

**INFORME GLOBAL COMENTARIOS RECIBIDOS AL PROYECTO DE
DECRETO “Por el cual se adiciona el Decreto Único Reglamentario No 1073 de
2015 respecto de la reglamentación el inciso 2° del artículo 227 de la ley 685 de
2001”**

1. COMENTARIOS RECIBIDOS POR LAS PARTES INTERESADAS

En cumplimiento de lo establecido en el numeral 8 del artículo 8 de la Ley 1437 de 2011, el proyecto de decreto se publicó en la página web del Ministerio de Minas y Energía, entre el día 11 y el día 25 de enero de 2018 para comentarios de los interesados.

Cabe precisar que para la contestación de los comentarios no se van a atender razones de conveniencia de la expedición de la norma sino que el análisis se hará desde el punto de vista estrictamente legal y técnico, para lo cual procedemos a resumirlos y luego a agruparlos en consideración a que comparten los mismos puntos de vista o argumentos, y en consecuencia, las respuestas o apreciaciones del Ministerio, son comunes a tales observaciones y comentarios:

1.1. Arrieta Mantilla Asociados

La firma Arrieta Mantilla Asociados, solicita la modificación del proyecto de decreto conforme a las normas constitucionales y legales, así como los criterios jurisprudenciales que debe tener en cuenta la administración para determinar una regalía aplicable a los titulares de los RPP, para lo cual realiza una serie de comentarios que resumimos así:

- Vulneración de criterios establecidos por la Corte Constitucional para autorizar la intervención del Estado en actividades económicas.
- Vulneración del derecho a la igualdad de los titulares de Reconocimientos de Propiedad Privada (RPP) de oro que se configura con un trato discriminatorio de estos titulares, pues rompen la igualdad al crear un gravamen superior, específicamente se refiere a la regalía que paga el propietario privado quien además debe pagar un impuesto del 4%, creado para suplir la falta de esta; así mismo, el desconocimiento del estudio de ATG-ALFONSO RUAN, que recomendó tener en cuenta para la fijación de la regalía el hecho de que la explotación de oro de aluvión ya está gravada con un impuesto del 4%.
- Aumento en forma súbita, única y considerable de la carga impositiva impuesta, reduciendo la utilidad y el beneficio económico que los propietarios privados derivan de la explotación lícita de sus títulos de propiedad privada.

- Decisión de aumentar el porcentaje de regalía para RPP de oro y carbón, debería hacerse de manera progresiva y gradual con el fin de que la medida de intervención en la economía sea proporcional y razonable.
- 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. Respuesta por área técnica.
- 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 ejecución, por lo que la regulación que se pretende expedir impedirá que los propietarios privados obtengan una utilidad razonable por la explotación de carbón.
- Interpretación selectiva de las sentencias ya que tiene en cuenta unas jurisprudencias pero olvida otras, en particular, la que obliga al Estado a tener en cuenta la existencia y el origen del impuesto; desconocimiento de la naturaleza y alcance jurídico de la Sentencia C-987/1999, pues no tiene en cuenta que los titulares de RPP deben pagar un impuesto del 4% que grava la actividad por cuenta de los mismos efectos; y vulneración de los criterios de la Sentencia C-669 de 2002 donde 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 propietarios de los recursos incurre, el deterioro ambiental que dicha explotación genere y el impacto social que la misma produzca.”

1.2. Felipe Tovar de Andreis (Ex viceministro de Minas y Energía)

- Desconocimiento por parte del estudio de los lineamientos jurisprudenciales, ya que no analiza la situación particular y concreta de cada explotación y los costos y gastos reales asociados a cada una de estas.
- Contraviene los preceptos constitucionales y legales que garantizan derechos adquiridos, al imponer un aumento desproporcionado de la regalía del 0,4% al 5,0%.
- El proyecto omite desarrollar importantes reglas del Código de Minas como el pago en especie, la progresividad y los aportes en transferencia de tecnología.

- Los artículos 58 y 332 de la Constitución garantizan la protección de la propiedad privada y los derechos adquiridos, así como la protección de los derechos adquiridos en los títulos de Reconocimientos de Propiedad Privada. Los artículos 5, 14, 348 y 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 las condiciones, términos y obligaciones consagrados en las leyes anteriores para los beneficiarios de títulos mineros serán cumplidos conforme a dichas leyes. Los artículos 14 y 228 del Código de Minas, 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 y se aplicarán durante toda su vigencia.
- La Corte constató que la reglamentación del inciso segundo del artículo 227 fija un tratamiento diferencial frente al inciso primero, al tiempo que se debe responder a los criterios fijados por la Corte para justificar la diferenciación que el legislador hace en ciertas circunstancias atendiendo criterios y elementos objetivos, razonables, proporcionados y que estén acordes con una finalidad constitucional legítima.
- 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.
- 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.
- Aclarar que la regalía se paga hacia el futuro y que lo pagado queda en firme. No hay aplicación retroactiva.

1.3. Comuneros, titulares del RPP 011

- El RPP 0011 es el único reconocimiento de propiedad privada en carbón a cielo abierto, por tanto esta norma es de carácter particular y concreto. Y al afectar solo a este RPP, el Ministerio debe solicitar la previa anuencia y aprobación de los comuneros por la modificación de una situación jurídica consolidada e individual que se pretende cambiar unilateralmente, adicionalmente según jurisprudencia del Consejo de Estado el Ministerio de Minas y Energía carece de competencia para esta modificación unilateral de situaciones jurídicas consolidadas y que afectan la economía de un título minero privado.

- Aumenta injustificadamente el valor de la regalía del 0.4% al 5.0%, exclusivamente del RPP 0011, lo cual equivale a un incremento del 1,250% y se constituye en una decisión confiscatoria.
- El decreto genera un grave impacto económico en la zona de La Guajira ya que la mayoría de los comuneros viven en esta región solamente de los pocos ingresos que genera la propiedad de ese bien. Las más de 700 familias comuneras oriundas de La Guajira se verán afectadas en sus ingresos de un mínimo vital y de subsistencia.
- La expedición de ese decreto es una expropiación disfrazada que vulnera el derecho a la propiedad y a los derechos adquiridos protegidos constitucionalmente en los artículos 58 y 332, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores.
- El proyecto está en manifiesta oposición con lo previsto en los artículos 5, 14, 348 y 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. El proyecto desatiende lo previsto en los artículos 14 y 228 del Código de Minas 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.
- El decreto contiene una falsa motivación jurídica y técnica lo que constituye una clara causal de nulidad que oportunamente podrá ser invocada ante los estrados judiciales.
- 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.
- 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. No se han realizado las consultas previas que exige la constitución y ley y por lo tanto la expedición del decreto es nulo según lo prevé el artículo 46 del CPACA.

- 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. La decisión que propone el Ministro y sus funcionarios llevará a la quiebra a los 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.
- Los funcionarios del Ministerio que proponen este decreto están teniendo en cuenta estudios obsoletos y desactualizados que no atienden la situación actual del sector minero, además al ser conceptos de particulares estos estudios no son de obligatorio cumplimiento, han delegado en particulares la formulación de la política pública en esta materia, lo cual no puede ser delegada. Así mismo se han desatendido las observaciones realizadas, con lo cual se ha vulnerado el derecho de defensa de los comuneros.
- La expedición de ese decreto constituye una clara violación al principio de confianza legítima contenido en el artículo 83 de la CP, y de la buena fe. La desproporción de esta medida 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 fundamentales.
- Que NO se aumente el valor del porcentaje de la regalía que viene pagando el RPP 0011, por lo tanto que se mantenga el 0.4%.

1.4. Comentarios de María Fernanda Vásquez

- El proyecto afecta de manera directa los derechos constitucionales a la igualdad y a la protección de la propiedad privada adquiridos en virtud de unos reconocimientos de propiedad privada, que no pueden ser vulnerado ni desconocidos por normas posteriores ni por el Estado que los reconoció.
- El decreto establece un 5% de regalías para los RPP, tarifa que es equivalente a la establecida en los contratos de concesión estatales, lo que vulnera la característica diferencial estipulada por la Corte Constitucional en la Sentencia C- 669 de 2002 y el Consejo de Estado en su fallo del 1º de marzo de 2011.
- Se rechaza el incremento del 1, 150% veces del porcentaje de regalías, medida que torna antieconómica las condiciones actuales de explotación, al variarlas abrupta y significativamente. Esto genera inestabilidad jurídica, el sector minero apenas se está recuperando de la caída de los precios del

carbón, situación que ocasiono la iliquidez de Carbones Colombianos del Cerrejón S.A.S., e cual se encuentra en trámite de reorganización empresarial de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 1116 de 2001, lo que impide cumplir con el pago de regalías propuesto. Se requiere continuar cancelando el 0,4% mientras se encuentre la empresa cumpliendo el proceso de reorganización.

- Los estudios no tienen en cuenta la regalía que el RPP paga a los dueños privados del mineral, por lo tanto una explotación privada podría estar pagando el doble o más de regalía en comparación con las explotaciones de propiedad estatal, colocándolas en desigualdad.
- Se desnaturaliza el concepto de regalía que establece el Código de Minas, en su artículo 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 ningún tipo de contraprestación entre el estado y el particular, ya que los recursos que se explotan son de estos últimos, imponiéndose un gravamen adicional que se convierte en regalía.
- Los considerandos del decreto efectúan una equivocada lectura de los fallos judiciales, según la cual los RPP generan un impacto ambiental y social distinto o mayor a las explotaciones de contrato de concesión, los impactos sociales y ambientales son atendidos por los compromisos que la ANLA fija a cada empresa en desarrollo de su licencia ambiental. De ser esta la razón de dicho incremento, debería el estado con el recaudo cumplir las actividades establecidas en la licencia ambiental, presentándose doble cobro.

1.5. Comentarios de José Miguel de la Calle

- Inclusión de principios constitucionales que protegen los derechos de los RPP: 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 los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores.
- Medida de intervención en la economía, debe estar acorde con los lineamientos constitucionales y legales, debe considerar las condiciones económicas del mercado que pretende intervenir con el fin de procurar que la medida sea eficaz, idónea y que resulte económicamente razonable, que no afecte derechos más allá de los mínimos necesario para obtener el fin propuesto. Las medidas deben ser 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.

- Medida adoptada con fundamento en estudios desactualizados (2015) que tiene el imposible temporal de considerar las condiciones del mercado para el año 2018. De otro lado, y si en gracia de discusión se aceptare que el estudio está vigente, lo cierto es que no se debe perder de vista que, en el caso del carbón, el único título RPP existente pertenece a la “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.
- En el documento se acepta que la falta de información impidió hacer el análisis de todos los elementos objetivos enunciados por la jurisprudencia, y que él mismo cita como fundamento del estudio. Por lo tanto, 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.
- El estudio no consideró las condiciones de explotación de los 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. Si se aceptaran las tarifas propuestas por el estudio sin considerar la carga tributaria actual, los propietarios de RPP terminarían pagando más que los concesionarios sin que ese trato desigual tenga racionalidad y proporcionalidad. (pg. 10 impreso).
- 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.
- 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, se omite la carga impositiva que los titulares de los RPP 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.

- La tarifa no acoge los criterios fijados por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado: Las tarifas propuestas en el artículo 1º del proyecto de Decreto, esto es, para el caso del carbón 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 tributarios de los propietarios con base en información real y confiable de las minas actuales que operan bajo el sistema de RPP.(Pg. 12 impreso).
- 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. (Pg. 94).
- El estudio no debería ser atendido por motivos económicos y jurídicos, debe tener en cuenta los elementos que componen la regalía, es decir, la descripción detallada de cada uno de los factores que inciden en la fijación del valor que perciba el Estado, discriminando cuáles responden al hecho de que la mina corresponda a la explotación del subsuelo de propiedad estatal y cuáles 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.
- En virtud de lo expuesto solicitamos se suspenda el trámite de expedición del proyecto de Decreto, al no cumplir con los parámetros técnicos y jurídicos dispuestos en la jurisprudencia, 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.

- 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. 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. (Página 105).

2. ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES PARA LA EXPEDICIÓN DEL DECRETO QUE REGLAMENTA EL INCISO FINAL DEL ARTÍCULO 227 DE LA LEY 685 DE 2001, EN ATENCIÓN A LOS COMENTARIOS RECIBIDOS POR LAS PARTES INTERESADAS.

2.1. Naturaleza de la Sentencia C-669 de 2002

La Sentencia C-669 del 20 de agosto de 2002 que declaró exequible el inciso primero del artículo 227 de la Ley 685 de 2001 y la exequibilidad condicionada del inciso final de dicho artículo, moduló el contenido del inciso final del artículo 227 *ibídem* y profirió una sentencia integradora.

La Corte ha sostenido que *“las sentencias integradoras son una modalidad de decisión por medio de la cual, el juez constitucional proyecta los mandatos constitucionales en la legislación ordinaria, para de esa manera integrar aparentes vacíos normativos o hacer frente a las inevitables indeterminaciones del orden legal. Las sentencias integradoras, en cualquiera de sus modalidades –interpretativas, aditivas o sustitutivas-, encuentran un claro fundamento en el carácter normativo de la Carta Política (C.P. art. 4º) y en los principios de efectividad (C.P. art. 2º) y conservación del derecho (C.P. art. 241), llamadas a gobernar el ejercicio del control de constitucionalidad, ya que facilitan la labor de mantener vigente en el ordenamiento jurídico la norma que ofrece insuficiencias desde la perspectiva constitucional, en el sentido que le permite al órgano de control constitucional ajustar su contenido a los mandatos superiores parcialmente ignorados por el legislador.”* Sentencia C-325/09. M.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

De acuerdo con lo anterior, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-669 de 2002 ajustó el contenido del inciso final del artículo 227 de la Ley 685 de 2001 a los mandatos constitucionales considerados *“parcialmente ignorados por el legislador”* y estableció que *“en el caso de los propietarios privados del subsuelo, pagarán no menos del 04% hasta el máximo previsto por la ley en materia de regalías por cada especie de recursos.”*

La Sentencia C-669 referida señaló que *“la reglamentación que la norma deja en manos del 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."

2.2. Reglamentaciones surtidas luego de la modulación del inciso final del artículo 227 de la Ley 685 de 2001 y pronunciamientos de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

El Gobierno Nacional para efectos de la reglamentación del inciso final del artículo 227 referido, expidió el Decreto 2353 de 2001, modificado por el Decreto 136 de 2002 y adicionado y modificado por el Decreto 1631 de 2006, los cuales han sido demandados ante la jurisdicción contencioso administrativa y declarados algunos de sus apartes nulos, mediante las sentencias que se relacionan:

- **Sentencia Sección Tercera – Consejo de Estado (Octubre de 2005)**

El Consejo de Estado a través de la sentencia del 27 de octubre de 2005 declaró la nulidad de las expresiones “en un porcentaje del 0.4% sobre la producción obtenida al borde o en boca de mina” contenidas en los parágrafos del artículo 3º del Decreto 2353 del 1º de noviembre de 2001 y del artículo 1º del Decreto 136 de 25 de enero de 2002, reglamentarios de la Ley 685 de 15 de agosto de 2001, señalando:

“Ahora en la controversia jurídica que plantea este proceso, la Sala encuentra, de un lado, que de acuerdo con el artículo 360 constitucional la regalía va aparejada, en forma íntima, con la explotación de los recursos naturales renovables, toda vez que la define como la contraprestación económica por la explotación del recurso natural renovable; y, de otra lado, que la Corte Constitucional en la sentencia C - 669 de 20 de agosto de 2002, con base en ese artículo constitucional, esbozó los alcances de esa regalía, más allá de la definición técnica del concepto, como el cobro que ‘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 generen en mayor o menor medida efectos ambientales y sociales que deban ser compensados.

De ahí que sea claro que tratándose de contraprestación, el porcentaje a pagar por concepto de regalía no pueda ser el mismo, pues no siempre, desde el punto de vista positivo del concepto, la prestación será la misma.”

(...)

*Para el Consejo de Estado es claro que frente a los propietarios privados del subsuelo, la ley reglamentada **no determinó un porcentaje fijo, sino un límite mínimo.** Además de lo cual la Corte Constitucional en la sentencia C-669 de 2002 igualmente dio el alcance de la norma legal al declararla exequible en forma condicionada,*

alcance que integra tal disposición. De tal suerte que los decretos reglamentarios sí infringieron los artículos 13, 360, 58 y 189-11 constitucionales:

- al artículo 13 porque dentro de los parámetros de desigualdad que implican la aplicación del principio de igualdad no fueron tenidos en cuenta, al fijar el porcentaje estándar sin racionalizar la fluctuación entre los topes legales; al artículo 360 porque ese mismo porcentaje único no se compadece con el concepto de contraprestación derivada de la explotación del recurso natural no renovable;

- al artículo 58 porque al contrariar el bloque de legalidad superior, los apartes de los decretos acusados desconocen el carácter de función social de la propiedad, generadora de obligaciones; y

- el artículo 189,11 constitucional, consecuencial de los dos anteriores, porque la potestad reglamentaria se ejerce conforme con la norma a reglamentar, la Constitución Nacional y la sentencia de exequibilidad condicionada C-669 de 2002, y de ellas se apartó el operador reglamentario, pues la Constitución Política al ser norma de normas debe ser respetada antes que las demás de inferior jerarquía y, en consecuencia toda actuación que la contraríe, la desvíe o la incumpla adolece de constitucionalidad. ...

Deducido, por el anterior análisis de fondo, que los apartes acusados de los parágrafos: de los artículos 3º del decreto 2.353 de 1 de noviembre de 2001 y 1º del decreto y 136 de 25 de enero de 2002, quebrantan artículos 13, 360, 58 y 189-11 constitucionales, prospera el cargo.”.

- **Sentencia Sección Tercera – Consejo de Estado (Marzo de 2011)**

El Consejo de Estado mediante sentencia del 1º de marzo de 2011, declaró la nulidad de los artículos 1, 2 y 3 del Decreto 1631 de 2006 y para el efecto señaló:

*“Podría afirmarse que ... la Administración sólo actúa *secundum legem* si respeta la voluntad del legislador tal y como quedó modificada o precisada luego del fallo de constitucionalidad modulada, más aún cuando hace uso de la atribución constitucional de expedir normas de carácter general para la cumplida ejecución de la ley. ...*

(...)

“De la confrontación de los artículos 1, 2 y 3 del Decreto 1631 de 2006 con el inciso segundo del artículo 227 del Código de Minas (en su nuevo texto según la decisión de constitucionalidad modulada) se advierte su oposición manifiesta, toda vez que las disposiciones reglamentarias se

limitan, sin poder hacerlo, a introducir el mismo monto mínimo legal o uno apenas superior, cuando el sentir del legislador es que este monto fuese, justamente, el punto de partida para la determinación vía reglamentaria de una tarifa flexible y diferenciada que atendiera el impacto ambiental y social, que entraña la explotación de recursos naturales no renovables, todo lo cual debía hacerse con arreglo a estudios técnicos.

Por manera que la violación al ordenamiento superior se evidencia en que el decreto reglamentario no se tuvo en cuenta las variables fijadas por estudios técnicos, para compensar efectivamente el daño ambiental que acarrea la explotación de los recursos naturales no renovables.”

2.3. Evolución de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de regalías e impuestos y la posibilidad de gravar la explotación de recursos naturales no renovables con tributos

Para efectos de atender los comentarios recibidos, resulta necesario referirnos a la evolución que ha tenido la jurisprudencia de la Corte Constitucional en relación con la naturaleza de las regalías e impuestos y la posibilidad de gravar la explotación de recursos naturales no renovables con tributos. De este modo tenemos que:

En la Sentencia C-221 de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero, la Corte afirmó que la obligatoriedad de las regalías encuentra sentido en la característica propia de los recursos no renovables pues, como se vio, estos existen en cantidad limitada y progresivamente se van agotando, por lo cual son un capital natural que la sociedad consume en forma inevitable. En este sentido, la Corte encontró lógico que el Estado en representación de toda la sociedad, reciba además una contraprestación por la explotación de los recursos no renovables pues tales bienes constituyen una riqueza que en forma lenta pero inevitable la sociedad consume; así mismo, señaló que más allá de las distinciones conceptuales entre impuesto y regalía, encontró que dichas figuras son “prácticamente idénticas” ya que el particular que explota el recurso debe pagar por tal concepto al Estado una suma determinada, situación que asemejó a la contraprestación que exige el artículo 360 de la Constitución Política.

En conclusión, esta sentencia relacionó la obligación de pagar regalías (i) con la titularidad del Estado sobre los recursos no renovables, como contraprestación por el derecho a explotar y (ii) con el desgaste o agotamiento que estos recursos sufren. Adicionalmente, consideró que el pago de regalías no era compatible con el pago de impuestos sobre la explotación minera y sostuvo que el pago de regalías es un imperativo constitucional y declaró inconstitucional el cobro de impuestos sobre la explotación minera. Sobre la incompatibilidad entre impuestos y regalías, la Corte en esa oportunidad señaló:

*“El artículo 360 de la Constitución establece que la regalía es una carga de imperiosa imposición. Por consiguiente, **la consagración de un impuesto que grave la explotación de un recurso natural no renovable estaría sustrayendo ingresos del Estado cuya destinación está determinada por la propia Constitución.** En estas circunstancias, los ingresos que provienen de las regalías se destinan única y exclusivamente a compensar el agotamiento del capital natural que produce la explotación de recursos naturales que no se renuevan. **Esta incompatibilidad deriva además de la específica y particular regulación constitucional de las regalías, que podría ser desfigurada si se admitiera la posibilidad de que la explotación de recursos no renovables fuera gravada con tributos.** En efecto, más allá de las distinciones conceptuales entre las figuras, un impuesto sobre la explotación de un recurso no renovable se asemeja en la práctica a una regalía, ya que el particular que explota el recurso debe pagar por tal concepto al Estado una suma determinada, situación que es prácticamente idéntica a la contraprestación que exige el artículo 360 de la Carta. Por ello no parece admisible que sobre la explotación de los recursos no renovables existan impuestos, por cuanto las regalías son obligatorias y se encuentran sujetas a una regulación constitucional muy específica, cuyo contenido esencial debe ser respetado por la ley y garantizado por el juez constitucional. **La constitucionalización de las regalías, y el particular régimen que las regula, implica el establecimiento de una prohibición a los impuestos sobre la explotación de tales recursos.** La Corte precisa que lo anterior no significa que la ley no pueda imponer ningún gravamen sobre ninguna actividad relacionada con los recursos no renovables, pues la regla general sigue siendo la amplia libertad del Legislador en materia tributaria. **Las regalías y los impuestos sobre recursos no renovables son compatibles, siempre y cuando el impuesto no recaiga sobre la explotación misma, la cual se encuentra exclusivamente sujeta al régimen de regalías.**” (Resaltado es nuestro).*

Por su parte, en la Sentencia C-987 de 1999 con ponencia del mismo magistrado que resolvió la demanda de inexecutable parcial del artículo 152 de la Ley 488 de 1998, en cuanto establecía un impuesto específico a la explotación de minas de propiedad privada y una regalía a la explotación de recursos de propiedad estatal, la Corte mantuvo (i) la obligación constitucional de pagar regalías sólo para los recursos estatales, (ii) la incompatibilidad entre impuestos y regalías y (iii) la potestad impositiva sobre la explotación de recursos privados no renovables. Así se pronunció la Corte en el apartado 4:

“4- No es pues posible que la ley establezca impuestos sobre la explotación de recursos no renovables sobre los cuales la Constitución ha ordenado la imposición de regalías, aunque bien puede el Congreso definir como hechos impositivos otras actividades económicas relacionadas con tales recursos, como su transporte, su exportación, etc. Esta conclusión sugiere entonces que la norma acusada desconoce la Carta por violar esa prohibición constitucional, ya que establece un impuesto sobre la

explotación de ciertas minas, que son sin lugar a dudas un recurso no renovable. Sin embargo, esa conclusión no es de recibo ya que, como bien lo precisa la Carta, y lo había explicado la mencionada sentencia C-221 de 1997, el deber de imponer regalías recae sobre la explotación de los recursos no renovables, que sean de propiedad del Estado. En efecto, es claro que, como lo señaló esa providencia, ‘las regalías están representadas por aquello que el Estado recibe por conceder un derecho a explotar los recursos naturales no renovables de los cuáles es titular (CP art. 332), debido a que estos recursos existen en cantidad limitada.’ Por ende, la explotación de las minas de propiedad privada, que pueden existir en nuestro ordenamiento jurídico (CP art. 332), 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. Por ende, en nada viola la Carta que la ley establezca como hecho tributario la extracción y explotación de esos recursos mineros, por cuanto se trata de minas de propiedad privada.” (Resaltado es nuestro).

Con todo, los criterios jurisprudenciales establecidos en las Sentencias C-221 de 1997 y C-987 de 1999 fueron revisados posteriormente por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1071 de 2003; en consecuencia los pronunciamientos revisados por esta sentencia no constituyen precedentes vigentes. Con base en la sentencia C-1071 de 2003, tenemos que:

- La Corte retomó su criterio inicial en torno al fundamento constitucional de las regalías, en cuanto éstas se generan como consecuencia del desgaste ambiental y social que produce la explotación de recursos naturales no renovables.
- La Corte acepta que lo que genera el deber constitucional de pagar regalías es la explotación de recursos no renovables, aunque el legislador, dentro de su potestad de configuración, puede incorporar también otros elementos, como la titularidad estatal sobre los recursos explotados y en esa medida tanto la explotación de los recursos de propiedad privada como los de propiedad estatal están sujetos a la obligación constitucional de pagar regalías, apoyado este deber no solo en la interpretación literal del artículo 360 sino también con la función social que la Constitución le atribuye a la propiedad y a la empresa según lo disponen los artículos 58 y 333 superiores.
- La Corte tomó los criterios jurisprudenciales de la Sentencia C-669 de 2002 que declaró la exequibilidad condicionada del inciso final del artículo 227 de la Ley 685 de 2001. En particular citó que: “...si bien en las sentencias C-221/97 y C-987/99 se señaló la imposibilidad de que coexistieran impuesto y regalías y que en ellas se dijo que ‘la explotación de las minas de propiedad privada, que pueden existir en nuestro ordenamiento jurídico (C.P. art. 332),

*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, **la Corte debe retomar dicha jurisprudencia para precisar, de una parte, que lo que genera la regalía es la explotación misma del recurso y no la propiedad sobre el mismo, y de otra que regalía y tributos bien pueden coexistir en este campo, toda vez que la Constitución no impone la incompatibilidad a que aluden esas decisiones, 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, que siempre deberá cobrarse, cargas tributarias sobre la misma explotación.***” (Resaltado y subrayado propio).

- La Corte en esta sentencia concluyó que: a) tanto la explotación de recursos no renovables de propiedad estatal, como los recursos de propiedad privada, están sujetos a la obligación constitucional de pagar regalías; b) el cobro de regalías es constitucionalmente compatible con el cobro de impuestos a la explotación de recursos no renovables y; c) corresponde al legislador establecer si al tiempo con el cobro de regalías, establece impuestos a la explotación de recursos no renovables.

2.4. Referencia al sometimiento de las autoridades administrativas a la Constitución, la ley y el precedente constitucional y judicial dictado por las Altas Cortes

Todas las autoridades públicas, de carácter administrativo o judicial, de cualquier orden, se encuentran sometidas a la Constitución y a la ley, y como parte de esa sujeción, las autoridades administrativas estamos obligadas a acatar el precedente constitucional y judicial dictado por las Altas Cortes de la jurisdicción ordinaria, contencioso administrativa y constitucional. Así las cosas, la sujeción de las autoridades administrativas a la Constitución y a la ley, y en desarrollo de este mandato, el acatamiento del precedente judicial, se constituyen en un presupuesto esencial del Estado Social y Constitucional de Derecho –art.1 CP-; y en un desarrollo de los fines esenciales del Estado, tales como garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución –art.2-; de la jerarquía superior de la Constitución –art.4-; del mandato de sujeción consagrado expresamente en los artículos 6º, 121 y 123 CP; del debido proceso y principio de legalidad –art.29 CP; del derecho a la igualdad –art.13 CP-; del postulado de ceñimiento a la buena fe de las autoridades públicas –art.83 CP-; de los principios de la función administrativa –art. 209 CP-; de la fuerza vinculante del precedente judicial contenida en el artículo 230 superior; así como de la fuerza vinculante del precedente constitucional contenido en el artículo 241 de la Carta Política. (Sentencia C-539/11 Magistrado Ponente: LUÍS ERNESTO VARGAS SILVA).

Ahora bien, todas las autoridades públicas, de carácter administrativo o judicial, de cualquier orden, se encuentran sometidas a la Constitución y a la ley, y como parte de esa sujeción, las autoridades administrativas estamos obligadas a acatar el precedente judicial dictado por las Altas Cortes de la jurisdicción ordinaria, contencioso administrativa y constitucional. Así las cosas, la sujeción de las autoridades administrativas a la Constitución y a la ley, y en desarrollo de este mandato, el acatamiento del precedente judicial, se constituyen en un presupuesto esencial del Estado Social y Constitucional de Derecho –art.1 CP-; y en un desarrollo de los fines esenciales del Estado, tales como garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución –art.2-; de la jerarquía superior de la Constitución –art.4-; del mandato de sujeción consagrado expresamente en los artículos 6º, 121 y 123 CP; del debido proceso y principio de legalidad –art.29 CP; del derecho a la igualdad –art.13 CP-; del postulado de ceñimiento a la buena fe de las autoridades públicas –art.83 CP-; de los principios de la función administrativa –art. 209 CP-; de la fuerza vinculante del precedente judicial contenida en el artículo 230 superior; así como de la fuerza vinculante del precedente constitucional contenido en el artículo 241 de la Carta Política. (Sentencia C-539/11 Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva).

Precisado lo anterior, manifestamos que el Ministerio de Minas y Energía al redactar el 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”, **atendió los mandatos constitucionales y legales, así como el precedente constitucional vigente, que determina que** (i) toda explotación de un recurso natural no renovable, bien se trate de propiedad privada o de propiedad estatal, genera una contraprestación a título de regalía por el desgaste ambiental y social que produce la explotación de recursos naturales no renovables, apuntalado este deber no solo en el tenor literal del artículo 360 de la Constitución Política, sino en la función social que implica la propiedad; (ii) el impuesto y la regalía pueden coexistir, toda vez que la Constitución no impone su incompatibilidad; (iii) el legislador bien puede establecer cargas tributarias, toda vez que no viola la Carta que la ley establezca como hecho generador del tributo la extracción o explotación de recursos naturales no renovables.

En este mismo orden de ideas, el proyecto de decreto en mención atendió el fallo de la Corte Constitucional que declaró la exequibilidad condicionada del inciso final de la Ley 685 de 2001 que establece que los propietarios privados del subsuelo, pagarán no menos del 0.4% hasta el máximo previsto por la ley en materia de regalías para cada especie de recursos; así mismo, los fallos del Consejo de Estado que reiteran que debe darse cumplimiento a la Sentencia C-669 de 2002 y en el reglamento fijar una tarifa flexible y diferenciada que atienda el impacto ambiental y social causado por la explotación de recursos naturales no renovables, con fundamento en estudios técnicos.

3. OBSERVACIONES A COMENTARIOS

Respecto de cada una de las apreciaciones presentadas, las cuales nos permitimos resumir y agrupar para responder de manera unificada, manifestamos:

- En relación con la vulneración de criterios establecidos por la Corte Constitucional para autorizar la intervención del Estado en actividades económicas.

En primer lugar, la definición de los elementos básicos de las limitaciones de las libertades económicas, corresponde exclusivamente al legislador, es decir, es una materia sometida a reserva legal¹; en segundo lugar, el Ejecutivo interviene en la regulación de la economía en ejercicio de su potestad reglamentaria y de inspección, vigilancia y control, pero su participación debe sujetarse a la ley, ya que el Ejecutivo solamente puede llevar a cabo una concreción administrativa de los elementos centrales definidos previamente por la Ley.

De algún modo, no se observa que la ley luego del fallo de constitucionalidad modulado y, en consecuencia, el proyecto de decreto impongan límites y restrinjan las libertades económicas de los asociados; de existir una posible vulneración de la Carta en esta materia, no corresponde al Gobierno Nacional determinarla, toda vez que la actuación de éste, para el caso concreto, se enmarca dentro de los límites fijados por el legislador, el fallo de constitucionalidad modulado y el precedente constitucional y judicial vigentes, que obligan a las autoridades administrativas a expedir la reglamentación en los términos allí señalados.

- Respecto de la vulneración del derecho a la igualdad, al comparar a los propietarios de propiedad privada con los explotadores de minas de propiedad estatal; así como el incremento a la regalía, en particular la regalía de oro, desconociendo la carga tributaria establecida para estos RPPs y el desconocimiento a las recomendaciones del informe de ATG-ALFONSO RUAN, sobre tener en cuenta el impuesto que pesa sobre el oro.

En primer lugar, se debe precisar que no es cierto que se grave con una carga muy superior a los propietarios de propiedad privada con respecto de aquellos que explotan minas de propiedad estatal. El porcentaje de regalía que debe pagar el explotador de recursos de propiedad estatal para oro aluvial es del 6%, para oro de veta el 4% y para carbón en explotaciones mayores de 3 millones de toneladas el 10% y para menores de 3 el 5%; en tanto que para propietarios de propiedad privada de acuerdo con lo establecido en el estudio técnico contratado, es de 3% para oro de aluvión; 2% para oro de veta; 5% para carbón a cielo abierto con producciones

¹ Artículo 333. Constitución Política. "...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."

iguales o superiores a 3 millones de toneladas; y 2.5% para menores de 3 millones de toneladas.

En segundo lugar, se atendió el estudio técnico en cuanto a la fijación de los porcentajes de regalías. Es claro para el Ministerio de Minas y Energía que, para efectos de la reglamentación que propone el Ministerio, no se puede sumar a la regalía de oro tanto en aluvión como en veta, el impuesto creado por la ley para estos minerales. Tal situación desconocería la Constitución Política que no impone la incompatibilidad entre regalía e impuesto, así como, el precedente vigente que establece que es al legislador, en el marco de su potestad de configuración, a quien le corresponde establecer cargas tributarias sobre la misma explotación.

- En cuanto a que la Corte constató que la reglamentación del inciso segundo del artículo 227 fija un tratamiento diferencial frente al inciso primero, al tiempo que se debe responder a los criterios fijados por la Corte para justificar la diferenciación que el legislador hace en ciertas circunstancias atendiendo criterios y elementos objetivos, razonables, proporcionados y que estén acordes con una finalidad constitucional legítima, le señalamos que la Corte al analizar la constitucionalidad del artículo 227 de la Ley 685 de 2001, advirtió que el primer inciso de éste se refiere a las regalías que como contraprestación obligatoria exige el Estado por la explotación de los recursos naturales no renovables que son de su propiedad, mientras que el segundo inciso se refiere al pago que deben hacer los propietarios privados del subsuelo como compensación para la sociedad por el hecho mismo de la explotación de los recursos naturales no renovables; así mismo que el legislador bien puede remitir a la reglamentación del Gobierno, la cual debe obedecer 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.”*, los cuales encontramos plenamente justificados en el estudio técnico contratado para el efecto.
- En cuanto al aumento en forma súbita, única y considerable de la carga impositiva impuesta, reduciendo la utilidad y el beneficio económico que los propietarios privados derivan de la explotación lícita de sus títulos de propiedad privada y la potencialidad de trastocar y alterar 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 ejecución, lo que impedirá que los propietarios privados obtengan una utilidad razonable por la explotación de carbón y se impacte económicamente tanto a los comuneros y a la región donde se lleva a cabo la explotación.

El Gobierno Nacional actúa dentro del marco de su competencia funcional, acatando la Constitución, la Ley y el precedente constitucional y judicial vigente, mandatos superiores de los cuales no puede hacer abstracción para

entrar a determinar cómo se afecta la estructura de costos y en consecuencia la utilidad y beneficio económico de los propietarios de propiedad privada.

No debemos olvidar que un tema es el relacionado con la regalía como obligación constitucional y otro muy diferente es el que se refiere al establecimiento de impuestos como facultad que ejerce libremente el legislador y que surge del poder impositivo del Estado; tampoco podemos olvidar que el derecho de propiedad que la Constitución garantiza no es absoluto sino que está limitado y condicionado a la función social y ecológica de la propiedad, la cual genera obligaciones. En este sentido, el ejercicio del derecho de propiedad implica la realización de objetivos sociales y en concordancia con ello, la obligación para el particular de compensar las consecuencias de orden ambiental y social que generan las explotaciones de recursos naturales no renovables, incluida la extinción misma de tales recursos.

- Sobre la decisión de aumentar el porcentaje de regalía para RPP de oro y carbón, debería hacerse de manera progresiva y gradual con el fin de que la medida de intervención en la economía sea proporcional y razonable; además que se pueda pagar en especie y con transferencia de tecnología.

Si bien es cierto que de conformidad con el Código de Minas la regalía consiste en un porcentaje, fijo o progresivo, del producto bruto explotado, calculado o medido al borde o en boca de mina, pagadero en dinero o en especie, también lo es que la forma de liquidación de las regalías se encuentra regulada en la Ley 141 de 1994, que establece que las regalías se deben pagar 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, de manera fija. En este sentido, cualquier modificación de los porcentajes determinados en la ley de regalías debe realizarse por el legislador y no por el Gobierno Nacional, en ejercicio de la potestad reglamentaria y, en caso de establecerse un porcentaje progresivo éste deberá también aplicarse a los títulos de propiedad estatal y privada para no otorgar un trato discriminatorio.

Ahora, en cuanto al pago en especie, este no es el objeto de la reglamentación que nos propone el inciso final del artículo 227 de la ley minera, sino que éste corresponde a la reglamentación del artículo 16 de la Ley 1530 de 2012². En relación con el pago con transferencia de tecnología,

² **Artículo 16. Recaudo.** Se entiende por recaudo la recepción de las regalías y compensaciones liquidadas y pagadas en dinero o en especie por quien explote los recursos naturales no renovables, por la Agencia Nacional de Hidrocarburos y la Agencia Nacional de Minería.

La Agencia Nacional de Hidrocarburos y la Agencia Nacional de Minería establecerán mediante acto motivado de carácter general, el pago en dinero o en especie de las regalías.

la ley de conformidad con la voluntad del constituyente, según los artículos 360 y 361 de la Constitución Política, no previó el pago con transferencia de tecnología. Recordamos que el legislador está supeditado por la voluntad del constituyente y el Gobierno Nacional, en ejercicio de la facultad reglamentaria, a los límites fijados por la Constitución y la ley.

- Respecto de la interpretación selectiva de las sentencias ya que tiene en cuenta unas jurisprudencias pero olvida otras, en particular, la que obliga al Estado a tener en cuenta la existencia y el origen del impuesto; desconocimiento de la naturaleza y alcance jurídico de la Sentencia C-987/1999, pues no tiene en cuenta que los titulares de RPP deben pagar un impuesto del 4% que grava la actividad por cuenta de los mismos efectos y vulneración de los criterios de la Sentencia C-669 de 2002 donde 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 propietarios de los recursos incurre, el deterioro ambiental que dicha explotación genere y el impacto social que la misma produzca.”

No se hizo una interpretación selectiva de las sentencias, reiteramos que para la redacción del proyecto de decreto, el Ministerio actuó dentro del marco de su competencia funcional, acatando la Constitución, la Ley y el precedente constitucional y judicial vigente.

En relación con lo manifestado sobre la **Sentencia C-987 de 1999**, cabe precisar que el problema jurídico que se debatió en esa oportunidad era si el impuesto previsto por la norma acusada en las minas de propiedad privada respetaba o no el principio de legalidad tributaria, al paso que la Corte encontró relevante estudiar si la ley podía gravar la explotación de las minas de propiedad privada, para lo cual tuvo en cuenta que hasta ese momento la jurisprudencia consideraba el pago de la regalía solo para los recursos de propiedad estatal. Como ya lo hemos señalado, la Corte encontró que la ley no viola la Constitución cuando establece como hecho tributario la extracción y explotación de recursos mineros.

Del mismo modo, es pertinente aclarar que luego de la Sentencia C-1071 de 2003 que declaró inexecutable el artículo 229 del Código de Minas,³ la

Cuando las regalías se paguen en especie, el Gobierno Nacional reglamentará la metodología, condiciones y términos que garanticen el adecuado flujo de recursos al Sistema General de Regalías, de manera que los recursos que se generen entre la determinación de los precios base de liquidación y la comercialización de las regalías se distribuyan en un 50% destinado a la bolsa única del Sistema General de Regalías y el 50% restante a favor del Gobierno Nacional.

Parágrafo. Se entiende como pago de regalías en especie, la entrega material de una cantidad de producto bruto explotado.

³ “Artículo 229.- Incompatibilidad. La obligación de pagar regalías sobre la explotación de recursos naturales no renovables, es incompatible con el establecimiento de impuestos nacionales,

Sentencia C-987 **no constituye precedente constitucional vigente**, tal como lo señala la misma Sentencia C-1071, la cual tomó los criterios jurisprudenciales de la Sentencia C-669 de 2002 que declaró la exequibilidad condicionada del inciso final del artículo 227 de la Ley 685 de 2001.

- En cuanto a la vulneración de los criterios de la Sentencia C-669 de 2002, en cuanto a no 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.”*, le manifestamos que el Gobierno Nacional no puede arrogarse esa facultad que es del legislador, tal como se desprende de la lectura de la mencionada sentencia⁴; *“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.”*
- En relación con el estudio, los comentaristas aducen que: existe un desconocimiento de los lineamientos jurisprudenciales; una falta de análisis de la situación particular del RPP 011; al igual que estos son obsoletos y desactualizados y que tienen el imposible temporal de considerar las condiciones del mercado para el año 2018; que por tratarse de un concepto de particulares no es de obligatorio cumplimiento y que no tiene en cuenta la regalía que el RPP paga a los dueños privados.

El estudio no sólo tuvo en cuenta lo dispuesto por la Corte constitucional en Sentencia C- 699 del 2002, sino que además se fundamentó en criterios objetivos, parámetros razonables y proporcionales, teniendo en cuenta los costos ambientales y el beneficio social, analizando de manera particular y concreta la situación del RPP 011 del Cerrejón, el estudio no se vuelve obsoleto ni desactualizado por el transcurrir del tiempo toda vez que las variables que sustentan la fijación de regalía siempre serán las mismas: costo ambiental, impacto social, agotamiento del recurso, entre otros. De otra parte,

departamentales y municipales sobre esa misma actividad, sean cuales fueren su denominación, modalidades y características.

Lo anterior sin perjuicio de los impuestos que le Congreso fije para otras actividades económicas.”,

4 “...Así las cosas es al Legislador, en el marco de la potestad de configuración que le atribuye el artículo 360 superior y de la política de incentivos a la explotación que eventualmente el mismo Legislador establezca, a quien corresponde 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...”.

constitucional, legal y jurisprudencialmente, para efectos de establecer el monto de la regalía que deben pagar los propietarios privados del subsuelo, no estamos obligados a revisar las variables del mercado en relación con los minerales explotados.

Ahora bien, el Ministerio atendió el mandato de la Corte y del Consejo de Estado que ordenó tener en cuenta las variables fijadas por estudios técnicos para reglamentar el porcentaje de las regalías a pagar por los explotadores de recursos de propiedad privada. Se trata pues de **estudios técnicos**, no de conceptos que son dos temas muy diferentes, los conceptos son orientaciones, puntos de vista, consejos y cumplen tanto una función didáctica como una función de comunicación fluida y transparente entre administración y administrados, según la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Los estudios técnicos se requirieron con el único fin de fundamentar el porcentaje de regalía que se fijaría a través del decreto reglamentario, estudios que fueron avalados por el área técnica correspondiente de este Ministerio.

El proyecto de Decreto se atiene a los análisis técnicos establecidos en el estudio contratado, el cual debe ser el fundamento de este proyecto, tal y como lo ordenó el Consejo de Estado, en fallo del 1o de marzo de 2011, en el cual además se determinó que “Estando claro que la Constitución obliga al cobro de regalías por la explotación de los recursos naturales no renovables de propiedad privada que dejan de existir para la sociedad, dicho cobro no puede reducirse en todos los casos a dicho porcentaje mínimo, como por lo demás lo entendió el Gobierno cuando expidió los decretos 2353 de 2001 y 136 de 2002, pues ello implicaría no solo el cobro de un monto ostensiblemente 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.” (Subrayado fuera del texto).

- En cuanto a mantener el porcentaje del 0,4 % para el RPP 0011, perteneciente a la Comunidad del Cerrejón, cabe aclarar que de hacerlo estaríamos contrariando los dictámenes jurisprudenciales referidos, así como lo dispuesto en el artículo 227 de la Ley 685 de 2001, modulado por la Corte Constitucional: *“en el entendido que en caso de propietarios privados del subsuelo, pagarán no menos del 0.4% hasta el máximo previsto por la ley en materia de regalías por cada especie de recursos.”* Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que el fallo del 1º de marzo de 2011 del Consejo de Estado, anula los decretos expedidos por el Gobierno Nacional para la fijación de regalías de RPP, en atención a que mantenían de manera insistente unos porcentajes mínimos en el cobro de regalías, por lo que procedió a llamar de manera severa la atención al Gobierno para que se acatara el fallo de la Corte Constitucional sin olvidar que *“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”.

Atendiendo las ordenes jurisprudenciales tanto el estudio como el Decreto se inclinaron, basándose en un análisis técnico juicioso, objetivo, razonable y proporcional, por establecer una regalía que si bien no puede estar en los mínimos de ley, tampoco se asemeja a la pagadas por los titulares mineros en propiedad estatal, debido a la especialidad que reviste a los títulos de propiedad privada.

- En relación con los artículos de la Constitución Nacional y del Código de Minas que buscan la protección y reconocimiento de los derechos adquiridos por los Reconocimientos de Propiedad Privada debidamente constituidos bajo leyes preexistentes, y la estabilidad de las regalías, señalamos:

En primer lugar, no hay tal desconocimiento, en la medida en que el derecho adquirido sobre la propiedad de los recursos sigue incólume ante las nuevas normas constitucionales y legales que propenden por la propiedad estatal del recurso.

En segundo lugar, el respetar tal derecho no significa que se desconozcan las obligaciones constitucionales, como lo es el pago de regalías, que deben cumplir los explotadores de minas sean o no de su propiedad, como tampoco la función social que la Constitución le atribuye a la propiedad y a la empresa según lo disponen los artículos 58 y 333 superiores.

En aplicación del respeto por los derechos adquiridos, el artículo 14 del Código de Minas salvaguardó el excepcional derecho de la propiedad del subsuelo al dejar a salvo situaciones jurídicas consolidadas con anterioridad a la vigencia de la Ley 685 de 2001. Por su parte, el artículo 228 ídem **estabilizó de manera expresa las regalías en relación con los contratos de concesión celebrados y perfeccionados de conformidad con las normas del Código de Minas, Ley 685 de 2001**; por su parte, en el inciso 2º del artículo 227 íbidem, expresamente consagró que los propietarios privados del subsuelo deberán pagar por concepto de regalías no menos del 0.4% hasta el máximo previsto por la ley en materia de regalías por cada especie de recurso.

En este punto repetimos, lo señalado en la Sentencia C-669 del 20 de agosto de 2002 en cuanto a que *“para la Corte es claro 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. No obstante las condiciones en que el Legislador podrá establecer dicho pago no serán necesariamente 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.”, aspecto que se contempla EN el estudio técnico efectuado.

- Respecto de la reorganización empresarial en que se encuentren los operadores o titulares mineros de conformidad con la Ley 1116 de Reorganización empresarial en que se encuentren los operadores o titulares mineros. 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. Al respecto se está frente al establecimiento del porcentaje de regalía que deben pagar los propietarios privados del subsuelo, y en ese sentido, no consideramos que el régimen judicial de insolvencia regulado en la ley 1116 de 2006 limite la potestad del gobierno nacional para expedir la reglamentación que le corresponde o le permita incluir excepciones en la norma a expedirse; además cualquier situación particular y concreta que se presente, se resolverá dentro de la oportunidad y de acuerdo con la normatividad que la regule.
- En cuanto a que en la zona de influencia del decreto viven comuneros que hacen parte de minorías constitucionalmente protegidas, y por lo tanto se deben realizar las consultas previas, no consideramos que con el establecimiento del porcentaje de regalía al operador minero se afecte a los comuneros propietarios que posiblemente hagan parte de minorías étnicas. Lo anterior, teniendo en cuenta que el pago que estos reciben por ser propietarios del subsuelo depende de la negociación que se realiza entre privados, en la cual mal haría el Estado intervenir.
- En relación con solicitar la previa anuencia y aprobación de los comuneros, según ellos, por la modificación de una situación jurídica consolidada e individual que se pretende cambiar unilateralmente, no estamos frente a la revocatoria de un acto administrativo expedido por la administración que obligue a dar aplicación a lo dispuesto por el artículo 97 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; sino frente al ejercicio de la potestad reglamentaria, para la debida ejecución de la ley, asignada al Presidente de la República contenida en el artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política, la cual ha de ejercerse, por mandato de la Norma Fundamental, de conformidad con los preceptos constitucionales y legales.
- Sobre los considerandos del proyecto de decreto, se revisarán, incluirán o dejarán los necesarios para la expedición del acto administrativo, recordando que fue la misma Corte la que exhortó al Gobierno Nacional para

que la reglamentación responda a criterios objetivos y parámetros razonables, proporcionales y diferenciales, dentro de los que se destaquen los costos ambientales y el beneficio social que genere la explotación de los recursos, por lo cual no puede interpretarse que los considerandos, en este sentido, realizan una equivocada lectura de los fallos judiciales.

- Debido a la claridad que existe respecto de la aplicación de la norma a hechos posteriores a su expedición, no es necesario precisar que este decreto no es retroactivo.
- 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.

No se considera un desincentivo a los títulos de RPP, toda vez que corresponde a una medida constitucional que debe acatarse. Es una apreciación que no se encuentra debidamente sustentada y que corresponde a una suposición que no resulta posible generalizar. La regulación pretende atender los requerimientos legales jurisprudenciales en los que se ha tratado el tema, apoyándose en estudios técnicos que evidencian la proporcionalidad de la medida.

- En lo que respecta a 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. La decisión que propone el Ministro y sus funcionarios llevará a la quiebra a los 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.

No consideramos que haya impacto económico para el Gobierno incluido el Ministerio, toda vez que se trata de establecer las regalías a los reconocimientos de propiedad privada, hecho éste que es de conocimiento por parte de los propietarios de títulos de RPP existentes en el país. Además dentro del estudio realizado por la UPME en CONSORCIO ATG-ALFONSO RUAN se realizó un Análisis de los impactos por tipo de minería, a cielo abierto, subterránea y aluvial, además se tuvieron en cuenta los principales parámetros para determinar los impactos que esto puede traer, económicos ambientales y sociales.

- En lo que respecta a que el estudio no consideró las condiciones de explotación de los 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. Si se aceptaran las tarifas propuestas por el estudio sin considerar la carga tributaria actual, los propietarios de RPP terminarían pagando más que los concesionarios sin que ese trato desigual tenga racionalidad y proporcionalidad.

Sobre el particular, el estudio además de realizar el análisis de las condiciones económicas, hace una determinación del aporte social del único título en minería a cielo abierto que contempla la figura de RPP de propiedad de la Comunidad de El Cerrejón. En lo que respecta a la carga tributaria, ya se ha dado suficiente ilustración. De otra parte se realizó el ejercicio con dos títulos en minería a cielo abierto que contemplan la figura de RPP, como son los títulos RPP - 011 de propiedad de la Comunidad de El Cerrejón y el Contrato de Concesión 081-91 Oreganal, los títulos e MINERÍA DE ORO DE VETA RPP-357 ECHANDÍA EDKA-03 este último de la jurisdicción de Antioquia y el título de MINERÍA SUBTERRÁNEA DE CARBÓN RPP – 031.

- 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.

Sobre el particular, en la metodología el 0,2% se considera que está incluido dentro de las externalidades. Los pagos que se deriven de relaciones contractuales de subcontratistas con los beneficiarios de Registros de Propiedad Privada no son objeto de regulación por parte del Ministerio de Minas y Energía. Los pagos pactados o negociados por los particulares se realizan en el ámbito de su libertad contractual y por ello tales condiciones resultan ajenas al tema objeto de regulación en el decreto.