

GRUPO DE PARTICIPACIÓN Y SERVICIO AL CIUDADANO**Informe documento en discusión**

Proyecto de Resolución "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"

Fecha de inicio de publicación: 18 de julio de 2018

Fecha fin de publicación: 01 de agosto de 2018

Solicitantes: Edna Margarita González Castrillón
Dirección de Minería Empresarial

Pedro Enrique Perico Carvajal
Dirección de Minería Empresarial

Medios de divulgación:

Portal Web www.minminas.gov.co en:

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

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

PUBLICACIÓN

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

<https://www.minminas.gov.co/foros?idForo=24022819&idLbl=Listado+de+Foros+de+Julio+De+2018>

Listado de Foros de Julio De 2018
Reglamentación del inciso 2° del artículo 227 de la Ley 685 de 2001-RPP

Sector Minas

Fecha Inicio 18 de julio de 2018


Fecha Fin 1 de agosto de 2018

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 inciso 2 del artículo 2.1.2.1.14 del Decreto 1081 de 2015, sustituido por el artículo 1 del Decreto 270 de 2017 y las resoluciones 4 0310 y 4 1304 de 2017, se publica para participación ciudadana el proyecto de Decreto "Por el cual se adiciona el Decreto Único Reglamentario No. 1073 de 2015 respecto de la reglamentación del inciso 2° del artículo 227 de la Ley 685 de 2001", con el objeto de recibir observaciones y comentarios.

Documento Propuesto

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

Las observaciones, comentarios y propuestas al referido proyecto de resolución deberán realizarse por medio de este foro o mediante el correo electrónico pcudadana@minminas.gov.co, hasta el próximo miércoles 01 de agosto de 2018.

Documentos adicionales
[Memoria Justificativa](#)
Conclusiones
Volver
Ilustración 1 Divulgación: MinMinas/Atención al Ciudadano/Foros/


Reglamentación del inciso 2° del artículo 227 de la Ley 685 de 2001-RPP
 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 inciso 2 del artículo 2.1.2.1.14 del Decreto 1081 de 2015, sustituido por...
 miércoles 18 de julio de 2018, Cundinamarca, Bogotá D.C., Fuente: MinMinas

Sector: General

Ilustración 2 Divulgación: otras noticias


FORO MinMinas
 miércoles 18 de julio de 2018

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

Ilustración 3: Divulgación: Home/Portal MinMinas

COMENTARIOS RECIBIDOS DE LA CIUDADANÍA

Durante el tiempo dispuesto para hacer comentarios al Documento en Discusión **Proyecto de Resolución** "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". Se recibieron los siguientes comentarios a través de los canales dispuestos para tal fin:

- correo pciudadana@minminas.gov.co
- Sección comentarios del foro

Comentario 1

María Tatiana Torres
Lunes 23 de julio de 2018

Por qué las regalías que se pretenden cobrar a los RPP por la explotación de oro aluvial son inferiores a las que se cobran a todos los titulares mineros?

Cometario 2

De: Comunidad de El Cerrejón

Fecha: 30 de julio de 2018, 18:07

Barrancas, Guajira 26 de julio de 2018

Señores

Ministerio de Minas y Energía

GERMAN ARCE ZAPATA

Ministro

PEDRO ENRIQUE PERICO CARVAJAL

Director de Minería Empresarial

JUAN MANUEL ANDRADE MORANTES

Jefe oficina Asesora Jurídica

pciudadana@minminas.gov.co

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

Señores Ministerio de Minas y Energía,

Como comuneros y copropietarios del RPP 0011 nos reafirmamos y nos oponemos a la expedición del proyecto de decreto de la referencia y solicitamos que no sea expedido por cuanto está en manifiesta oposición de la Constitución y la ley, no está conforme al interés público y social y además radico las siguientes **OBJECIONES Y OBSERVACIONES**:

1. El RPP 0011 es el único reconocimiento de propiedad privada en carbón con explotación a cielo abierto y por tanto esa norma en cuanto al RPP de carbón es de carácter particular y concreto por cuanto solo afecta a los comuneros del RPP 0011.
2. Aumenta injustificadamente el valor de la regalía del 0.4% establecido en la ley al 5.0% exclusivamente del RPP 0011, lo cual equivale un incremento del 1.250% y se constituye una decisión confiscatoria. NO ha existido ninguna decisión del Estado que incremente un pago de esa manera.
3. La Comunidad de El Cerrejón está conformada por 785 familias comuneras oriundas de la Guajira que se verán afectadas en sus ingresos de un mínimo vital y de subsistencia ya que vivimos de los ingresos de la explotación de esas minas que son de nuestra propiedad.
4. El decreto genera un grave impacto económico en la zona de la Guajira ya que la mayoría de los comuneros viven en esta región y viven solamente de los pocos ingresos que genera la propiedad de ese bien.

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

motivación no sea un interés particular de la administración para protegerse personal y patrimonialmente de infundadas observaciones de los entes de control, lo cual podría constituir un impedimento legal para expedir la norma en los términos propuestos según el artículo 11 del CPACA.

Con este Decreto se privilegia la explotación de carbón Estatal en perjuicio de la explotación privada.

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

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

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

1. Que antes de cualquier decisión con respecto al proyecto de decreto que me entregue copia de los estudios que fundamentan el proyecto de decreto.

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

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

2. Que NO se aumente el valor el porcentaje de la regalía que viene pagando el RPP 0011.
3. Que se mantenga en el 0.4% la regalías que viene pagando el RPP 0011.
4. Que NO se expida el proyecto de decreto que está siendo sometido a publicación.

Comentario 3

De: Felipe Tovar

Fecha: 31 de julio de 2018, 12:34

Bogotá, 25 de julio de 2018

Señores
Ministerio de Minas y Energía
pciudadana@minminas.gov.co
Bogotá

Ref: Proyecto de decreto 2018-N0006487 del 18 de julio de 2018 del Ministerio de Minas y Energía por el cual se adiciona el Decreto Único Reglamentario No 1073 de 2015 respecto de la reglamentación del inciso 2º del artículo 227 de la Ley 685 de 2001.

Respetados Señores,

En ejercicio del derecho de petición previsto en el artículo 23 de la Constitución Política y el artículo 13 del C.P.A.C.A., de la manera más respetuosa, **INSISTO** en solicitar que el Gobierno Nacional se abstenga de firmar el proyecto de decreto de la referencia en los términos actualmente propuestos para el RPP de carbón a cielo abierto que aumenta la regalía del cero punto cuatro por ciento (0.4%) al cinco por ciento (5.0%).

El citado acto administrativo en su actual versión para carbón está viciado de nulidad por cuanto adolece de una debida motivación técnica y jurídica ya que se basa en un estudio desactualizado; desconoce por completo los lineamientos jurisprudenciales tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado; no contempla la situación particular y concreta de cada explotación; y, tampoco evalúa los costos y gastos reales de las explotaciones asociadas al RPP de carbón a cielo abierto.

El proyecto de decreto propuesto también está viciado de nulidad por cuando ni siquiera desarrolla correctamente las equivocadas conclusiones y recomendaciones del último estudio toda vez que propone un porcentaje de regalía para el RPP de carbón muy superior al que debería ser si se tienen en cuenta los mismos criterios del estudio invocado.

El proyecto de decreto que el Gobierno Nacional pretende expedir no constituye una completa reglamentación del Código de Minas como lo ordenan las Cortes, por cuanto omite desarrollar importantes reglas de dicho Código como el pago en especie prevista en el artículo 227 y los aportes en transferencia de tecnología del artículo 255.

El texto propuesto además adolece de técnica reglamentaria en violación del artículo 209 de la Constitución que seguramente dificultará su aplicación, por cuanto omite entre otras, indicar cómo se calcula la producción de carbón para determinar el porcentaje a aplicar; desconoce que bajo el mismo RPP se desarrollan varias explotaciones de carbón de distinta naturaleza que tienen distinto tratamiento; y, omite aclarar que los aumentos no pueden afectar retroactivamente a operadores de RPP que se encuentran cumpliendo acuerdos de reestructuración bajo la Ley 1116 que contemplan la regalía actual y no el incremento.

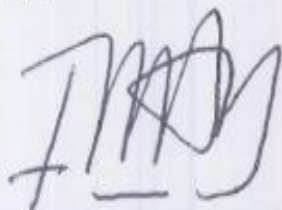
También el proyecto contraviene claros preceptos constitucionales contenidos en los artículos 58, 83 y 332 que garantizan y protegen los derechos adquiridos, la confianza legítima y la irretroactividad de los actos.

El proyecto que propone el Gobierno igualmente violenta los principios contenidos en los artículos 14, 228, 348 y 350 del Código de Minas que reconocen que deben quedar a salvo las situaciones jurídicas individuales, de contenido económico, subjetivas y concretas provenientes de RPP perfeccionadas con arreglo a las normas preexistentes. Por lo anterior, las condiciones, términos y obligaciones consagrados en las normas anteriores para los RPP, en especial las de contenido económico, deben ser cumplidas conforme a dichas normas y no pueden ser modificadas sin el consentimiento del respectivo RPP y no pueden tener aplicación retroactiva.

Adicionalmente, el infundado y desmesurado aumento del valor de las regalías para los RPP de carbón que impone el nuevo decreto, contiene una política pública de perjuicio particular y concreto únicamente a las explotaciones de carbón que se amparan con el único RPP de carbón a cielo abierto.

Ese injustificado y excesivo incremento seguramente impactará negativamente las mismas finanzas públicas que se pretenden aumentar; tendrá un efecto social negativo en la región de Barrancas (Guajira); y, ocasionará un grave perjuicio económico a los actuales explotadores y titulares, que se verán forzados a solicitar judicialmente el correspondiente restablecimiento económico.

Finalmente, resulta preocupante que el Gobierno insista en no atender las reiteradas y juiciosas observaciones y propuestas jurídicas, técnicas, económicas y de sana política pública que oportunamente le han formulado al Gobierno los titulares y los operadores del RPP de carbón y se insista en expedir el decreto que con apariencia de norma general en realidad es un acto particular y concreto que solo perjudica a un solo RPP de carbón a cielo abierto.



FELIPE TOVAR DE ANDREIS
Ex Vice Ministro de Minas y Energía

Copia: **Juan Manuel Santos**
Presidente
Presidencia de la República

Comentario 4

De: Juan Montes - Externo

Fecha: 1 de agosto de 2018, 14:37



Bogotá D.C., 31 de julio de 2018

Doctora

Monica María Grand Marín

Viceministra de Minas (E)

Ministerio de Minas y Energía

La ciudad

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

Respetada Doctora,

En atención a la publicación que el Ministerio de Minas y Energía hiciera en su página web el pasado 18 de julio del proyecto de decreto "Por el cual se adiciona el Decreto Único Reglamentario No. 1073 de 2015 respecto de la reglamentación del inciso 2° del artículo 227 de la Ley 685 de 2001", mediante el cual se pretende reglamentar el pago de regalías por la explotación de recursos no renovables de propiedad privada – RPP-, nos permitimos formular los siguientes comentarios y observaciones dentro del término concedido por el Ministerio.

1. Vulneración a la libertad de empresa y a la libertad económica.

El Proyecto de Decreto establece que el pago de regalías de un Registro de Propiedad Privada de carbón cuando es a cielo abierto con producción igual o mayor a 3 millones de toneladas se incrementará del cero punto cuatro por ciento (0.4%) al cinco por ciento (5,0%) y cuando es menor a 3 millones de toneladas de carbón se incrementaría al dos punto cinco por ciento (2,5%).

La Corte Constitucional en la sentencia C-669 de 2002 citada en la exposición de motivos del proyecto de Decreto señaló que le correspondería al legislador basándose en criterios objetivo establecer la regalías. Entre los criterios objetivos señalados por la Corte mencionó los siguientes: i) las condiciones de explotación de los mismos, ii) los costos en que el propietario de los recursos incurre, iii) el deterioro ambiental que dicha explotación genere, iv) el impacto social que la misma produzca, o v) la carga tributaria que sobre la misma explotación exista, entre otras consideraciones.



Así las cosas, el proyecto de Decreto al establecer una regalía del cinco por ciento (5%) para la explotación de carbón superior a 3 millones de toneladas debió analizar las condiciones de los RPP que cumplieran con estas características para acoger criterios objetivos al momento de establecer ese porcentaje de regalías y dar así cumplimiento a lo establecido por la Corte Constitucional.

Al respecto, es de señalar que los estudios técnicos realizados entre la UPME y la Universidad Nacional, así como los realizados posteriormente por el Consorcio ATG-Alfonso Ruan, que sirven de fundamento para el Proyecto de Ley señalado, como bien lo ha señalado la misma Presidencia de la República en múltiples ocasiones, desconocen las condiciones actuales de explotación de los RPP y no tuvieron en cuenta los costos de esas explotaciones.

Los estudios mencionados señalaron que las regalías debían equipararse a las que pagan los concesionarios del Estado, ya que sus impactos ambientales y sociales son similares. No obstante, la Presidencia de la República evidenció que existen circunstancias particulares que no han sido analizadas en esos estudios, como es en el caso de oro de veta y aluvi6n donde existe un impuesto que afectaría dichas explotaciones, por lo que solicit6 los ajustes correspondientes. En el caso del RPP de carb6n tampoco se tuvieron en cuenta las circunstancias particulares del mismo.

Ahora bien, al analizar el caso del carb6n y los RPP existentes, se evidencia que solamente existe en el pa6s un propietario de un Registro de Propiedad Privada a cielo abierto de Carb6n, claramente ese RPP no es comparable con otras explotaciones semejantes, por lo que necesariamente para establecer las condiciones de explotaci6n y los costos que se producen para la explotaci6n de Carb6n a cielo abierto como lo ordena la Corte Constitucional debió analizarse su situaci6n particular para cumplir con el mencionado fallo.

A la fecha no se ha realizado ni ha sido objeto de ning6n an6lisis t6cnico las condiciones de explotaci6n de carb6n a cielo abierto, no se evidencia en los estudios t6cnicos realizados, ni en la memoria justificativa o en el proyecto de Decreto una justificaci6n para esa omisi6n, por lo que, el porcentaje establecido para el carb6n no sigui6 los criterios objetivos mencionados por la jurisprudencia, lo que genera que se est6 impactando abruptamente al titular de ese RPP de carb6n, desconociendo que tiene unas condiciones particulares, como lo son contratos suscritos, costos operativos y compromisos adquiridos que de un momento a otro son desconocidas por el Estado generando una situaci6n de desventaja frente a los concesionarios estatales.

Así las cosas, de expedirse el Proyecto de Decreto en los t6rminos en que se encuentra, se generaría justamente lo que dicen los estudios que se debe evitar y as que se genere desigualdad entre los concesionarios del Estado y los titulares de un RPP. Adicionalmente, ocasionaría una vulneraci6n a derechos constitucionalmente protegidos, como lo son el de libertad de empresa y libertad econ6mica.



El derecho de libertad empresarial consagrada en la Constitución ha sido definida como *"aquella (...) que se reconoce a los ciudadanos para afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia. (...) También ha dicho la Corte que dicha libertad "se fundamenta en la libertad de organización de los factores de producción, la cual incluye la libertad contractual, que ejercida por el sujeto económico libre, atiende la finalidad de que en el mercado confluya un equilibrio entre los intereses de los distintos agentes".* Esta definición comparte muchos de sus elementos constitutivos con un concepto más amplio, el de libertades económicas, que engloba la libertad de empresa y la libre iniciativa privada. (...) En esa medida, la misma constituye un valor colectivo que ha sido objeto de especial protección constitucional". (Corte Constitucional Sentencia C-830 de 2010 M.P. Luis Ernesto Vargas)

En el caso de los RPP de carbón, se tiene que reconocer que se viene desarrollando una actividad legalmente válida, como lo es la actividad minera al amparo de un RPP, bajo unas condiciones técnicas, operativas y económicas que se encuentran amparadas por esa libertad empresarial y contractual que otorga la misma constitución. Estas condiciones no pueden ser intervenidas abruptamente por el Estado en forma intempestiva y sin criterios razonables y proporcionales.

La Corte Constitucional si bien ha señalado que las autoridades si pueden restringir y limitar las libertades económicas de los asociados, en ningún caso está autorizando vulnerar el núcleo esencial de la libertad de empresa, como lo es el derecho a un tratamiento igual y no discriminatorio entre empresarios y/o competidores que se hallen en la misma posición.

En el caso del único RPP de carbón a cielo abierto, al no analizarse las condiciones de la explotación, se está desconociendo que el operador del mismo tiene la obligación contractual de pagar cualquier incremento que se produzca en la regalía legal, por lo que, adicional a la regalía contractual que se tiene establecida en el contrato de operación que se encuentra debidamente inscrito en el Registro Minero Nacional y a la regalía legal que se paga actualmente del punto cuatro por ciento (0.4%), en forma repentina, por el Proyecto de Decreto, deberá pagar una regalía legal del cuatro punto seis por ciento (4.6%) adicional a la regalía legal que ya se pagaba y a la contractual. En conclusión, el operador del RPP de carbón estaría pagando una regalía superior a la establecida para los explotadores de carbón que son concesionarios del Estado, ya que pagaría una regalía legal del cinco por ciento (5%) más la regalía contractual.

Así las cosas, el operador minero que en ejercicio del derecho constitucional a la libertad empresarial venía desarrollando en forma legítima la actividad minera con unas condiciones establecidas de tiempo atrás con autorización del mismo Estado, en forma repentina se ve frente a una obligación legal que incrementó en más de mil doscientos cincuenta por ciento (1250%) la regalía legal a favor del Estado, y por consiguiente, ya no



es competitivo en el mercado, encontrándose en condiciones de inferioridad frente a concesiones que son otorgadas por el mismo Estado que fue quien modificó intempestivamente sus condiciones iniciales.

El Ministerio de Minas, de expedir el Proyecto de Decreto que propone un aumento desproporcionado del mil doscientos cincuenta por ciento (1.250%) de la regalía legal de RPP de carbón al pasar de 0,4% a 5% para producciones superiores a tres millones de toneladas, estaría tomando una medida regulatoria desproporcionada con la potencialidad de restringir totalmente la actividad económica de los propietarios privados de carbón, pues estaría aumentando la regalía, de un momento a otro, en doce y media veces, lo cual es una medida irrazonable, ya que ningún negocio puede prever un cambio tan desmesurado y súbito en sus costos operativos.

Una medida de ese tipo está prohibida en forma explícita por la Constitución Política, y en el ámbito de la legislación minera, ya que la Constitución protege en su artículo 58 el derecho de propiedad de los particulares y de acuerdo con la normatividad minera los títulos de propiedad privada sólo pueden extinguirse por las causales taxativas establecidas en el artículo 3 de la ley 20 de 1969. La norma mencionada reza así: "Los derechos que tengan los particulares sobre minas adquiridas por adjudicación, redención a perpetuidad, accesión, merced, remate, prescripción o por cualquiera otra causa semejante, se extinguen a favor de la Nación, salvo fuerza mayor o caso fortuito, a) si al vencimiento de los tres años siguientes a la fecha de la sanción de esta ley los titulares del derecho no han iniciado la explotación económica de las minas respectivas; y b) si la explotación, una vez iniciada, se suspende por más de un año". Los derechos mineros adquiridos que emanan de los RPP están protegidos constitucionalmente, pues la Corte Constitucional, en sentencias C-006 de 1993 y C-669 de 2002, justamente estableció que el dominio público del Estado sobre los recursos no renovables se configura y debe entenderse sin perjuicio de la propiedad minera constituida en virtud de derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a leyes preexistentes,

Por lo anterior, es forzoso concluir que el Proyecto de Decreto publicado de expedirse en esas condiciones constituiría una medida de intervención en la economía, con la potencialidad de generar una restricción ilegítima y no autorizada por la Constitución que afectaría directamente la libertad económica de los titulares de RPP de carbón, siendo lo razonable que se analice las condiciones de los RPP y sus costos.

2. Violación al principio de confianza legítima y Buena Fe.

El principio de buena fe, del cual se deriva el principio de confianza legítima protegido en la Constitución ha sido definido por la Corte Constitucional de la siguiente forma:

"La confianza legítima es un principio constitucional que directa o indirectamente está en cabeza de todos los administrados lo cual obliga al Estado a procurar su garantía y protección. Es un mandato inspirado y retroalimentado por el de la buena fe y otros, que



consiste en que la administración no puede repentinamente cambiar unas condiciones que directa o indirectamente permitía a los administrados, sin que se otorgue un período razonable de transición o una solución para los problemas derivados de su acción u omisión. Dentro del alcance y límites es relevante tener en cuenta, según el caso concreto: (i) que no libera a la administración del deber de enderezar sus actos u omisiones irregulares, sino que le impone la obligación de hacerlo de manera tal que no se atropellen los derechos fundamentales de los asociados, para lo cual será preciso examinar cautelosamente el impacto de su proceder y diseñar estrategias de solución; (ii) que no se trata de un derecho absoluto y por tanto su ponderación debe efectuarse bajo el criterio de proporcionalidad; (iii) que no puede estar enfocado a obtener el pago de indemnización, resarcimiento, reparación, donación o semejantes y (iv) que no recae sobre derechos adquiridos, sino de situaciones jurídicas anómalas susceptibles de modificación" (Corte Constitucional Sentencia T-472/09 M.P. Jorge Iván Palacio. - Subrayado fuera de texto).

En este escenario, si lo que se busca es mitigar los impactos de la actividad minera (fallo del Consejo de Estado citado en la exposición de motivos y en el Proyecto de Decreto), que es mencionado por la Corte Constitucional como uno de los criterios objetivos, lo conveniente es analizar todos los criterios mencionados y no solamente uno de ellos en forma parcial, procurando que ese cambio de condiciones se realice en forma razonable y gradual, otorgando un período de transición.

La desproporción de la medida propuesta es tan demoledor sobre la utilidad razonable a la que tienen derecho los explotadores de RPP, que si el Ministerio de Minas tomara la decisión de aumentar el porcentaje de regalía para RPP de carbón, debe hacerlo de manera progresiva y gradual con el fin de que la medida de intervención en la economía respete el principio de confianza legítima mencionado. De este modo se cumplirían los requisitos de la jurisprudencia constitucional, pues los titulares de RPP tendrían un período de transición y negociación en el que pueden adoptar medidas para ajustar su estructura de costos y renegociar las condiciones de sus actividades mineras, evitando la vulneración del principio de buena fe, la afectación de la utilidad razonable como núcleo esencial de la libertad económica y la consolidación de incentivos negativos para el desarrollo de actividades mineras en los títulos de RPP.

En este orden de ideas, proponemos que evaluadas las condiciones y características de los RPP de carbón, se proceda a establecer, de ser necesario, una escala progresiva y variable para la regalía legal hasta un porcentaje que cumpla con los principios de proporcionalidad y razonabilidad, permitiendo a la explotación de carbón ser viable, maximizando sus reservas y generando beneficio al Estado.

En atención a lo expuesto, se solicita la modificación del Proyecto de Decreto a fin de que el mismo se ajuste cabalmente a las disposiciones constitucionales y legales, así como a los criterios jurisprudenciales que debe tener en cuenta la administración a efectos de determinar una regalía aplicable a los titulares de los RPP, sin que se ocasione la inviabilidad de los mismos.



Quedamos a la espera de brindar las aclaraciones que consideren pertinentes respecto a los anteriores comentarios.

Cordialmente,

JORGE ALVAREZ POSADA
Representante Legal Suplente.

Comentario 5.De: **Carlos Gustavo Arrieta**

Fecha: 1 de agosto de 2018, 12:46



Bogotá D.C., 1 de agosto de 2018

Señor:

Mónica María Grand Marín
Viceministra de Minas (s)
Ministerio de Minas y Energía
La ciudad

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

Respetados señoras,

CARLOS GUSTAVO ARRIETA, en mi condición de apoderado especial de la **ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE MINERÍA**, según poder que se allega con este escrito, y con ocasión de la publicación que el Ministerio de Minas y Energía hiciera en su página web el pasado 18 de julio del proyecto de decreto "Por el cual se adiciona el Decreto Único Reglamentario No. 1073 de 2015 respecto de la reglamentación del inciso 2º del artículo 227 de la Ley 685 de 2001 - RPP" (en adelante "Proyecto de Decreto"), mediante el cual se pretende reglamentar el pago de regalías para la explotación de recursos no renovables de propiedad privada, me permita formular los siguientes comentarios y observaciones dentro del término concedido por el Ministerio.

El orden de este documento será el siguiente:

- a) En el acápite 1 presentaré una síntesis del Proyecto de Decreto comentado en lo que se refiere a la regalía propuesta para la explotación de títulos de propiedad privada de carbón,
- b) En el capítulo 2 haré una breve anotación en lo que se refiere a la regalía fijada para RPP de oro,
- c) En el acápite 3 expondré las razones por las cuales el Proyecto de Decreto constituye una intervención no autorizada en la economía que no tiene sustento en la



Constitución y la Ley, afectando la libertad económica de los RPP¹ de carbón y vulnerando los criterios que deben guiar la actividad regulatoria del Estado,

- c) En el capítulo 4 explicaré porqué el Proyecto de Decreto, al establecer una medida desproporcionada, afectaría el derecho de propiedad de los titulares de RPP de carbón, legítimamente constituidos y reconocidos por la legislación minera y la jurisprudencia constitucional, y
- d) En el acápite 5 presentaré algunas razones por las cuales el estudio contratado con la Unión Temporal ATG-ALFUNSO RUAN que sirve de sustento al Proyecto de Decreto no cumple con los criterios señalados por la Corte Constitucional para la fijación de la regalía de RPP, tal como fueron establecidos en sentencia C- 669 de 2002.

1. Síntesis del Proyecto de Decreto comentado en lo que se refiere a la regalía propuesta para la explotación de títulos de propiedad privada de carbón

- 1.1. En relación con el pago de regalías por la explotación de RPP de carbón, el Proyecto de Decreto en su artículo 2.2.5.7.1.2. *"Toda persona natural o jurídica titular de un Reconocimiento de Propiedad Privada del subsuelo para la explotación de carbón, que se encuentre inscrita en el Registro Minero Nacional, está obligada a declarar y pagar las siguientes regalías sobre el valor de la producción calculada o medida al borde o en boca de mina"*.

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

- 1.2. El Ministerio de Minas propone la regalía mencionada sobre RPP de carbón en el Proyecto de Decreto con fundamento en las siguientes consideraciones:
- 1.3. En el Proyecto de Decreto se afirma que la regalía propuesta para carbón atiende lo establecido en el artículo 227 del Código de Minas en los siguientes términos: *"Que de conformidad con lo dispuesto por el inciso final del artículo 227 de la Ley 685 de 2001, luego del fallo de constitucionalidad modulada C-669 de 2002: en el caso de los*

¹ Recursos naturales no renovables de propiedad privada (en adelante "RPP").



propietarios privados del subsuelo, pagarán no menos del 04% (sic) hasta el máximo previsto por la ley en materia de regalías por cada especie de recursos”.

- 1.4. Para efectos de fijar la regalía de RPP, el Ministerio de Minas y Energía contrató con la firma AGT-ALFONSO RUAN la elaboración de una propuesta técnica alternativa que determinara los porcentajes de regalías para los propietarios privados del subsuelo, concluyendo el estudio mencionado lo siguiente: *“(…) las regalías a pagar por parte de los propietarios de Reconocimientos de Propiedad Privada, de acuerdo con su producción es la siguiente: Carbón a cielo abierto > 3 Mt pagará una regalía del 5%, Carbón a cielo abierto < 3 Mt pagará el 2.5%, carbón minería subterránea el 1.3% (...)”.*
 - 1.5. En relación con las recomendaciones y conclusiones del estudio AGT-ALFONSO RUAN sobre las regalías para RPP de carbón, el Ministerio de Minas y Energía en el Proyecto de Decreto no acogió la propuesta de fijar una regalía de 1.3% para minería subterránea, en atención a que la Ley 141 de 1994 no establece ninguna distinción entre los sistemas de explotación a cielo abierto y subterráneo para carbón⁴.
- 2. Breve anotación en lo que se refiere a la regalía propuesta en el Proyecto de Decreto para la explotación de títulos de propiedad privada de oro**
- 2.1. Reconocemos el esfuerzo del Ministerio en atender nuestros comentarios contenidos en la comunicación del 25 de enero de 2018 en este nuevo borrador de Decreto, en la medida que no contempla un trato discriminatorio de los RPP de oro frente a las concesiones estatales. Sin embargo, queremos mencionar que a pesar de este acertado supuesto, la nueva norma no reconocería ningún valor a la propiedad particular del subsuelo consagrado en el RPP.
- 3. El Proyecto de Decreto constituiría una intervención no autorizada en la economía que no tiene sustento en la Constitución y la Ley, lo cual afectaría la libertad económica de los RPP de carbón y vulneraría los criterios que deben guiar la actividad regulatoria del Estado**
- 3.1. La Corte Constitucional ha establecido que el Estado tiene la competencia para intervenir en la economía en forma amplia, siempre que respete y observe unas condiciones y criterios que deben guiar la capacidad regulatoria del Estado en el

⁴Al respecto, el Proyecto de Decreto, publicado en la página del Ministerio de Minas el 18 de julio del 2018, expresa lo siguiente: *“que teniendo en cuenta que el estudio del consultor AGT ALFONSO RUAN hizo la distinción entre los sistemas de explotación a cielo abierto y subterráneo para carbón, situación que no fue diferenciada en la ley 141 de 1994, la cual establece unos parámetros para la fijación de regalías la producción en boca o verde más, por lo tanto no se acogió la propuesta del estudio del 1.3 % de regalía para minería subterránea”.*



campo económico con el objetivo de que la intervención se ajuste a la Constitución Política y a las reglas señaladas por la jurisprudencia constitucional.

- 3.2. La jurisprudencia constitucional ha señalado en forma conteste que una norma legal o reglamentaria, mediante la cual el Estado pretenda regular una actividad económica y limitar el ejercicio de la libertad de empresa y la libre competencia, debe cumplir con los siguientes presupuestos: en primer lugar, la limitación económica solo tendría sustento si persigue una finalidad que no se encuentre prohibida en la Constitución; en segundo lugar, dicha limitación debe ser adecuada para alcanzar el fin propuesto; en tercer lugar, que la medida atienda el criterio de proporcionalidad que alude a que la limitación no sea a todas luces desproporcionada y alejada de toda razonabilidad; y, en cuarto lugar, la norma que interviene en la economía debe respetar el núcleo esencial de las libertades económicas. Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado que uno de los elementos cardinales del núcleo esencial de la libertad de empresa es el derecho a recibir un beneficio económico razonable³.
- 3.3. Es bueno señalar que los parámetros antes expuestos, que deben observarse para intervenir una actividad económica, no han sido consignados en fallos judiciales aislados ni periféricos, sino que constituyen la doctrina constitucional vigente, reiterada en múltiples sentencias de la Corte Constitucional en lo que respecta a la actividad regulatoria del Estado en el campo económico. Tal línea jurisprudencial la conforman entre otras, las sentencias C-398 de 1995, C-624 de 1998, C-228 de 2010, y C-219 de 2015⁴.
- 3.4. La regalía propuesta en el Proyecto de Decreto para los RPP de carbón vulneraría los criterios y parámetros que deben observar las medidas de intervención en la economía, pues constituye (i) una regulación desproporcionada e injustificada por el aumento desmesurado de la regalía (ii) que afecta el derecho a obtener un beneficio económico razonable de la actividad minera contraviniendo el núcleo

³Corte Constitucional, Sentencia C-203 de 2011, expediente D-8370, M.P. Jorge Ignacio Pretel Chaljub y Sentencia C-197 de 2012, expediente D-8513, M.P. Jorge Ignacio Pretel Chaljub.

⁴Corte Constitucional, Sentencia C-238 de 2010, expediente DP-127, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. “[E]l control de constitucionalidad de la norma que establece una modalidad de intervención del Estado en la economía, deberá realizarse a partir de parámetros definidos, relativos a la evaluación acerca de: (i) si la limitación o prohibición, persigue una finalidad que no se encuentre prohibida en la Constitución; (ii) si la restricción impuesta es potencialmente adecuada para conseguir el fin propuesto, y (iii) si hay proporcionalidad en esa relación, esto es que la restricción no sea manifiestamente innecesaria o claramente desproporcionada. Adicionalmente (iv) debe la Corte examinar si el núcleo esencial del derecho fue desconocido con la restricción legal o su operatividad se mantiene incólume”. Retenido en: Sentencia C-398 de 1995, expediente D-865, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; Sentencia C-624 de 1998, expediente D-2054, M.P. Alejandro Martínez Caballero; Sentencia C-219 de 2015, expediente D-10461, M.P. Mauricio González Cuervo.



esencial de la libertad de empresa, y (iii) la medida regulatoria propuesta no se adecua al fin perseguido por el Ministerio de Minas, en los términos que se expondrán a continuación.

- 3.5. El cambio de regulaci3n en el Proyecto de Decreto, que propone un aumento de la regalía de RPP de carb3n de 0,4% a 5% para producciones iguales o mayores a 3 millones de toneladas, constituiría una medida injustificada y desproporcionada en tanto implicaría un aumento súbito y desmesurado de la regalía que los propietarios privados pagan por la explotaci3n del subsuelo. Así, la regalía estaría aumentando en forma repentina en doce y media veces, lo que equivale a un aumento de mil doscientas cincuenta por ciento (1250%), lo que corrobora su irracionalidad y desproporci3n como medida regulatoria de una actividad económica.
- 3.6. Un aumento desproporcionado de la regalía de RPP de carb3n tiene la potencialidad de cambiar en forma abrupta las condiciones económicas en las que los propietarios del subsuelo explotan carb3n en el pa3s. Es palmario para cualquier agente regulador u organismo estatal que un incremento de un 1250%, como el propuesto para el RPP de carb3n, podría generar cambios en los supuestos económicos y en la estructura de costos que sirven de fundamento para la explotaci3n de RPP de carb3n⁸. En ese sentido, a nadie escapa que un incremento súbito del orden del 1250% en costos - que por demás es hier: importante - rompería el equilibrio económico de un proyecto y desarticularía toda su estructura de costos, afectando sustancialmente su economía.
- 3.7. De igual forma, la alteraci3n de la estructura de costos que sufrirían los titulares de RPP de carb3n modificaría - de facto - tanto el plan minero, como las fases de su ejecuci3n, tal como fueran definidos por los propietarios privados del subsuelo, lo cual impediría que éstos obtuvieran los niveles de explotaci3n y la utilidad razonable esperada por la explotaci3n del carb3n. De ah3 que la regalía propuesta en el Proyecto de Decreto también vulneraría el cuarto requisito establecido por la Corte Constitucional para autorizar y avalar medidas que puedan restringir las libertades económicas, teniendo en cuenta que el incremento repentino y desproporcionado de la regalía podría disminuir ostensiblemente la utilidad razonable de los legítimos propietarios de los RPP.
- 3.8. Adem3s, la eventual imposici3n de la regalía sugerida para RPP de carb3n no conduciría al incremento de los ingresos del Estado por la explotaci3n que adelantan los propietarios privados del subsuelo por cuanto muy probablemente

⁸ M3s a3n, la regulaci3n propuesta desobedece que se estarían cambiando en forma abrupta las condiciones del único RPP de carb3n que se encuentra en el pa3s, sin que se hayan analizado en concreto las condiciones económicas en que se vienen realizando las actividades mineras en ese tipo de propiedad privada.



llevaría a la suspensión o al menos a la reducción de la explotación, afectando las reservas explotables, razón por la cual la medida regulatoria no se adecua al fin propuesto por el Estado, con lo cual tampoco cumpliría con el segundo requisito establecido por la Corte Constitucional que exige que la medida sea potencialmente adecuada para cumplir con el fin propuesto.

- 3.9. Un cambio en la regalía para carbón del 0,4% al 5% para explotación igual o mayor a tres millones de toneladas no conduciría a un aumento en el pago de regalías por parte de los titulares de RPP, y, muy por el contrario, tendría como resultado que los propietarios del subsuelo desistieran de realizar proyectos en sus títulos o disminuirían sus planes de producción, con el riesgo de que decaigan los ingresos que se perciben por regalías.
- 3.10. Por lo anterior, es claro que la medida regulatoria que se propone no se adecua al fin perseguido de aumentar los ingresos del Estado por la explotación de recursos de RPP de carbón, incluso pudiendo conseguir el efecto contrario, por lo que se vulneraría el segundo requisito establecido por la jurisprudencia constitucional.
- 3.11. Así, con el objetivo de evitar un incremento de las regalías que pagan los propietarios de RPP de carbón, que vulneraría la libertad de empresa y las reglas de intervención en la economía como acaba de exponerse, se propone respetuosamente que si el Ministerio de Minas tomara la decisión de aumentar el porcentaje de regalías para RPP de carbón, dicho aumento debería producirse de forma progresiva y gradual, sin que el límite máximo del rango de oscilación de la regalía constituya en sí mismo un aumento desmesurado del gravamen.
- 3.12. Lo anterior garantizaría una medida proporcional y razonable desde el punto de vista regulatorio que permitiría un período de transición para los titulares de RPP de carbón durante el cual podrían adecuar la estructura de costos y los planes de producción. De este modo, se garantizaría el núcleo esencial de la libertad de empresa, en tanto tendrían el tiempo necesario para acoplarse a la medida sin que ello implique un sacrificio desproporcionado de la utilidad razonable y el beneficio económico al que tienen derecho los propietarios privados del subsuelo.



4. El Proyecto de Decreto al establecer una medida desproporcionada afectaría el derecho de propiedad de los titulares de RPP, legitimamente constituidos y reconocidos por la legislación minera y la jurisprudencia constitucional

- 4.1. La medida desproporcionada que afecta la utilidad razonable y que no conseguiría el aumento de los ingresos del Estado (efecto perseguido), generaría la afectación de los derechos de propiedad de los titulares de RPP de carbón, pues limitaría en exceso el derecho de uso, goce y disposición efectiva del título⁴.
- 4.2. Es bueno recordar que, sin perjuicio del hecho de que el origen del gravamen que aquí se discute sea el impacto ambiental de la explotación, los RPP se originaron en el artículo 43 de la Ley 292 de 1875 y en la figura de la redención a perpetuidad, a cambio de una retribución consistente en que el propietario del título debía pagar el doble de los impuestos por adelantada de los siguientes 20 años, para asegurar la propiedad del subsuelo. Así las cosas, es importante entender que los yacimientos de propiedad privada de minerales no tienen su origen en un privilegio o en una liberalidad, sino que en la mayoría de los casos son consecuencia de un pago sustancial hecho por sus titulares de conformidad con las normas entonces vigentes y con valores que en ese entonces se consideraron adecuados para el efecto.
- 4.3. Los derechos de los propietarios privados del subsuelo fueron expresamente reconocidos por la jurisprudencia constitucional, la cual estableció expresamente en sentencia C-006 de 1993 que “[s]e consagra en favor del Estado una reserva expresa sobre los recursos no renovables, dominio público éste que se configura sin perjuicio de la propiedad privada minera constituida en virtud de derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a leyes preexistentes”. Es por esa que una regalla para RPP de carbón desproporcionada e injustificada desconocería las reglas bajo las cuales se constituyó la propiedad de los RPP, y por ello, atentaría contra los derechos subjetivos de los legítimos propietarios del subsuelo.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-133 de 2005, expediente D-7385, M.P. Jaime Araújo Santacruz. “[...] en las sentencias T-427 de 1998, T-554 de 1998, C-704 de 2001, T-756 de 2001, C-491 de 2002 y C-11/2 de 2004, ha reconocido que el núcleo esencial del derecho a la propiedad privada lo constituye el nivel mínimo de ejercicio de los atributos de goce y disposición, que produzcan utilidad económica en su titular”.

⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-006 de 1993, expediente D-060, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Referencia en Sentencia D-568 de 2002, expediente D-3889, M.P. Álvaro Tafur Galvis.



5. Razones por las cuales el estudio elaborado por la Unión Temporal ATG-ALFONSO RUAN, que sirve de sustento al Proyecto de Decreto, no cumple con los criterios señalados por la Corte Constitucional para la fijación de la regalía de RPP, tal como fueron establecidos en sentencia C- 669 de 2002

- 5.1. La Corte Constitucional, en sentencia C-669 de 2002, estableció que la fijación del porcentaje de regalías para RPP debe tener en cuenta criterios objetivos, entre otros factores, "(...) 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**".²
- 5.2. El estudio elaborado por la Unión Temporal ATG-ALFONSO RUAN no contempló todas las variables y parámetros exigidos por la jurisprudencia constitucional, en sentencia C-669 de 2002. Una lectura detenida del estudio evidencia que éste no consideró las condiciones de explotación de los explotadores de RPP de carbón ni analizó los costos en que incurren los propietarios privados del subsuelo.
- 5.3. En el caso concreto de carbón, el estudio no tuvo en cuenta las contraprestaciones adicionales que deben pagar los operadores de los RPP de carbón, y la circunstancia de que un aumento en la regalía de ley sería un costo adicional que se trasladaría al operador, y que de igual forma, reduciría la rentabilidad del propietario del recurso. Así, el estudio examinado, que sirve de sustento a la Propuesta de Decreto, sugiere una regalía para carbón que pierde de vista las condiciones económicas particulares bajo las cuales se adelanta la explotación de ese recurso en los títulos de RPP, seguramente por no haber indagado las circunstancias específicas y el modelo económico que sustenta la explotación de esa actividad minera.

Teniendo en cuenta las razones jurídicas expuestas en relación con el Proyecto de Decreto que pretende fijar una regalía para RPP de oro y carbón, la ACM, en representación del gremio minero, solicita la modificación del Proyecto de Decreto conforme a las normas constitucionales y legales, así como los criterios jurisprudenciales para determinar una regalía aplicable a los titulares de RPP de carbón.

Así mismo, dadas las falencias del estudio de la Unión Temporal ATG-ALFONSO RUAN, aquí explicadas y expresadas en extenso en comunicación de la ACM del 18 de enero de 2016 (Rad. 2016003367 20-01- 2016), sugerimos se contrate un nuevo estudio que analice de forma correcta todos los criterios y parámetros señalados por la Corte Constitucional para la fijación de la regalía de RPP.

² Corte Constitucional, Sentencia C-669 de 2002, expediente D-3887, M.P. Álvaro Tafur Galvis.



La ACM reitera su disposición para discutir lo que aquí se ha dicho en las instancias que el Ministerio de Minas considere pertinente.

Atentamente,



Carlos Gustavo Arrieta
C.C. 19.111.138
T.P. 14682

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

Anexos: Poder especial conferido al doctor Carlos Gustavo Arrieta

Comentario 6De: **María F Vásquez**

Fecha: 1 de agosto de 2018, 17:56



Barranquilla, julio 30 de 2018

Doctor
GERMÁN ARCE ZAPATA
Ministro de Minas y Energía
Despacho

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

Respectado Señor Ministro,

Por medio de la presente yo, **HERNAN MARTINEZ TORRES**, identificado con cédula de ciudadanía N° 9.048.148 actuando como representante legal de **CARBONES COLOMBIANOS DEL CERREJÓN S.A.S.**, me permito a continuación exponer las razones de hecho y derecho por las cuales consideramos no debe ser expedido, el proyecto de Decreto mediante el cual "se adiciona el Decreto Único Reglamentario No. 1073 de 2015 respecto de la reglamentación del inciso 2° del artículo 227 de la Ley 685 de 2001".

Con suma preocupación vemos insistencia de su cartera en sacar adelante el mencionado proyecto de decreto. De la lectura de la nueva publicación, se observa que el texto se mantiene, sin que se hallan incorporado las peticiones de los diversos actores del sector, quienes han solicitado que se tengan en cuenta distintas variables que permitan minimizar los impactos negativos expresadas por varias empresas o gremio del sector minero, de ser absolutamente indispensable su expedición.

En la comunicación enviada el 25 de enero del presente año, expusimos las múltiples razones por las cuales consideramos no se debe expedir un decreto donde se apruebe un incremento de **1,150%** al porcentaje de la Regalía Privada que se le cancela al Estado Colombiano, y el cual deben pagar las explotaciones



que se realizan en títulos de propiedad privada. Con esta medida se tornarían antieconómicas las condiciones actuales de explotación.

Precio Boca Mina Base Liquidación Regalías

Primer Trimestre 2018

Carbón Término	Por Tonelada	Regalía Hoy	Regalía Propuesta	Diferencia	% de incremento
Consumo Interno	108.098,55	432,39	5.404,93	4.972,53	1150%
Carbón de Exportación Guajira	190.020,63	760,08	9.501,03	8.740,95	1150%

La expedición del mencionado decreto, conllevaría a crear una situación de inestabilidad jurídica que podría colocar en jaque la continuidad de cualquier proyecto minero que se desarrolle dentro de un RPP, más aun cuando el sector minero apenas se está recuperando de la caída de precios del carbón que sufrió los últimos años. La variación abrupta de este porcentaje iría en contra de lo dispuesto en el artículo 228 del Código de Minas, toda vez que establece que el monto de regalías, el sistema para liquidarlas y reajustarlas aplicarán durante toda su vigencia. El legislador previó, que las modificaciones que se adopten sobre estos temas solo aplicaran a los contratos que se celebren con posterioridad, siendo así, el decreto en cuestión no tiene en consideración el mandato expreso de la ley y la voluntad de su creador en salvaguardar precisamente de darle estabilidad jurídica y económica de los contratos de explotación minera. El mencionado borrador no hace distinción sobre su aplicabilidad, por consiguiente, de aprobarse se podría entender que se estaría generando una la desigualdad y discriminación entre las concesiones públicas y privadas, donde a las primeras si se les respeta las condiciones contratadas, en cambio a las privadas si pueden ser susceptibles de cambios.

Consideramos también que esta medida se aparta y desnaturaliza el concepto de regalía que establece el Código Minero en su art. 226 y 227, cuando se concibe como una contraprestación económica que recibe el Estado Colombiano por la explotación de sus recursos naturales. El decreto propuesto no indica ni explica cuál es la contraprestación adicional que el Estado, en retribución de dicho pago,



le va otorgar al particular que explote el RPP. Es decir, la realidad es que las empresas o titulares que explotan un RPP no van a recibir ningún tipo de contraprestación adicional por parte Estado por pasar de pagar un 0.4% a un 5% como Regalía, por lo cual se convierte en un gravamen adicional sin retribución alguna. Así las cosas, el ajuste propuesto no genera una contraprestación real por la explotación de los recursos renovable que no es de propiedad del Estado, por lo cual no debería generar ningún tipo de Regalía adicional. Siendo así, el incremento no se podría configurar como una Regalía por carecer de contraprestación entre el Estado y el Particular, ya que los recursos que se están explotando son privados y no del Estado, por lo cual este incremento no encajaría en la definición de regalía, sino en un impuesto o gravamen adicional. Por, consiguiente, se estaría contraviniendo también el artículo 231, el cual prohíbe expresamente que se graven directa e indirectamente la explotación minera.

Al parecer los estudios contratados no tuvieron en cuenta la explotación de los RPP, en la mayoría de los casos la efectúa un operador minero o contratista, quien a su vez paga la regalía del .4% al Estado y una contraprestación al dueño del RPP, cuya titularidad y propiedad sobre los minerales le fue reconocida por el poder judicial. De entrar en vigencia esta medida, se estaría casi equiparando el porcentaje de las Regalías que cancela una concesión al que cancelaría un RPP a pesar de que el mineral no es del Estado Colombiano, tornando inviable económicamente su explotación al tener los RPP un costo muy alto por regalías. Así mismo dichos estudios no tuvieron en cuenta que las afectaciones ambientales y a su vez su compensación que surgen de la explotación minera, están cubiertas por los planes de manejo ambiental aprobados por las autoridades competentes, por lo cual tampoco es una causa válida para realizar dicho incremento.

En cuanto a las afectaciones ambientales, no pueden ser la razón por la cual el Estado motive esta decisión de aumentar el porcentaje de la Regalía, ya que tales afectaciones se encuentran mitigadas, resarcidas y compensadas mediante el cumplimiento de las obligaciones trazadas en los planes de manejo ambiental aprobados por las autoridades estatales competentes. Por consiguiente, de aprobarse el decreto de la referencia, se estaría imponiendo un gravamen adicional destinado a resarcir el impacto ambiental causado, exclusivamente a las explotaciones que se realizan dentro de un RPP y no a las que se realizan en una concesión estatal. De ser esta la razón, tendría que imponerse dicha incremento a todos titulares mineros, ya que el solo hecho de que la explotación se efectúe en dentro de un RPP, no lleva implícito que estas realicen una mayor afectación o



genere un mayor impacto ambiental, en comparación a aquellas que se ejecuten dentro de las concesiones estatales.

De emitirse el decreto en mención, una explotación privada podría estar pagando el doble o más de porcentaje de Regalía en comparación con aquellas explotaciones se desarrollan bajo un contrato de concesión con el Estado. Por ende se creará una situación de desventaja y desigualdad para las explotaciones privadas versus las públicas, frente a los demás competidores del mercado.

La adopción de estas medidas antieconómicas probablemente conllevará a desincentivar la explotación de títulos de mineros privadas. Por ende estas medidas podrían considerarse que estimulan el dumping y la competencia desleal por favorecer los explotadores de concesiones estatales al cambiarle las condiciones económicas a los RPP haciendo más gravosa el costo de la regalía a pagar por mineral explotado.

Este gobierno se ha caracterizado por la lucha a favor de la sana competencia, pero desafortunadamente mediante la expedición de este decreto el impacto en uno de los principales costos en un **1,150%**, es una clara vulneración al principio de la libre y sana competencia económica entre los explotadores de carbón de títulos mineros privados y los explotadores de concesiones del Estado. El alza de la Regalía Privada hace sin duda que la estructura de costos sea más gravosa en un mercado de "commodities", donde el precio de venta es fijado por la oferta y la demanda de los mercados internacionales.

Teniendo en cuenta que estamos tratando con "commodities" donde el precio máximo a pagar es lo establece en el mercado y no el valor agregado como si ocurre en otros mercados, los explotadores del carbón se limita a tratar de tener una estructura de costos eficiente que les permita tener un mayor margen que su competidor, para poder tener mayor volumen de venta o una mayor utilidad que la competencia. De imponerse esa medida, los esfuerzos que pueda realizar el explotador de un RPP en mantener su estructura de costos baja que le permita competir con mejores precios en el mercado se verán anulados, ya que tendrá que soportar un mayor costo en Regalía, a diferencia de los competidores explotadores de concesiones estatales.

Este decreto tendrá como consecuencia, desestimular la producción efectuada en títulos mineros- RPP privados, por lo que indirectamente fomentarán la competencia desleal, entre los actores del mercado y estimularán la producción de minerales de las concesiones estatales.



Tal y como usted conoce, el precio base para la liquidación de las regalías generadas por la explotación de carbón o metales preciosos, lo fija la Agencia Nacional de Minería con base en los precios internacionales, los cuales a su vez se regulan por la oferta y la demanda. Tenemos entonces que cuanto menor sea la oferta mayor será la demanda y mayor será el precio base para liquidar el porcentaje de Regalía, generado así un incremento en el valor a pagar por Regalía por parte de todos los titulares minero. Esta medida no solo genera un mayor ingreso por regalía sino también estimula la producción en títulos mineros de propiedad del Estado Colombiano al desestimular la producción en los RPP, ya que le sería más económico a los operadores mineros explotar concesiones estatales que aquellas de propiedad de particulares. Siendo que parte de la explotación de carbón de una de las diez minas más grandes del mundo a cielo abierto, se desarrolla en un RPP, podría la medida tener un impacto en la disminución de la producción de carbón de propiedad privada, lo que conllevaría a la disminución en la oferta, y por ende a un incremento del precio internacional del carbón y posteriormente un incremento en la producción de minerales provenientes de las concesiones estatales. De tener un impacto en el mercado internacional que produzca un incremento en el precio internacional base para liquidar las regalías, el Estado Colombiano también se beneficiaría por el solo hecho de que percibiría un mayor ingreso por tonelada extraída.

La expedición de este decreto puede afectar la imagen de Colombia ante organismo internacionales tales como la Organización Mundial del Comercio y la OCDE, ya que podrían interpretar esta medida como un fomento por parte del Estado al dumping y a la competencia desleal, que buscaría favorecer a un grupo de empresas y al Estado Colombiano, al aumentar considerablemente el recaudo percibido por Regalía. Siendo que la motivación expuesta sobre la cual se basa esta medida no es clara, ni tampoco indica cual es la contraprestación que recibirían los particulares por el pago adicional, surgen entonces inquietudes sobre el verdadero interés del Estado Colombiano en promover este tipo de normas que pueden catalogarse como actos de dumping para favorecer las concesiones estatales, al imponer gravámenes adicionales a los explotadores de títulos mineros privados. Además de lo anterior, estaría el Gobierno mandando un mensaje de inestabilidad jurídica al cambiar sustancial y abruptamente mediante un decreto las condiciones económicas de los inversionistas desconociendo lo establecido por el poder legislativo en el Código Minero.

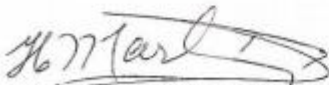


Lo cierto es que el 100% de los ingresos que percibe nuestra empresa se generan de la explotación que realizamos a una parte de un título minero privado (RPP), por lo cual el dramático y exagerado aumento en el porcentaje de la regalía privada que se le cancela al Estado Colombiano actualmente, podría tener como consecuencia inevitable y llevar a la quiebra nuestra empresas y así como otras carboneras. Esta media sin duda alguna hace más gravosa la explotación del mineral, en un mercado que cuenta con unos márgenes de ganancia bastantes reducidos.

De expedirse esta medida pondrán en riesgo la recuperación de nuestra empresa que se encuentra en reorganización empresarial (ley 1116 de 2005), el empleo y el medio de subsistencia de aproximadamente 340 empleados directos e indirectos, que trabajan con nuestra empresa y con contratistas.

Reiteramos nuestro rechazo al alcance, motivación y contenido del proyecto de decreto en la medida en que, como explicamos arriba, con éste se causan unos daños antijurídicos de tipo económico que los particulares no están obligados a soportar, por lo cual esperamos que con esta observaciones y las que otros actores del mercado han realizado tengan repercusión al interior del Ministerio que usted representa y por ende no se expida el mencionado decreto.

Respetuosamente,



HERNAN MARTINEZ TORRES
Representante Legal
CARBONES COLOMBIANOS DEL CERREJÓN S.A.S.
Ministro de Minas y Energía (2006-2010)

Copia.
Dr. Pablo Felipe Robledo
Superintendente de Industria y Comercio

Fecha de elaboración del informe: 14 de agosto de 2018



AIDA MARCELA NIETO PENAGOS
Coordinadora Grupo de Participación y Servicio al Ciudadano

Proyectó y Revisó: Martha Isabel Jaime Galvis
Aprobó: Aida Marcela Nieto Penagos.