

## MEMORIA JUSTIFICATIVA

### 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”

#### 1. ANTECEDENTES, OPORTUNIDAD Y CONVENIENCIA

##### 1.1. Antecedentes legales

- El artículo 227 de la Ley 685 de 2001, dispone:

*“**Artículo 227.** La Regalía. 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.”***  
(Negrilla fuera del texto original)

##### 1.2. Antecedentes reglamentarios

El inciso segundo del art. 227 de la Ley 685 de 2001 ha sido reglamentado mediante los Decretos 2353 de 2001, 136 de 2001 y 1631 de 2006, así:

- **Decreto 2353 de 2001:**

*“**Artículo 3°.** Obligación de declarar...*

***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.”*

- **Decreto 136 de 2002:**

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

*‘PARÁGRAFO. Para la respectiva declaración, el propietario privado del subsuelo tendrá en cuenta el precio del mineral fijado por la Unidad de Planeación Minero Energética, UPME que se encuentre vigente al momento de la liquidación y pago de la obligación, en un porcentaje del 0.4% sobre la producción obtenida al borde o en boca de mina.’”*

- **Decreto 1631 de 2006:**

*“Artículo 1º. La explotación de metales preciosos (oro, plata y platino) por parte de los titulares de reconocimiento de propiedad privada inscritos en el Registro Minero Nacional, pagarán el 0.4% de regalías sobre el valor de la producción calculado o medido en boca o borde de mina.*

*Artículo 2º. 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. 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.*

*Artículo 4º. Modificar el párrafo del artículo 3º del Decreto 2353 de 2001, modificado por el artículo 1º del Decreto 136 de 2002, el cual quedará así:*

*Parágrafo. Para la respectiva declaración, el propietario privado del subsuelo tendrá en cuenta el precio del mineral en boca o borde de mina fijado mediante delegación por la Unidad de Planeación Minero-Energética, UPME, y que se encuentre vigente al momento de la liquidación y pago de la obligación.”*

(...)

*Artículo 6º. El presente decreto rige a partir de su publicación, deroga el Decreto 136 de 2002 y adiciona y modifica en lo pertinente el Decreto 2353 de 2001.”*

### **1.3. Antecedentes jurisprudenciales**

- **Sentencia Corte Constitucional C-669 de 2002**

La Corte Constitucional, mediante esta sentencia, estableció que el gobierno debe *“reglamentar 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”, así como a 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 necesariamente como 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”.*

- **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 párrafos 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 contrarie, la desvíe o la incumpla adolece de constitucionalidad. ...

Deducido, por el anterior análisis de fondo, que los apartes acusados de los párrafos: 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 secumdem 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.”*

#### 1.4. Antecedentes técnicos

- El Ministerio de Minas y Energía, de acuerdo con la decisión adoptada por la Corte Constitucional dio instrucciones a la Unidad de Planeación Minero Energética – UPME, en el sentido de elaborar un estudio técnico para determinar el porcentaje que deberán pagar los propietarios del subsuelo, conforme a dicha sentencia. El estudio en mención, se realizó a través del contrato 19547-0032012 suscrito con la Universidad Nacional de Colombia sede Medellín, cuyo objeto fue: *“Apoyar a la UPME para la construcción de la metodología y determinación de los porcentajes de liquidación de regalías que deben pagar los títulos de Reconocimiento de Propiedad Privada en el país”*.
- En los resultados del estudio, se recomendó aplicar a los RPP en todos los casos (oro y carbón), el mismo valor porcentual para el pago de regalías que le es aplicado a los contratos de concesión minera, básicamente porque las operaciones mineras en ambos casos son de similares características y la afectación del medio ambiente son generalmente iguales en todos los casos.
- Con base en lo anterior, el Ministerio de Minas y Energía desarrolló diferentes actuaciones, dentro de las que destacamos que mediante oficio No. 2014008410 del 10 de febrero de 2014 suscrito por la Secretaria General de ésta entidad, se procedió a enviar a la doctora Cristina Pardo Schlesinger, Secretaria Jurídica de la Presidencia de la República, el Proyecto de Decreto por medio del cual y con fundamento en los estudios adelantados por parte de la Universidad Nacional, Sede Medellín, se reglamentaba el inciso segundo del artículo 227 de la Ley 685 de 2001, atendiendo lo dispuesto por la Honorable Corte Constitucional en su Sentencia C-669 del 20 de agosto de 2002 y en los fallos proferidos por el Consejo de Estado de fechas 27 de octubre de 2005, identificado con el número 25485; y del 1 de marzo de 2011, identificado con el número 34178.
- Así mismo, la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República mediante oficio No. OF114-00014176/JMSC 33020 de fecha 20 de febrero de 2014, procedió a devolver el proyecto de decreto enviado el día 10 de febrero de 2014 en el cual solicitó tener en cuenta: *“.....que la nueva versión del proyecto que se remita (sic) las indicaciones del Consejo de Estado en el fallo ya citado cuando señala que la determinación por vía de reglamento no debe obedecer a una tarifa única general **sino acordar unos parámetros flexibles y diferenciados que atienda los impactos que entraña la explotación de recursos naturales no renovables; todo***

***lo cual con arreglo a estudios técnicos***". (Resaltado fuera del texto original).

- En atención a lo anterior, el Ministerio de Minas y Energía procedió a analizar los argumentos expuestos por la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, y una vez revisados éstos, mediante oficio radicado en la misma con el No. PD14-00000491 del 10 de marzo de 2014, se expusieron nuevos argumentos que le permitieron al Ministerio de Minas y Energía solicitar la re-consideración del proyecto de Decreto Reglamentario anteriormente presentado.
- El día 21 de marzo de 2014 se adelantó por parte de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, la Secretaría General de la Presidencia de la República, la Alta Consejería para la Competitividad de la Presidencia de la República, el Ministerio de Minas y Energía, la Agencia Nacional de Minería, la Unidad de Planeación Minero Energética –UPME-, una reunión, en la cual y atendiendo lo señalado en la función de advertencia radicada bajo el No. 2014EE0014449 de fecha 4 de febrero de 2014<sup>1</sup> se expuso una nueva propuesta según la cual, se procedería a fijar una regalía de manera provisional.
- Posteriormente, mediante oficio OF14-0025463/JMSC 33020 de fecha 25 de marzo de 2014, la doctora Cristina Pardo Schlesinger, hizo devolución al Ministerio de Minas y Energía, del proyecto de Decreto Reglamentario, concluyendo en la necesidad de complementar el estudio técnico adelantado por la UPME y la Universidad Nacional Sede Medellín, y en la consideración de un porcentaje diferente para el pago de regalías por parte de los titulares de la propiedad privada del subsuelo.
- De este modo, acogiendo lo señalado por la Presidencia, al interior del Ministerio se elaboró un proyecto de decreto provisional en tanto se realizaban otro estudio que permitieran soportar la expedición de un decreto definitivo, el cual fue remitido a Presidencia y devuelto por dicha entidad.
- De acuerdo con lo aducido y con el fin de cumplir con los fallos de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado citados, este Ministerio solicitó mediante comunicación con Radicado No. 2015034868 26-05-2015 a la Unidad de Planeación Minero Energética la elaboración de un estudio técnico para determinación de los porcentajes de liquidación de las regalías

---

<sup>1</sup> Esta función de advertencia señalaba: *Con base en lo descrito la Contraloría General de la República se permite ADVERTIR al Ministerio de Minas y Energía sobre las implicaciones negativas que tiene postergar la reglamentación definitiva de los porcentajes aplicables a los títulos de reconocimiento de propiedad privada **en los términos propuestos en el estudio realizado por la UPME –Universidad Nacional de Colombia, o en aquellos que a juicio de la autoridad minera sean más convenientes a la protección de los intereses del Estado***" (Subrayado fuera de texto)



que deben pagar los títulos de Reconocimiento de Propiedad Privada en el país, que sirviera de soporte para la expedición de este decreto.

- Para dar cumplimiento a lo anterior, la Unidad de Planeación Minero Energética realizó la Orden de Consultoría No. 220-080-2015 con la Unión Temporal ATG-ALFONSO 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.
- El estudio técnico realizado por el consultor ATG-ALFONSO RUAN entre sus conclusiones destaca que en materia de metales preciosos (oro, plata, platino), se hizo la abstracción del impuesto del 4% a los metales preciosos instituido por el artículo 152 de la Ley 488 para los Reconocimiento de Propiedad Privada, lo que tendría una consecuencia de inequidad para éstos frente a los títulos mineros de propiedad estatal, por lo que se recomienda al Ministerio de Minas la adopción del porcentaje de regalías bajo el escenario de la existencia de este impuesto.

Con base en lo anterior el Ministerio de Minas y Energía envió nuevamente el proyecto de decreto a Presidencia de la República, el 2 de febrero de 2017, mediante radicado 2017007009; el cual fue devuelto con radicado 2017017071 14-03-2017 indicando que la metodología empleada para el cálculo de la regalía para los explotadores privados del subsuelo de metales preciosos no resultaba razonable.

Por lo anterior 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 recursos, 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”*.

Así mismo recomienda mantener en su integridad los resultados del informe de Consultoría 220-080-2015 para el establecimiento de los porcentajes de regalías a los RPP. Dichos porcentajes corresponden al estudio realizado por el consultor ATG-ALFONSO RUAN, que entre sus conclusiones relaciona las regalías calculadas a pagar según la producción así:

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

- Estos resultados fueron revisados y avalados por el Ministerio de Minas y Energía, razón por la cual se envió una nueva propuesta de decreto a Presidencia de la República mediante Oficio con Radicado No. 2018028102 16-04-2018, el cual fue devuelto por la Secretaria Jurídica de la Presidencia de la República el 18 de junio de 2018, aduciendo que: *“...empero, frente a los minerales preciosos, persisten las preocupaciones derivadas de la fijación de unos montos que resultan elevados frente a las sumas que deben cancelar los concesionarios públicos.*

*La posición frente a los metales preciosos resulta incomprensible si se tiene en cuenta el estudio técnico contratado por el Ministerio de Minas y Energía (UPME-Consortio ATG, ALFONSO RUAN de 2015) que a la letra señala: “...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 la existencia de este impuesto**” (Resaltado de Presidencia de la República).*

- Por lo anterior el Ministerio de Minas y Energía recurrió al Oficio de la UPME Radicado 2017070545 24-10-2017, mediante el cual dicha entidad, fundamentándose en razones de equidad, fijó el porcentaje de regalía bajo el escenario del impuesto. En su momento la UPME manifestó que: *“...mientras exista el impuesto, la sumatoria del impuesto y las regalías aplicables a los RPP de metales preciosos no debería, salvo en los casos por fuerza mayor establecidos en la ley, ser superior a los porcentajes establecidos para los títulos otorgados para la explotación de metales preciosos de propiedad del Estado”;* y en consecuencia, propone que bajo el escenario de permanencia del impuesto, las regalías quedarían para oro y plata de veta en 0.4%, oro de aluvión 2% y platino 1%.

## 2. AMBITO DE APLICACIÓN

El presente decreto aplica a los titulares de reconocimiento de propiedad privada sobre el subsuelo, a la autoridad minera nacional y a sus delegadas y rige en todo el territorio nacional.



### **3. VIABILIDAD JURÍDICA**

#### **3.1. Análisis expreso y detallado de las normas que otorgan la competencia para la expedición del correspondiente acto.**

El Proyecto de decreto se expide con base en las facultades conferidas por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, y el artículo 227 de la Ley 685 de 2001.

#### **3.2. La vigencia de la ley o norma reglamentada o desarrollada**

El inciso segundo del artículo 227 de la Ley 685 de 2001 dispone que, *“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 recaudaran y distribuirán de conformidad con lo dispuesto en la ley 141 de 1994. El gobierno reglamentará lo pertinente a la materia”*

La citada Ley 685 de 2001 fue publicada y se encuentra vigente.

#### **3.3. Disposiciones derogadas, subrogadas, modificadas, adicionadas o sustituidas, si alguno de estos efectos se produce con la expedición del respectivo acto**

Este proyecto de Decreto 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.

#### **3.4. Revisión y análisis de las decisiones judiciales de los órganos de cierre de cada jurisdicción que pudieran tener impacto o ser relevantes para la expedición del acto**

Tema por diligenciar.

### **4. IMPACTO ECONÓMICO**

El proyecto de Decreto no representa ningún impacto económico negativo para el Ministerio de Minas y Energía y ninguna entidad del Gobierno Nacional.

### **5. DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL**

No aplica, en razón a que no genera ningún costo para la Entidad.

## **6. IMPACTO MEDIO AMBIENTAL O SOBRE EL PATRIMONIO CULTURAL**

No aplica en razón a que la finalidad del acto administrativo se limita a fijar el porcentaje de las regalías para las explotaciones de recursos minerales de propiedad particular de carbón y de metales preciosos acogiendo lo determinado por la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y los resultados de los estudios elaborados por la UPME a través de la Universidad Nacional de Medellín y la Unión Temporal ATG-ALFONSO RUAN.

De otra parte, en razón a la finalidad del acto administrativo no se genera impacto sobre el patrimonio cultural.

## **7. CONSULTA**

No aplica por cuanto el acto administrativo como se señala solo pretende fijar el porcentaje de las regalías para las explotaciones de recursos minerales de propiedad particular de carbón y de metales preciosos y no genera ninguna incidencia para las comunidades étnicas –indígenas, negritudes, ni minorías reconocidas legal y constitucionalmente.

## **8. PUBLICIDAD**

En cumplimiento de lo señalado en el numeral 8 del artículo 8 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con lo previsto en el artículo 2.1.2.1.14 del Decreto 1609 de 2015, el presente proyecto debe publicarse para comentarios del público en la página web del Ministerio de Minas y Energía.

## **9. CONCEPTO DEL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA**

Teniendo en cuenta que el proyecto de decreto no crea, reglamenta o modifica nuevos trámites, no se requiera concepto previo del Departamento Administrativo de la Función Pública.

## **10. MATRIZ RESUMEN OBSERVACIONES Y COMENTARIOS**

La matriz con el resumen de las observaciones y comentarios recibidos sobre el proyecto normativo hacen parte de esta memoria justificativa.

## **11. INFORME GLOBAL DE LAS OBSERVACIONES Y COMENTARIOS**

El informe global con la evaluación, por categorías, de las observaciones y comentarios de los ciudadanos y grupos de interés hacen parte de esta memoria justificativa.

La presente Memoria Justificativa fue elaborada por la Dirección de Minería Empresarial y la viabilidad jurídica cuenta con la revisión y visto bueno de la Oficina Asesora Jurídica.

Atentamente,

**PEDRO ENRIQUE PERICO CARVAJAL**

Director de Minería Empresarial

**JUAN MANUEL ANDRADE MORANTES**

Jefe Oficina Asesora Jurídica