

Documento ACP Audiencia Pública Incidente de Impacto Fiscal

Nathalia Succar Jaramillo <nsuccar@acp.com.co>

Jue 16/05/2024 16:56

Para:Secretaria3 Corte Constitucional <secretaria3@corteconstitucional.gov.co>;Daniela Jimena Cardona <djcardona@acp.com.co>

📎 1 archivos adjuntos (305 KB)

Documento POST AUDIENCIA RV.pdf;

Respetados Miembros Corte Constitucional.

De manera atenta remitimos documento de la Asociación Colombiana del Petróleo y Gas-ACP, relacionado con la Audiencia Pública realizada el 14 de mayo, en el trámite del incidente de Impacto fiscal de la Sentencia C-489 de 2023.

Muchas Gracias

Cordial Saludo



Atentamente,

Nathalia Succar Jaramillo
Directora de Asuntos Legales y
Legislativos

Carrera 7ª No. 73 -47 Piso 12.
Bogotá, D.C. – Colombia



Aviso de privacidad para comunicaciones electrónicas - Este mensaje y sus archivos adjuntos van dirigidos exclusivamente a su destinatario pudiendo contener información confidencial sometida a secreto profesional. No está permitida su reproducción o distribución sin la autorización expresa de **ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE PETRÓLEO Y GAS**. Si usted no es el destinatario final por favor elimínelo e infórmenos por esta vía. De acuerdo con la Ley Estatutaria 1581 de 2012 de Protección de Datos y con el Decreto 1377 de 2013, el titular presta su consentimiento para que sus datos, facilitados voluntariamente pasen a formar parte de una base de datos, cuyo responsable es la **ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE PETRÓLEO Y GAS**, cuyas finalidades son: la gestión administrativa de la entidad, así como la gestión de carácter comercial y el envío de comunicaciones comerciales sobre nuestros productos y/o servicios.

Puede usted ejercer los derechos de acceso, corrección, supresión, revocación o reclamo por infracción sobre sus datos, mediante escrito dirigido a la **ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE PETRÓLEO Y GAS**, a la dirección de correo electrónico fflor@acp.com.co, indicando en el asunto el derecho que desea ejercer, o mediante correo ordinario remitido a la dirección: CR 7 73 47 P 12 Bogotá, Distrito Capital – Colombia

Bogotá, D.C., 16 de mayo de 2024

**Honorables Magistradas y Magistrados
Corte Constitucional
Sala Plena**

Asunto: Pronunciamiento posterior a la audiencia del incidente de impacto fiscal de la sentencia C-489 de 2023.

FRANK PEARL mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.154.150, de Bogotá, con domicilio en la ciudad de Bogotá D.C., actuando en mi condición de representante legal de la **Asociación Colombiana del Petróleo y Gas** entidad sin ánimo de lucro, con personería jurídica inscrita en la Cámara de Comercio de Bogotá el 29 de abril del año 1997 y, en mi calidad de interviniente en el proceso D-15113, me permito pronunciarme sobre algunos aspectos relacionados con el sector de hidrocarburos surgidos en el marco de la audiencia celebrada el 14 de mayo de 2024, dentro de los dos días siguientes a la celebración de la misma.

1. Aclaración sobre saldos a favor.

A solicitud de la Corte, antes de la audiencia suministramos información sobre la carga tributaria, las retenciones y los saldos a favor de las empresas del sector de hidrocarburos en relación con el pago de las regalías y la norma declarada inexecutable por la sentencia C-489 de 2023.

Estimamos pertinente aclarar un punto relativo a una afirmación suministrada por el Señor Ministro de Hacienda y Crédito Público (en adelante el Ministro), en respuesta a una pregunta de la Corte respecto de las devoluciones de saldos a favor. El Ministro informó a la Corte que los saldos a favor de las empresas del sector de hidrocarburos que tendrían que desembolsarse serían de 2.2 billones de pesos, y a favor de las empresas mineras de 2.5 billones de pesos.



Tal información, en lo que respecta al sector de petróleo y gas, luce elevada, pues, de acuerdo con los datos recolectados por la ACP, los saldos a favor de las empresas afiliadas son de 0,67 billones de pesos.

El Ministro indicó que los datos de la ACP eran distintos a los informados por el Gobierno, debido a que no incluyeron a Ecopetrol. Para que esta afirmación fuera cierta y se cumpla con las cifras indicadas por el Ministro, Ecopetrol tendría que reportar un saldo a favor cercano a 1.5 billones de pesos, información que tendrá que ser corroborada por medio de la prueba que decretará la Corte Constitucional, según se anunció en la audiencia.

Ahora bien, si el mayor impacto reportado tiene que ver con un saldo a favor de Ecopetrol, en realidad no hay afectación a los ingresos del Gobierno Nacional, ya que el Gobierno es accionista mayoritario de Ecopetrol. Sería extraño hablar de una amenaza a la sostenibilidad fiscal si el mayor impacto estuviera dado por una devolución a efectuarse por la DIAN a favor de una empresa de propiedad del Estado.

Se pone de presente, adicionalmente, que el Ministro señaló que esta información “viene de la DIAN con fecha de consulta 10 de mayo”, pero el Gobierno no ha allegado al expediente la respectiva certificación de la DIAN. En cambio, la información que hemos suministrado a la Corte parte de las declaraciones presentadas efectivamente por las empresas del sector de hidrocarburos afiliadas a la ACP, sin contemplar empresas del grupo Ecopetrol.

Por otra parte, de la revisión y estimaciones realizadas, no se identifica que los saldos a favor del sector sean fruto solamente de las autorretenciones y en consecuencia atribuibles indirectamente a la Sentencia. Los saldos a favor también se producen por cuanto ya existían saldos a favor de años anteriores que se imputan a la declaración del 2023, como consecuencia de los anticipos liquidados y pagados en la declaración de renta del año 2022, que para este año constituyeron valores significativos, en algunos casos porque se dan de baja inversiones improductivas o porque existen créditos tributarios provenientes del IVA pagados en la adquisición de activos fijos reales productivos. Como se puede observar, los saldos a favor del año gravable 2023 cuya declaración se presenta en el 2024 corresponderán a las razones antes expuestas, sin que en manera alguna puedan ser atribuidos exclusivamente a las autorretenciones practicadas como lo plantea el Ministro.

En efecto, como se indicó en el escrito allegado a la Corte el pasado 10 de mayo, cerca de 0,5 billones de pesos de saldos a favor, corresponden a una sola empresa y éste obedeció a la compensación de pérdidas fiscales y a otras operaciones que no se encuentran relacionadas con los efectos de la Sentencia 489 de 2023.

En esta medida, la gran mayoría de los saldos a favor no necesariamente son atribuibles al efecto de la Sentencia 489 de 2023; sino por el contrario, son el resultado de varios factores que influyen en la determinación de este rubro.



Por lo anterior, nos permitimos ratificar que las empresas afiliadas a la ACP que reportaron información arrojan saldos a favor por efectos de la Sentencia de 220 mil millones de pesos, mientras que el valor a pagar fue de 1,2 billones de pesos, con lo cual, el efecto neto en estas empresas será un valor a pagar de 1 billón de pesos.

2. Observaciones adicionales relacionadas con el impacto de los saldos a favor.

En la audiencia del 14 de mayo, fue evidente que el Ministro no cumplió la exigente carga del incidente de impacto fiscal.

Por tercera vez, luego de su sustentación inicial y corrección, el Ministro no sustentó adecuadamente su incidente de impacto fiscal, sino que por el contrario insistió en revivir de manera retroactiva un impuesto inconstitucional para resolver un problema de caja en 2023 y 2024.

Con razón, los dos magistrados sustanciadores le pidieron al Ministro que respondiera a las preguntas que habían quedado sin respuesta durante la audiencia y que venían sin ser respondidas en los memoriales escritos radicados por el propio Ministro de Hacienda al intentar sustentar su petición de modulación de la sentencia.

2.1. La sentencia no generó ningún gasto adicional.

El Gobierno no ha explicado por qué se propone un incidente de impacto fiscal para una sentencia que no generó ningún gasto adicional. La sentencia impidió al Gobierno recaudar un impuesto inconstitucional, y lo hizo antes de que se hubiera vencido el periodo fiscal respectivo.

Al finalizar la audiencia, no ha quedado claro por qué se considera que se afecta la sostenibilidad fiscal con una sentencia de inexequibilidad pura y simple, que no genera ninguna carga de gasto adicional para el Gobierno Nacional.

El presupuesto de gastos, con incrementos descomunales resaltados en la propia audiencia, fue propuesto por el propio gobierno para el año 2023, y lo mantuvo así a pesar del fallo. También mantuvo sin ajustes el proyecto de presupuesto de gastos para 2024, también excesivamente elevados desde el punto de vista estructural. Por lo tanto, los mayores gastos invocados por el gobierno son fruto de una decisión impulsada por el propio gobierno, completamente ajena a la sentencia proferida por la Corte.



2.2. El problema identificado del Gobierno es exclusivamente un problema de caja para 2023 y 2024.

El Gobierno se contradice en sus explicaciones. Por una parte, intenta mostrar un impacto a perpetuidad supuestamente causado por la sentencia, pero su solicitud de modulación se refiere únicamente a las necesidades de caja de 2023 y 2024. Las cuatro alternativas tendrían efectos exclusivamente para estas vigencias, con lo cual el mensaje del Gobierno es que a partir del año 2025 los problemas de caja quedarían resueltos. Según el Ministro de Hacienda, el problema “está en el corto plazo”. Por lo tanto, el problema no es de sostenibilidad fiscal, concepto estructural aplicable en el largo plazo.

Esta posición ratifica que en realidad el problema del Gobierno es un problema de caja, que según la última intervención del Comité Autónomo de la Regla Fiscal, *“no se traduce necesariamente en un impacto sobre la sostenibilidad fiscal. Para que un impacto de caja tenga efectos sobre esta, este debe a su vez afectar los ingresos o los gastos estructurales de la Nación.”* El propio gobierno admite que, a partir de 2025, no es necesaria ninguna modulación precisamente porque no se afecta a la sostenibilidad fiscal desde el punto de vista estructural, tal como lo dijo la propia sentencia C-489 de 2023 en las consideraciones sobre los efectos fiscales de la misma. El Comité Autónomo de la Regla Fiscal ratifica esa conclusión de la propia Corte.

Ante la reiterada pregunta sobre cuál sería el parámetro objetivo diferente a la regla fiscal para apreciar el impacto, no de caja, sino en la sostenibilidad fiscal el gobierno no ofreció ninguna respuesta precisa.

Mucho menos sustentó por qué la supuesta afectación a la sostenibilidad fiscal es “seria” o grave.

2.3. El Gobierno no explicó por qué no previó los impactos previsibles de una norma inconstitucional, ni planeó de acuerdo con estos.

De acuerdo con las explicaciones del Ministro, el efecto que se busca evitar con el incidente de impacto fiscal es el de las devoluciones de saldos a favor que tendrán que hacerse a las empresas de hidrocarburos y minería. Pero, como se indicó anteriormente, tales saldos a favor no son producto mayoritariamente de la sentencia, sino principalmente del aumento de las autorretenciones que estableció el mismo Gobierno mediante un decreto expedido en febrero de 2023 (Decreto 261 de 2023), fecha en la cual ya estaba demandado el artículo 19 de la Ley 2277 de 2023. Es decir, el Gobierno actuó durante la vigencia fiscal para obtener un pago anticipado, y de esa manera negar, a sabiendas, los efectos de una inexequibilidad. Tampoco incluyó los ingresos provenientes de las retenciones como contingentes, ni tomó acciones en previsión de un fallo adverso, como era de esperarse.



La sentencia C-489 de 2023 fue expedida el 16 de noviembre de 2023, es decir, un mes y medio antes del decreto de liquidación del presupuesto de ese año. Sin embargo, el Gobierno tampoco actuó en esta etapa para ajustar el presupuesto de acuerdo con las nuevas proyecciones de recaudo para la vigencia 2023. Por el contrario, durante el 2023 promovió una adición presupuestal en la que incluyó parte de esos ingresos fruto del decreto que dictó, y actualmente continúa con perspectivas desmesuradas de gasto público que son 30 veces superiores al crecimiento del PIB.

Con esto, hubo una evidente violación del principio de planeación, subrayada por algunos magistrados de la Corte en sus preguntas, ya que el Gobierno programó el presupuesto de 2024 sobre unos supuestos imaginarios e inexistentes, sobre la base de una norma ya declarada inexecutable. Tampoco ajustó el presupuesto de gastos de 2023, sino que impulsó una adición presupuestal después de conocida la sentencia.

2.4. El Gobierno no da cuenta de los recursos que tiene disponibles.

Como lo puso de presente el demandante en el proceso D-15097, el Gobierno está dando señales mixtas. Por una parte, en los documentos oficiales como el Plan Financiero y el Marco Fiscal de Mediano Plazo, el Gobierno da mensajes optimistas sobre el estado de las finanzas públicas. Incluso, en el Congreso se encuentra ambientando una flexibilización de la Regla Fiscal con el fin de aumentar el gasto y el endeudamiento. En cambio, ante la Corte, presenta una situación de supuesta imposibilidad de recorte de gasto y de imposibilidad de asunción de mayores obligaciones por vía de deuda.

En la audiencia el Gobierno reconoció la existencia de las siguientes fuentes de recursos: (i) los 30 billones de pesos que sobraron de la vigencia anterior por la baja ejecución y que, según el Ministro de Hacienda, se van usando a medida que “van llegando las facturas”, (ii) los ahorros obtenidos del fin de los subsidios a la gasolina y el fin previsible del precio del diesel, (iii) los 8 billones de pesos de las llamadas “apropiaciones perdidas” explicadas solo después de la insistencia de los magistrados al respecto, y (iv) los ahorros obtenidos con operaciones de deuda en que se ha logrado rotar a una tasa favorable.

Cada una de estas cuatro fuentes han significado menor gasto o ahorros superiores al alegado impacto en la caja durante los años 2023 y 2024. Sumadas las cuatro fuentes la diferencia es abismal entre lo que el gobierno alega no pudo recaudar con un impuesto inconstitucional y el menor gasto en 2023 y 2024.

Sin embargo, extrañamente, ninguna de estas fuentes de ahorro hacen parte de la narrativa global del Gobierno según la cual, la Corte estaría llevando al Estado colombiano por una senda de insostenibilidad fiscal si no autoriza aplicar de manera retroactiva un impuesto inconstitucional violatorio de la igualdad y de otros principios constitucionales como ya lo decidió la Corte.



El incidente de impacto fiscal busca entonces poner a la Corte contra la pared. Habiendo promovido una norma abiertamente inconstitucional, a pesar de las advertencias hechas durante el trámite legislativo, el Gobierno luego buscó anticipar los efectos de esa norma, antes de que se cerrara el periodo, mediante un aumento de las autorretenciones. Ahora, quiere culpar a la Corte de un impacto en la sostenibilidad fiscal porque tiene que devolver el pago de lo no debido, y sin explicar a la Corte por qué un supuesto impacto (no demostrado) de 6.7 billones de pesos no se compensa con el ahorro de 30 billones de pesos no ejecutados o cualquiera de las otras cuatro fuentes antes mencionadas, reconocidas a regañadientes por el propio Ministro de Hacienda.

2.5. El Gobierno no ha propuesto un parámetro objetivo para valorar la sostenibilidad fiscal

Los magistrados ponentes, al inadmitir la sustentación del incidente de impacto fiscal, solicitaron explicaciones al Gobierno mediante los conceptos propios de la Regla Fiscal. Como el Gobierno no pudo demostrar un real impacto de la sostenibilidad fiscal, ya que el verdadero impacto, de existir, es un impacto de caja originado en las retenciones recaudadas anticipadamente por el Gobierno, entonces este quiere ignorar la Regla Fiscal y proponer a la Corte que la ponga de lado para valorar la sostenibilidad fiscal.

Ante esta propuesta, los magistrados han preguntado al Gobierno y al CARF cuál puede ser un parámetro objetivo para valorar la sostenibilidad fiscal. El Gobierno no ha dado una respuesta a esta pregunta. Simplemente ha afirmado que puede haber insostenibilidad fiscal, aún respetando la Regla Fiscal. Pero no ha definido qué quiere decir, exactamente, una insostenibilidad fiscal que respeta la regla fiscal. El CARF, en cambio, ha explicado ante la Corte que el *“parámetro objetivo es capturado por la fórmula de la Regla Fiscal”*.

2.6. El Gobierno no ha demostrado que las causas del déficit sean atribuibles a la sentencia.

Otra pregunta importante, que no fue respondida por el Ministro adecuadamente, es la pregunta de causalidad. ¿Si existe una disparidad entre los ingresos del Gobierno y los gastos proyectados, esta se debe realmente a la sentencia?

El Ministro reconoció al iniciar su intervención que el problema de déficit tiene origen en deuda previamente adquirida por la pandemia, en crecimiento del gasto promovido por el propio gobierno, y en problemas de planeación sin justificación. No ha podido demostrar que hay una situación de déficit que sea atribuible a la sentencia C-489 de 2023. Mucho menos pudo demostrar que la eventual afectación a la sostenibilidad fiscal es causa específica de la sentencia.

Según la expresión usada por los magistrados en las preguntas, el Ministro no demostró el efecto de la sentencia tomada de “manera aislada”. Tampoco explicó por qué las fuentes de



menor gasto o de ahorro mencionadas son insuficientes frente a ese efecto específico aislado de la sentencia, y se presenta entonces un impacto en la sostenibilidad fiscal de características serias o graves.

A esto se suma el bajo crecimiento económico del país, que, como lo reconoció el propio Ministro, es la variable esencial porque afecta de manera global el recaudo. Por fortuna, el Ministro no le atribuyó a la sentencia el bajo crecimiento económico.

Sin embargo, el Ministro no reconoció que la sentencia tuvo un efecto positivo. Esto plantea un problema de causalidad adicional eludido también por el Ministro. La Sentencia C-489 de 2023, al hacer respetar las reglas de juego que venían aplicándose por décadas y defender la integridad de la Constitución, contribuyó a la estabilidad de dos sectores, cuya continuidad fue amenazada por un impuesto confiscatorio. De la continuidad de estos sectores depende precisamente la sostenibilidad fiscal, como lo resaltó el CARE. Además, de la continuidad de estos, también depende la generación de regalías destinadas al gasto social en beneficio de los más vulnerables en las regiones, como lo sostuvieron demandantes e intervinientes, y como ahora lo admite DeJusticia en el Incidente, después de haber criticado severamente la economía extractiva en el curso del proceso en 2023. Cabe resaltar que, en el año 2023, el sector de hidrocarburos, continuó pagando las regalías que ingresaron al Sistema General de Regalías. Las regalías pagadas en 2023 por esta industria, ascendieron a 9,5 billones de pesos. Obviamente, si se marchita el sector de hidrocarburos, esta cifra disminuirá. Lo mismo ocurriría con el sector de la minería.

2.7. La propuesta del Gobierno y de DeJusticia es inconstitucional.

El Gobierno propone cuatro alternativas, todas las cuales vulneran la cosa juzgada constitucional, ya que el posible diferimiento de la sentencia fue expresamente considerado por la Sala Plena de la Corte y esta expresamente decidió en contra de tal diferimiento. El incidente de impacto fiscal fue diseñado para los casos en que una alta corte no tiene en cuenta la sostenibilidad fiscal en la sentencia, y por lo tanto se hace necesario incorporar un diálogo sobre esos aspectos con posterioridad al fallo. No para los casos en que este se valora expresamente en la sentencia.

Las cuatro soluciones propuestas por el Gobierno son inconstitucionales, además, porque implican (i) revivir por varios años una norma declarada inconstitucional por violar un derecho fundamental (la igualdad), (ii) en el caso de las primeras dos alternativas, imponer un impuesto retroactivo (para 2023) o retrospectivo pero no beneficioso para los contribuyentes (para 2024), (iii) la medida estaría siendo legislada por la Corte y no por el Congreso, y (iv) de nuevo, sin hacer distinción entre las regalías pagadas en dinero y las regalías pagadas en especie, reproduciendo el problema sustantivo que encontró la Corte al juzgar la inconstitucionalidad de la norma.



Las dos alternativas posteriores implican una confiscación del dinero pagado anticipadamente por los contribuyentes, producto de una medida impuesta, no por la ley, sino por un decreto del Gobierno en el que se buscó aumentar las autorretenciones para consolidar los efectos de una medida inconstitucional antes de que se venciera el periodo.

A estas cuatro propuestas se suman unas nuevas propuestas, aún más extravagantes, de Dejusticia, presentadas en un memorial radicado el 14 de mayo de 2024, al parecer en apoyo del Gobierno, pero que se distancian de lo pedido por este y rechazan el contenido mismo de la sentencia.

En contravía de la posición manifestada por esa organización en la audiencia del año pasado, sobre la importancia de marchitar el sector de los hidrocarburos y la minería, ahora Dejusticia resalta la importancia de las regalías para financiar el gasto social. Luego, en el memorial Dejusticia insiste en que la Corte prohíba que el pago de las regalías sea deducido del impuesto de renta, solicitando a la Corte que desconozca la parte resolutive de la sentencia y pidiéndole que reconsidere el contenido mismo de la decisión adoptada en la sentencia C-489 de 2023.

Las modulaciones solicitadas por Dejusticia en realidad suponen una modificación de la parte resolutive y de la *ratio decidendi* de la sentencia. La primera modulación supondría mantener en el ordenamiento jurídico una norma inconstitucional, mientras el Congreso expide una nueva norma supuestamente constitucional. La segunda modulación implica cambiar el sentido de la decisión, para introducir un condicionamiento que la propia Corte en la sentencia C-489 de 2023 ya se negó a hacer. La tercera modulación propone en realidad una nueva medida legislativa, consistente en que se permita la deducibilidad del 50% de las regalías.

Así, en realidad Dejusticia está pidiendo a la Corte reconsiderar la sentencia C-489 de 2023, reconsideración que es manifiestamente ajena al incidente de impacto fiscal y protuberantemente contraria a la cosa juzgada constitucional.

En todo caso, cabe recordar que estas propuestas, además de ir manifiestamente en contra de la sentencia, no han sido presentadas por el Gobierno y que Dejusticia no tiene legitimación para proponer un incidente de impacto fiscal con un alcance completamente diferente al pedido por el Ministro de Hacienda y contrario a la premisa del cual partió y este aceptó.



2.8. El gobierno no presentó un plan de cumplimiento sino de incumplimiento.

De lo anterior, se deduce que el Gobierno en lugar de presentar un plan de cumplimiento de la sentencia, **ha formulado varias propuestas que constituyen modalidades alternativas para incumplir la sentencia.**

Esto, sumado al incumplimiento de las otras cargas del Gobierno, consistentes en demostrar el impacto fiscal, así como explicar las razones por las cuales dicho impacto incide en la sostenibilidad fiscal y lo hace de manera seria o grave, conducen inevitablemente a la conclusión de que no es necesario diferir los efectos de la sentencia, ni mucho menos introducir modulaciones contrarias a su contenido y a su ratio decidendi.

De los Honorables Magistrados

Atentamente,

Frank Pearl

Representante Legal

Asociación Colombiana del Petróleo y Gas