo se señala cómo los impuestos, subsidios o regulaciones, pueden crear una indebida ventaja



o desventaja competitiva entre agentes, sin importar la propiedad, los objetivos específicos de los agentes o el grado de influencia del Gobierno sobre algunos de los agentes privados.

OECD International VAT/GST Guidelines 2014

Desarrolla múltiples guías para que los impuestos que no tengan incidencia en los procesos de competencia. La premisa básica de estas guías es que las decisiones comerciales deben ser motivadas por razones ante todo económicas, y no en consideraciones tributarias. Por lo mismo, agentes realizando transacciones similares, deberían estar sometidos a cargas similares.

Una idea muy importante del reporte en este sentido, es la de 'niveles de tributación' (*levels of taxation*), según la cual, las cargas tributarias de agentes en un mismo mercado y realizando transacciones equivalentes, no deben pensarse sólo en términos nominales (*es decir, que los mismos tributos sean impuestos a todos los agentes*), sino por niveles de tributación, por lo que se debe buscar que agentes en condiciones análogas estén expuestos a niveles de tributación similares, de conformidad con razones de equidad y eficiencia.

A partir de los diferentes informes de la OCDE, pueden enumerarse los siguientes principios:

1. **Transparencia en la información de costos de la función estatal⁴¹**: Se recomienda que los costos asociados con cualquier función estatal sean divulgados de forma transparente. Un elemento conexo con lo anterior es que los costos de la intervención se vean reflejados a plenitud en las cargas impuestas a los particulares.
2. **Subsidios sobre insumos productivos⁴²**: Con el fin de evitar afectar el equilibrio de cargas entre particulares que se encuentran en posición de competencia, se debe procurar no incurrir en el subsidio o en subsidios cruzados de aquellos insumos supeeditados al control directo del Gobierno. Sobre este punto la OCDE hace referencia a la OMC, que entiende por subsidio no sólo las contribuciones financieras directas, sino toda forma de ventaja competitiva.
3. **Nivelar el campo de juego⁴³**: Ante la existencia de regímenes legales distintos no susceptibles de armonización, la política de neutralidad competitiva debe estar

⁴¹ OECD (2012), *Competitive Neutrality*, OECD Publishing.

⁴² OECD (2010), *Competition, State Aids and Subsidies*, OECD Publishing.

⁴³ OECD (2009), *State Owned Enterprises and the Principle of Competitive Neutrality*.



encaminada a nivelar el campo de juego, de modo que la diversidad legal no deje de ser neutral en el marco del mercado.

4. **Evaluaciones de impacto**⁴⁴: Como parte del principio de neutralidad competitiva, y para evitar que errores generen desequilibrios entre los agentes de mercado, la OCDE recomienda la realización de evaluaciones de impacto que tengan en cuenta los efectos distributivos de la actividad regulatoria y así evitar la imposición de cargas desiguales.
5. **Niveles de tributación**⁴⁵: Respecto de las formas de intervención del Estado a través de impuestos, contribuciones, contraprestaciones u otras cargas económicas, la OCDE recomienda realizar el análisis por niveles de tributación (*levels of taxation*). Este análisis consiste en fijar niveles de tributación que en suma sean neutrales para los agentes en su entorno competitivo (*es decir, no generen una ventaja competitiva*). La idea es que todos los agentes (*sin importar si se encuentran en regímenes jurídicos diversos*), estén expuestos a niveles de tributación que no distorsionen en la práctica la capacidad de competir de cada uno de ellos.
6. **Proporcionalidad**⁴⁶: Toda intervención regulatoria debe ser proporcional, de tal forma que no vaya más allá de lo que sea necesario para lograr la finalidad pública.
7. **Estructura de costos como criterio de análisis de la intervención estatal**: Las ventajas que genera determinada intervención se puede analizar muy claramente en sus implicaciones para la estructura de costos y el margen de utilidad de cada agente.

5.2.1.1 Trascendencia para la situación que se examina

Todo lo anterior se justifica en el caso que estamos analizando, toda vez que, en efecto, el Estado participa en estas cuestiones en dos calidades: por una parte, es el dueño del subsuelo, y de allí deriva ingresos a título de regalía plena, esto es, la que cobra a plenitud no solo teniendo en cuenta la función social de la propiedad, sino a partir del hecho de ser el soberano, el dueño legítimo del subsuelo; de la otra, es el árbitro regulador, el que fija el porcentaje que debe pagarse a título de regalía tanto en el caso del subsuelo que le pertenece, como en el del subsuelo que no le pertenece (*que le es dable gravar por cuenta de la función social de la propiedad*).

⁴⁴ OECD (2005), *Principles for Regulatory Quality and Performance*, OECD Publishing.

⁴⁵ OECD (2014), *International VAT/GST Guidelines*, OECD Publishing.

⁴⁶ OECD (2009), *Recommendations on Competition Assessment*, OECD Publishing.



Visto lo anterior, nada impediría el siguiente escenario: un Estado que percibe regalías, que compite con el particular que también es dueño de algunas porciones explotables del subsuelo. En ese escenario de competencia, donde el Estado es dueño de un bien explotable y el particular también lo es, es factible que el Estado desborde su neutralidad regulatoria, y acabe por adoptar medidas que, a la larga, le supondrían beneficio a él y solo a él, y que terminarían por aniquilar a su competidor.

El fijar un valor de regalía desproporcionado a los reconocimientos de propiedad privada, que vaya más allá del valor que en justicia debe responder al hecho de que aquella tiene una función social, acabaría por postrar al particular. Esa postración terminaría asfixiando la competencia, y se convertiría en un caso paradigmático de ruptura del deber de neutralidad.

De persistir o de dar lugar a una disposición normativa que lleve a lo anterior, ello impactaría en forma negativa el deseo del país de hacer parte de la OCDE, pues la existencia de normas de esta raigambre suele ser un punto de reproche para ese propósito. Por ello, antes que tratarse de un asunto normativo, es más factible apreciarlo como un factor de política pública que debe ser analizado en su verdadera extensión, y que debe informar una futura reglamentación del inciso segundo del Artículo 227 de la Ley 685 de 2001.

5.2.2 Otros asuntos del derecho a la competencia

Para finalizar con este examen, creemos necesario poner de manifiesto que, dado lo explicado en el punto anterior, cualquier regulación que se implante o se pretenda implantar va a suponer efectos en términos de competencia.

La ley colombiana ha dispuesto mecanismos para evitar posibles afectaciones a este derecho, y lo ha planteado como mecanismos preventivos y consultivos mas no obligatorios. No por ello dejan de ser interesantes. Vemos, por ejemplo, lo señalado en el Artículo 7 de la Ley 1340 de 2009⁴⁷:

“Además de las disposiciones consagradas en el artículo 2° del Decreto 2153 de 1992, la Superintendencia de Industria y Comercio podrá rendir concepto previo sobre los proyectos de regulación estatal que puedan tener incidencia sobre la libre competencia en los mercados. Para estos efectos las autoridades de regulación informarán a la Superintendencia de Industria y Comercio de los actos administrativos que se pretendan expedir. El concepto emitido por la Superintendencia de Industria y Comercio en este sentido no será vinculante. Sin embargo, si la autoridad respectiva se apartara de dicho concepto, la misma deberá manifestar de manera expresa dentro de las consideraciones de la decisión los motivos por los cuales se aparta”.

⁴⁷ “Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia”



9

El anterior mecanismo, que en nuestro medio es conocido como *abogacía de la competencia*, propugna por la participación de la autoridad de competencia (*la Superintendencia de Industria y Comercio –SIC-*) en el proceso de establecimiento y expedición de disposiciones de orden administrativo y reglamentario que pudieran afectar a este derecho.

Si bien es cierto que la norma no le adscribe efectos obligatorios a la recomendación que haga la SIC al respecto, bien es cierto que le impone a la autoridad dos (2) deberes que son de precisa observancia:

- Pedir el concepto de la SIC en cualquier caso en el que se pretenda expedir una norma con alcance regulatorio, que pudiera afectar el derecho a la competencia.
- Acoger el concepto de la SIC, o no acogerlo, caso este último en el que deberá explicar con suficiencia las razones por las que se apartó de la recomendación formulada por esa entidad.

Consideramos que el no agotar estos pasos daría lugar a un serio cuestionamiento de cara a la nulidad del acto administrativo. De manera más concreta, si se acogiera alguna de las opciones que propuso el estudio de la Universidad Nacional Sede Medellín, es aún más claro que esos dos proyectos deberían pasar por el cedazo de la SIC. No hacerlo daría pábulo a una posible sentencia de nulidad del decreto que llegara a expedirse en contravención a lo aquí señalado.

De manera que, conforme a lo anterior, cualquier intento de regulación en este tema debería ser sometido al análisis de competencia por parte de la SIC, en orden a dar cumplimiento estricto a lo dispuesto en el Artículo 7 de la Ley 1340 de 2009.

5.3 Propuesta de modelación.

Como colofón a este documento, presentamos una metodología que tendría por fin el de lograr la reglamentación del inciso segundo del artículo 227 de la Ley 685 de 2001, de modo que respete tanto el sentido de la jurisprudencia constitucional y contencioso-administrativa, así como las demás disposiciones aplicables a estas materias.

5.3.1 Confección de un estudio que sirva de base técnica para la expedición del Decreto reglamentario.

Hemos visto que el estudio elaborado por la Universidad Nacional Sede Medellín y por el Consorcio ATG-Alfonso Ruan no deberían ser atendidos, tanto por motivos económicos (*expuestos en un aparte generoso de estas páginas*) como por motivos jurídicos.

De allí que deba elaborarse un estudio nuevo. Empero, los puntos que acometerá ese estudio deben tener en cuenta varios aspectos, entre ellos:



- Los elementos que componen la regalía como tal, es decir, la descripción detallada de cada uno de los factores que inciden en la fijación del valor que perciba el Estado, discriminando:
 - o Cuáles responden al hecho de que la mina corresponda a la explotación del subsuelo de propiedad estatal.
 - o Cuáles responden al hecho de que la mina corresponda a la explotación del subsuelo de propiedad privada, vista desde la óptica de la función social de la propiedad.
- El análisis de los factores que ha ordenado tener en cuenta la Corte Constitucional en la sentencia C-669 de 2002, es decir:
 - Las condiciones de explotación de los recursos no renovables, estudiando una a una las diversas explotaciones (carbón, oro, platino, según sea el caso).
 - o Los costos en que incurre el propietario del subsuelo por el hecho de ostentar la propiedad.
 - o El deterioro ambiental que cada explotación suponga.
 - o El impacto social que la misma produzca en cada uno de los RPP.
 - o La carga tributaria que exista sobre cada uno de las explotaciones detalladas de los RPP.
- La incidencia que tiene la reforma del régimen de regalías en todo lo anterior, partiendo de la base de que las regalías, hoy en día, no solo deben enjugar los impactos sociales y ambientales propios de cada explotación, sino toda una serie de factores de orden macroeconómico.
- El impacto que en términos del derecho a la competencia supondría la fijación de un porcentaje determinado.

Debe garantizarse que al elaborar el estudio se presente una o varias propuestas de decreto que se avengan a las exigencias anteriores. Consideramos que es posible que cada explotación cuente con un decreto diferente.

5.3.2 Conformación de una comisión de evaluación de las conclusiones del estudio.

Obtenido el estudio, se debería designar una comisión de evaluación del estudio que se hubiere elaborado, o la instalación de una mesa de trabajo que debería venir conformada, cuando menos, por los siguientes actores:



- El Ministerio de Minas y Energía.
- El Ministerio de Hacienda y Crédito Público.
- La Agencia Nacional de Minería.
- La Unidad de Planeación Minero Energética (UPME).
- La Superintendencia de Industria y Comercio (SIC).
- La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN).
- Los propietarios del subsuelo privado o sus representantes.
- Los explotadores de cada uno de los recursos no renovables.

Dado que la idea es lograr una reglamentación diferenciada y ponderada, de establecerse en el estudio que cada recurso debe contar con un decreto diferente, dichas mesas podrían trabajar en forma paralela.

5.3.3 Complementación del estudio.

A partir de las conclusiones obtenidas en las mesas de trabajo, y en caso de que fuera necesario, se debería dar lugar a una etapa de complementación del estudio, que debería ser llevada a cabo por la misma entidad que lo hubiere realizado en un principio. Ello, para fines de economía, debería estar incluido en el pliego de condiciones originales para la elaboración del estudio primigenio.

5.3.4 Socialización del proyecto de Decreto reglamentario.

Del proyecto o de los proyectos de decreto que resultaren del estudio, y a partir de las conclusiones de las mesas de trabajo y de las complementaciones a las que haya lugar, el Ministerio de Minas y Energía debería elaborar los proyectos finales de reglamentación, para ser, de una parte, sometidos al examen de competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), y sometidos a la socialización correspondiente mediante los canales establecidos para ello (*página web, publicaciones, entre otros*).

5.3.5 Atención de las recomendaciones fruto de la socialización

Agotada la etapa anterior, el Ministerio, como entidad regulatoria, tomará nota de las recomendaciones, y dará cumplimiento, en lo pertinente, a lo establecido en el Artículo 7 de la Ley 1340 de 2009 en cuanto al acatamiento o no de las recomendaciones de la SIC, una vez recogidas las inquietudes y las sugerencias fruto de la socialización del proyecto o de los proyectos de decreto.



9

5.3.6 Expedición del decreto

Habiéndolo socializado, y habiendo tomado todas las precauciones antedichas, podría expedirse el decreto, que debería superar el examen de validez de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, siempre y cuando se tomen en cuenta los parámetros de fijación del valor de la regalía establecidos por la sentencia C-669 de 2002.

Conforme con lo anterior, dejamos plasmados nuestros reparos y propuestas para la modificación del proyecto de Decreto, con el fin de que las disposiciones que allí se adopten se ajusten a los postulados constitucionales y legales que deben regirlas, evitando así la confección de normas que luego de un tiempo resultarán declaradas nulas nuevamente por el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

SOLICITUD:

En virtud de lo expuesto solicitamos:

1. Se suspenda el trámite de expedición del proyecto de Decreto *“Por el cual se adiciona el Decreto Único Reglamentario No 1073 de 2015 respecto de la reglamentación del inciso 2° del artículo 227 de la Ley 685 de 2001”* dado que al no cumplir con los parámetros técnicos y jurídicos dispuestos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, al haber fijado una tarifa desproporcional que no considera las cargas tributarias, administrativas, y de producción de los titulares de RPP, y al no haber considerado los impactos ambientales y sociales de cada uno de los recursos y RPP objeto de reglamentación, carece de sustento jurídico y, por ende, debe ser reevaluado.
2. Que como consecuencia de lo anterior se disponga la elaboración de un nuevo estudio que tenga en cuenta todas las variables señaladas por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado para la determinación de la tarifa de regalía para los titulares de RPP y, su evaluación, en la comisión que se propuso en el numeral 5.3.2. de la parte considerativa de este escrito.
3. A partir de las consideraciones del nuevo estudio, solicitamos se efectúen las modificaciones que resulten pertinentes en el proyecto de reglamentación, de manera que se fije una tarifa proporcional y razonable que considere, entre otros aspectos, los impactos ambientales y el beneficio social, los costos de producción de los propietarios de RPP y la carga tributaria de los mismos para cada recurso natural y para cada caso particular.



MINMINAS

Ministerio de Minas y Energía
Origen: GRUPO DE PARTICIPACION Y SERVICIO AL CIUDADANO
Rad: 2018006812 31-01-2018 09:00:24 AM
Anexos: 0
Destino: DIRECCION DE MINERIA EMPRESARIAL
Serie: 0 - NO APLICA

g

Recibiré notificaciones en la Avenida Calle 92 No. 11-51 de Bogotá y en el correo electrónico jose.miguel.delacalle@garrigues.com

Respetuosamente,

José Miguel De la Calle Restrepo

- 106 -

Calle 43 No 57-31 CAN Bogotá, Colombia
Conmutador (57 1) 2200 300
Código postal 111321
www.minminas.gov.co





MINMINAS

Ministerio de Minas y Energía
Origen: GRUPO DE PARTICIPACION Y SERVICIO AL CIUDADANO
Rad: 2018006812 31-01-2018 09:00:24 AM
Anexos: 0
Destino: DIRECCION DE MINERIA EMPRESARIAL
Serie: 0 - NO APLICA

Comentario 5

De: **Catalina Bueno** <cbueno@caribbeanresources.co>

Fecha: 25 de enero de 2018, 18:09

Asunto: Observaciones al proyecto de Decreto "Por el cual se adiciona el Decreto Único Reglamentario No 1073 de 2015 respecto de la reglamentación del inciso 2° del artículo 227 de la Ley 685 de 2001"

Para: pciudadana@minminas.gov.co



Barranquilla, enero 25 de 2018

Doctor
GERMÁN ARCE ZAPATA
Ministro de Minas y Energía
Despacho

Asunto: Observaciones al proyecto de Decreto "Por el cual se adiciona el Decreto Único Reglamentario No 1073 de 2015 respecto de la reglamentación del inciso 2° del artículo 227 de la Ley 685 de 2001"

Respectado Señor Ministro,

Por medio de la presente yo, **MARÍA FERNANDA VÁSQUEZ ZAMBRANO**, identificada con cédula de ciudadanía N° 32.895.877 actuando como apoderada general de **CARBONES COLOMBIANOS DEL CERREJÓN S.A.S.** me permito a continuación exponer las razones de hecho y derecho para rechazar en su totalidad el proyecto de Decreto mediante el cual "se adiciona el Decreto Único Reglamentario No. 1073 de 2015 respecto de la reglamentación del inciso 2° del artículo 227 de la Ley 685 de 2001".

Como primera medida, manifestamos que el proyecto de decreto del asunto afecta de manera directa los derechos constitucionales a la igualdad y a la protección de la propiedad privada previamente adquiridos en virtud de unos Reconocimientos de Propiedad Privada (en adelante RPP), que no pueden ni debe ser desconocidos ni vulnerados por normas posteriores y mucho menos por el mismo estado que los reconoció.

Con el decreto que se pretende sancionar, que establece un cinco por ciento (5%) de regalías para los RPP, se estaría estableciendo una tarifa equivalente a la establecida en los contratos de concesión estatales, lo que a todas luces vulnera la característica diferencial estipulada por la Corte Constitucional en la sentencia C-669 de 2002 y el Consejo de Estado en su fallo de 1° de marzo de 2011.



Rechazamos tajantemente que se pretenda aprobar un incremento de 1,150% veces al porcentaje de la Regalía Privada que se le cancela al Estado Colombiano, y el cual deben pagar las explotaciones que se realizan en títulos de propiedad privada. Con esta medida se tornan antieconómicas las condiciones actuales de explotación al variarlas abrupta y significativamente.

Lo anterior, conlleva a una inestabilidad jurídica que pone en jaque la continuidad de cualquier proyecto minero que se desarrolle dentro de un RPP, más aun cuando el sector minero apenas se está recuperando de la caída de precios del carbón que sufrió los últimos años.

En este sentido, desconocemos las razones por las cuales el Ministerio pretende hacer mas gravosa una situación, donde las empresas apenas nos estamos recuperando de la dramática caída de los precios internacionales del carbón térmico que llegó a los niveles más bajos en casi una década. Caída que se le atribuye a la desaceleración de las economías emergentes (principalmente China) y la continua distensión en mercados desarrollados como Europa y Japón.

Fue precisamente dicha situación la que llevó a que empresas como la que represento entraran en una situación de iliquidez que le impidieron cumplir con sus compromisos económicos, y que llevaron finalmente a que en abril de 2016 la Superintendencia de Sociedad decretara la apertura del Trámite de Reorganización de CARBONES COLOMBIANOS DEL CERREJON S.A.S.

Los ingresos que percibe nuestra empresa se generan de la explotación que realizamos a una parte de un título Minero privado (RPP). Hace apenas unos días, la Superintendencia de Sociedades con la anuencia de nuestros acreedores, aprobaron el Acuerdo de Reestructuración Empresarial, presentado por nuestra sociedad, el cual contempla el pago de la Regalía al Estado en un 0.4%. En caso de aprobarse dicho decreto, nuestra empresa se verá gravemente afectada e igualmente los acreedores de la misma, ya que este incremento sustancial del costo pondrá en graves aprietos a la empresa de poder atender con los mismos ingresos este compromiso y el de sus acreedores. De continuar con la aprobación de dicho decreto, solicitamos que el mismo no le sea aplicable a las sociedades que se encuentran en Reorganización Empresarial de conformidad con la Ley 1116 del 2006, y por el contrario estas se les permita continuar cancelando el 0.4% por ciento, mientras se encuentren cumpliendo el Acuerdo de Reorganización. Lo anterior, con el fin de preservar la continuidad de las empresas que ya de por si se encuentra en una condición frágil.



Carbones Colombianos
Del Cerrejón

Así, resulta evidente que el aumento al 5% de regalías para los RPP implicaría, de entrada, un incremento del 1,150% en su estructura de costo, generando así un grave impacto y desequilibrio en sus finanzas y flujo de caja que, a su vez, podría conllevar al incumplimiento del acuerdo de reestructuración frente a todos sus acreedores.

Se concluye de esto que un aumento en el porcentaje de la regalía privada que se le cancela al Estado Colombiano actualmente, podría tener como consecuencia inevitable la quiebra de las empresas carboneras que, como es de amplio conocimiento, actualmente tienen unos márgenes de ganancia bastantes reducidos.

Se colige de esto que el aumento en el porcentaje de las regalías de los RPP contenido en el proyecto de decreto que se ha circulado, conlleva unas consecuencias económicas catastróficas para las empresas, causándole unos perjuicios que, sin lugar a dudas, deberán serle resarcidos a través de las acciones legales dispuestas para dicho fin, más aun cuando estos perjuicios no sólo se extienden a las empresas mineras sino a la economía en general, a los empleados, a los proveedores, a los acreedores e, incluso, a las entidades estatales que, en el caso concreto, son actuales acreedores de la empresa CARBONES COLOMBIANOS DEL CERREJON S.A.S. Esta medida pone en riesgo, el empleo y el medio de subsistencia de aproximadamente 340 empleados directos e indirectos, que trabajan con nuestra empresa, sin tener en cuenta el número de empleados de nuestros proveedores, que también serían afectados con la medida.

Al parecer los estudios contratados no tienen en cuenta que los explotadores de los RPP, también pagan Regalías como contraprestación a la explotación realizada a los dueños privados del mineral y cuya titularidad fue reconocida por el poder judicial, lo cual hoy el ejecutivo pretende desconocer. Al parecer el estudio da por sentado que los dueños de los RPP son los mismo que explotan y que estos no tienen contratos de operación con terceros, con quienes ya han acordado a su vez les cancelen una contraprestación por dichos derechos. De aprobarse el decreto en mención, una explotación privada podría estar pagando el doble o más de porcentaje de Regalía, en comparación con aquellas explotaciones que se efectúan en desarrollo de un Contrato de Concesión con el Estado, colocando en desventaja y desigualdad a las explotaciones privadas.



Carbones Colombianos Del Cerrejón

Con esta medida se desnaturaliza el concepto de Regalía que establece el Código Minero en su art. 226 y 227, cuando esta no es más que la contraprestación económica que recibe el Estado Colombiano por la explotación de sus recursos naturales. Al pagar la regalía que se pretende imponer, no media con dicho pago ningún tipo de contraprestación entre el Estado y el particular, ya que los recursos que se están explotando son de estos últimos y no del Estado.

Es evidente que las empresas que exploten RPP y que paguen esta regalía no van a recibir ningún tipo de contraprestación adicional por pasar de pagar un 0.4% a un 5%, por lo cual se convierte en un gravamen adicional sin retribución, que pretenden disfrazar como Regalía.

Encontramos poco sustento en que los estudios contratados consideren como lógico y coherente un incremento tan sustancial en el porcentaje utilizado para el pago de la regalía al estado Colombiano, sin tener en cuenta el impacto económico que esta medida puede generar en el sector.

Para cualquier empresa, sin importar en el sector en el cual se desarrolle, un incremento en su estructura de costo como el que ocasiona el proyecto de decreto presentado, genera un grave impacto y desequilibrio en sus finanzas y flujo de caja.

Tomando como base la Resolución 816 del 29 de diciembre del 2017, expedida por la UPME, la tabla a continuación refleja lo que hoy paga un RPP al Estado Colombiano y el alza al cual se pretende someter este tipo de explotación de sancionarse este decreto, el cual a todas luces se torna antieconómico.

Precio Boca Mina Base Liquidación Regalías

Primer Trimestre 2018

Carbón Término	Por Tonelada	Regalía Hoy	Regalía Propuesta	Diferencia	% de incremento
Consumo Interno	108.098,55	432,39	5.404,93	4.972,53	1150%
Carbón de Exportación Guajira	190.020,63	760,08	9.501,03	8.740,95	1150%



Carbones Colombianos
Del Cerrejón

Al parecer el Gobierno solo está concentrado en el recaudo que esta medida le pueda generar, sin tener el mayor reparo en las consecuencias que esto le puede generar a la industria y al empleo en la región.

Por otra parte, los considerandos del proyecto de decreto efectúan una equivocada lectura de los fallos judiciales según la cual la explotación de recursos naturales no renovables por propietarios privados de yacimiento mineros bajo el régimen de RPP del subsuelo generan un impacto ambiental y social distinto o mayor a aquellas explotaciones que se realizan a través de los contratos de concesión. Es de recordarle a su despacho que los impactos sociales y ambientales son atendidos por los compromisos que la ANLA le fije a cada empresa en desarrollo de su licencia ambiental. De ser la razón de dicho incremento, que con estos dineros se va a atender este impacto social, debería entonces el estado con dicho recaudo cumplir las actividades establecidas en la Licencia Ambiental. El tema ambiental ya es atendido por las empresas directamente, por lo cual no hay la necesidad de establecer una carga económica mayor a la que ya se tiene, cuando además de este cobro las empresas igualmente tienen que cumplir con lo establecido en su licencia ambiental.

Frente a esto, manifestamos que no es claro en qué se diferencia el impacto ambiental que se pretende regular, de aquellos establecidos en los Planes de Manejo Ambiental frente a la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales - ANLA y a las Corporaciones Ambientales Regionales. Esta justificación, desde nuestro punto de vista, implica también un doble pago por un mismo concepto.

Como conclusión, destacamos que rechazamos de plano el alcance y contenido del proyecto de decreto en la medida en que, como explicamos arriba, con éste se causan unos daños antijurídicos de tipo económico que los particulares no están obligados a soportar¹.

¹ Ha manifestado el Consejo de estado "(...) debe recordarse que a la luz de lo preceptuado en el artículo 90 de la Constitución Política de 1991, el estado debe responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. Dentro de este universo constitucional no hay duda de que el fundamento de la responsabilidad administrativa no se da siempre por una conducta dolosa o culpable, que debe ser sancionada, sino por el quebranto patrimonial que hay que reparar." Sentencia de 22 de noviembre de 1991.




MINMINAS

Ministerio de Minas y Energía
Origen: GRUPO DE PARTICIPACION Y SERVICIO AL CIUDADANO
Rad: 2018006812 31-01-2018 09:00:24 AM
Anexos: 0
Destino: DIRECCION DE MINERIA EMPRESARIAL
Serie: 0 - NO APLICA



Esperamos que estas observaciones tengan repercusión al interior del Ministerio que usted representa, toda vez que con ellas se busca preservar derechos de rango constitucional que no pueden, bajo ninguna circunstancia, ser desconocidos con la expedición del proyecto de decreto aludido.

Respetuosamente,


MARÍA FERNANDA VÁSQUEZ ZAMBRANO
Apoderada General
CARBONES COLOMBIANOS DEL CERREJÓN S.A.S.

Fecha de elaboración del informe: 29 de Enero 2018



AIDA MARCELA NIETO PENAGOS

Coordinadora Grupo de Participación y Servicio al Ciudadano

Proyecto y Revisó: Martha Isabel Jaime Galvis
Aprobó: Aida Marcela Nieto Penagos.