Honorables Magistrados
Corte Constitucional
Atn. Magistrado Sustanciador Jorge Enrique Ibáñez Najar
E. S. D.
Bogotá

Referencia.	Expediente No. D-15097.
Demandante	Carlos Edward Osorio Aguiar
Norma Acusada.	Artículo 19 (parcial de la Ley 2277 de 2022, "Por medio de la cual se adopta una reforma tributaria para la igualdad y la justicia social y se dictan otras disposiciones")
Asunto.	Intervención y concepto – Asociación Colombiana de Minería.

Honorables Magistrados,

JUAN CAMILO NARIÑO ALCOCER, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.784.278 de Bogotá, actuando en nombre propio y en representación de la Asociación Colombiana de Minería (en adelante "la Asociación" o "ACM"), en mi calidad de Presidente de la misma de acuerdo con el Certificado de Existencia y Representación que se acompaña (Anexo 1), agradezco la invitación extendida por la honorable Corte Constitucional para participar en el proceso de la referencia y por el presente, me permito rendir el concepto técnico solicitado de acuerdo con lo dispuesto en el Auto del 14 de febrero de 2023 y el Oficio No. 0045, comunicados a esta Asociación a través de correo electrónico del lunes 27 de febrero de 2023.

1. NORMA ACUSADA DE INCONSTITUCIONALIDAD.

La norma demandada es el inciso primero, parágrafo primero del artículo 19 de la Ley 2277 de 2022 *"por medio de la cual se adopta una reforma tributaria para la igualdad y la justicia social y se dictan otras disposiciones",* que modificó el artículo 115 del Estatuto Tributario, el cual prohíbe fiscalmente la deducción del costo o gasto de la regalía que pagan los contribuyentes de la industria minero-energética por la explotación de recursos naturales no renovables, conforme a lo regulado en los artículos 360 y 361 de la Constitución Política.

2. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN Y ADMISIÓN DE LA DEMANDA.

El Actor considera que el inciso primero del parágrafo 1° del artículo 19 de la Ley 2277 de 2022, es contrario a los principios de justicia y equidad contemplados en el artículo 95 numeral 9° de la Constitución Política, debido a que prevé una diferencia de trato tributario entre las personas-empresas que explotan recursos naturales no renovables frente al resto de contribuyentes, al impedirles deducir las regalías, a pesar que dicha contraprestación constituye un gasto que tiene relación directa con la actividad productora de renta y que además es un recurso que no incrementa el patrimonio del sujeto pasivo del tributo. Este trato se estima como injusto e inequitativo frente a lo que ocurre con el resto de contribuyentes, que en desarrollo de sus actividades generadoras de renta bien pueden hacer las correspondientes deducciones, o pueden a la hora de calcular el impuesto, descontar de la base a título de costo o gasto lo que corresponda.
|
Mediante Auto del 24 de enero de 2023, el Despacho admitió el cargo tercero de la Demanda y en la misma providencia se inadmitieron los cargos primero, segundo, cuarto y quinto de la Demanda. Posteriormente mediante Auto del 14 de febrero de 2023 el Despacho rechazó los cargos primero, segundo, cuarto y quinto de la Demanda y continuó el proceso constitucional con relación al cargo tercero previamente mencionado. Por ese motivo, el presente escrito se referirá exclusivamente al tercer cargo admitido por la Corte, y en cuanto la norma violada que es el artículo 95-9 de la Constitución Política.

En relación con el fundamento para la admisión del cargo tercero comentado, en Auto del 24 de enero de 2023 el honorable Magistrado Ponente concluyó lo siguiente:

> *"30. De lo concluido a partir de los argumentos del demandante, lo anterior parece desconocer la estructura misma del impuesto sobre la renta, toda vez que en últimas el efecto práctico sería el de gravar los costos o gastos en los que un contribuyente incurra al desarrollar su actividad productora de renta, en contravía del hecho generador del propio impuesto, que consiste en obtener ingresos que tengan la potencialidad de incrementar el patrimonio del sujeto pasivo."*

3. CONCEPTO JURÍDICO, CONSTITUCIONAL Y SECTORIAL DE LA ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE MINERÍA

En el presente capítulo explicaremos las razones por las cuales desde el gremio que represento, se consideran ciertos y admisibles los argumentos de índole constitucional expuestos por el demandante para soportar el cargo propuesto y por lo tanto, coadyuvaremos la solicitud de la Demanda en cuanto a solicitar a la honorable Corte Constitucional se declare la inexequibilidad de la norma acusada.

Igualmente teniendo en cuenta la naturaleza y representatividad de la ACM, así como la calidad en la que fuimos convocados, destacaremos las implicaciones e impactos que tiene el artículo demandado para la industria, para el desarrollo económico del país y el bienestar social.

3.1. LA PROHIBICIÓN A LA DEDUCCIÓN COMO COSTO O GASTO EN LA DEPURACIÓN DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LA REGALÍA REGULADA EN LOS ARTÍCULOS 360 Y 361 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA, CONFIGURA UNA VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE JUSTICIA TRIBUTARIA CONSAGRADO EN EL ARTÍCULO 95-9 DE LA CONSTITUCIÓN PÓLITICA.

3.1.1. Principio de Justicia Tributaria como límite a la libertad configurativa del legislador – Reiteración de Jurisprudencia.

Lo primero a mencionar es que el ordenamiento jurídico colombiano se funda en el principio de supremacía constitucional que ubica a la Constitución como norma de superior jerarquía, a la cual se debe supeditar el ámbito material y formal de toda norma jurídica, esto incluye por supuesto las normas tributarias. El parágrafo 1° del artículo 19 de la Ley 2277 de 2022 demandado, infringe el artículo 95-9 de la Constitución y de contera el principio de supremacía constitucional por las razones que se entran a explicar.

La "justicia" se encuentra determinada a lo largo de la Carta Política como un principio y valor constitucional que debe irradiar todas las actuaciones de las ramas del poder público. Muestra de ello es el propósito indicado en el preámbulo de la Constitución, en virtud del cual se busca asegurar a los ciudadanos la realización de sus derechos, dentro de un marco jurídico que garantice un orden político, económico y social justo. En igual sentido lo propone el artículo 2 de la Carta al señalar que son fines esenciales del Estado, entre otros, asegurar la vigencia de un orden justo.

Ahora, en materia tributaria el principio de justicia está recogido concretamente en el artículo 95 numeral 9° de la Constitución, el cual se configura como pilar fundamental del derecho tributario y ha sido conceptualizado desde dos perspectivas: **i)** el cumplimiento de las obligaciones sustanciales y formales por parte de los contribuyentes; y desde **ii)** la estructuración del sistema tributario. Así, la justicia tributaria ha sido entendida por la honorable Corte Constitucional como un compendio de todas las exigencias constitucionales que enmarcan el ejercicio del poder impositivo del Estado, incluyendo aquellas relacionadas con la equidad, progresividad y eficiencia del sistema tributario.[1]

[1] Corte Constitucional. Sentencias C-056 del 2019. M.P Gloria Stella Ortiz Delgado. C-690 de 1996. M.P Alejandro Martínez Caballero. C-492 del 2015. M.P María Victoria Calle Correa. C- 129 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

El contenido jurídico del artículo 95-9 de la Constitución Política dispone expresamente que constituye un deber de toda persona, contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado, siempre que dicha contribución se haga en el marco de la justicia y la equidad. Por ende, estos dos principios se erigen como límites a la libertad configurativa del legislador en materia tributaria y en consecuencia constituyen verdaderas reglas para determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una determinada norma tributaria. En el presente capítulo nos referiremos a la primera de estas nociones.

En desarrollo del anterior precepto, la Corte Constitucional ha señalado de manera reiterada que el principio de justicia se afecta cuando: **(i)** las reglas de derecho integradas al sistema tributario impiden que el recaudo sea eficiente, **(ii)** se integran medidas incompatibles con la exigencia de progresividad del sistema tributario o, **(iii)** la imposición del tributo desconoce la necesidad de compensar los costos que se derivan del ejercicio de la actividad económica gravada.

Dada la importancia del principio de justicia tributaria como límite a la amplia potestad configurativa del legislador, la honorable Corte Constitucional en su precedente jurisprudencial ha evaluado y resuelto problemas jurídicos similares a los que se configuran en el presente caso, desde esta noción constitucional, tal como se expone a continuación.

En la Sentencia C-690 de 1996 M.P Alejandro Martínez Caballero, se evaluó y determinó una limitación clara e innegable a la libertad configurativa del legislador en materia tributaria al determinar expresamente lo siguiente:

> *"Los artículos 95-9 y 363 de la Constitución preceptúan que, tanto el sistema como las cargas tributarias deben ceñirse a los principios de equidad, eficiencia y progresividad, constituyéndose así en límites constitucionales y marcos de conducta para el poder tributario, de tal forma que los poderes públicos por virtud de estos principios jurídicos y de los criterios rectores de la Constitución, se encuentran comprometidos en la consecución de un orden social y económico justo e igualitario.* ***En este orden de ideas, por disposición constitucional, el sistema tributario se encuentra necesariamente ligado a principios de justicia material, por lo que, a pesar de la generalidad e impersonalidad de la ley tributaria, no puede pretender privilegios o castigos desproporcionadamente gravosos para situaciones particularizadas****. Entonces, para que una disposición genéricamente equitativa y justa sea conforme con la Constitución, debe señalar circunstancias de aplicación justa y equitativa de la ley tributaria."* (Subrayado propio)

En esta oportunidad la Corte resolvió que si bien el legislador goza de una amplia libertad configurativa en materia tributaria, dicha libertad no es absoluta, sino que está sujeta a limitaciones de índole constitucional como la noción de justicia tributaria material, en virtud de la cual no corresponde a un criterio justo determinar una carga o castigo tributario si el mismo es desproporcionadamente gravoso para algunas situaciones particulares.

Así mismo, en la Sentencia C-129 del 2018 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, la Corte desarrolló el principio de justicia tributaria, acotándolo a un mandato de carácter constitucional que obliga a que el legislador se abstenga de crear disposiciones legales incompatibles con el orden justo regulado en el artículo 2° de la Constitución Política. En esa oportunidad manifestó:

> *"Todos los principios del sistema tributario, se relacionan de manera estrecha con la justicia tributaria que es un mandato constitucional más general que obliga al Legislador a abstenerse de imponer previsiones incompatibles con la defensa de un orden justo (art. 2 CP). De esta forma, el diseño constitucional* ***pretende asegurar el tratamiento equitativo entre los contribuyentes y frente a los hechos generadores del tributo, así como la eficacia en el recaudo fiscal****. En efecto, la Sentencia C-060 de 2018 reitera que este principio ha sido interpretado como una síntesis de todos los límites constitucionales que enmarcan el ejercicio del poder del Estado (art. 95.9 superior), pues, además de incorporar las exigencias de equidad y progresividad, también reclama un sistema tributario eficiente, capaz de asegurar un efectivo control de la recaudación de los dineros públicos. En este esquema, la equidad, la progresividad y la eficiencia concurren para el logro de la justicia tributaria. (…)"* (Subrayado propio)

Como corolario de la sentencia citada, el principio de justicia tributaria se establece como un mandato que impide que el legislador determine condiciones incompatibles con el orden justo en los términos del artículo 2° de la Constitución, en tanto el mismo tiene como objetivo asegurar el tratamiento equitativo entre los contribuyentes y respecto a los hechos generadores del tributo. Además concluyó que si bien la justicia tributaria le impone la obligación a los ciudadanos de contribuir con el financiamiento de los gastos e inversiones del Estado, correlativamente le exige al legislador el diseño de un sistema tributario justo.

En la misma línea, en la Sentencia C-056 de 2019 M.P Gloria Stella Ortiz Delgado la honorable Corte Constitucional reiteró la línea jurisprudencial anterior al señalar que el principio de equidad tributaria tiene como fin que el ejercicio de la potestad tributaria no implique una distribución manifiestamente injusta de las cargas públicas o la imposición de barreras para la compensación de los costos sociales derivados de las actividades económicas gravadas. La indicada providencia resolvió:

> *" (…) Si se parte de la premisa, comúnmente aceptada tanto la disciplina económica como en la jurisprudencia constitucional, según la cual uno de los mecanismos más eficaces para la intervención del Estado en la economía son los tributos, entonces el principio de justicia tributaria cobra diversas dimensiones. Se afecta dicho principio cuando, entre otras circunstancias (i) se establecen reglas que dificultan la eficiencia en el recaudo, al punto de imponer barreras para la financiación de los gastos del Estado; (ii) la regulación legal es incompatible con la progresividad que guía al sistema tributario en su conjunto; o (iii) la imposición del tributo involucra el desconocimiento de la necesidad de compensar los costos sociales que se derivan del ejercicio de la actividad económica gravada.*
>
> ***Sobre este último particular, la Corte considera que se desconoce el principio de justicia tributaria cuando a pesar que determinada actividad económica involucra el uso de recursos naturales o de otra índole o, de manera general, se beneficia de un mercado en particular, el régimen fiscal no refleja en modo alguno una medida de compensación para dichos costos.*** *Es claro que el poder impositivo del Estado y, en particular, su altísima capacidad de intervención en la economía a través del sistema tributario,* ***no puede ser utilizado de***

> ***manera tal que prive a las comunidades involucradas en la actividad económica gravada de fórmulas de compensación para los costos en que incurren o, de una manera más general, que genere desbalances en el mercado con un nivel de intensidad que lleven a resultados materialmente injustos en términos distributivos."*** (Subrayado propio)

De acuerdo a los argumentos expuestos, se puede afirmar que cuando una disposición legal desconoce la posibilidad de compensar los costos directos asociados al ejercicio de una actividad productora de renta de manera injustificada, se configura una real violación del principio de justicia tributaria, pues se estaría privando a un sector concreto de fórmulas para compensar los costos incurridos en su actividad productora de renta, lo cual genera resultados contrarios a la justicia.

Por su parte, en la Sentencia C-059 del 2021 M.P. Alberto Rojas Ríos, ese Alto Tribunal reafirmó la limitación de la que es objeto el legislador en su potestad configurativa tributaria, y apelando a lo dispuesto en la Sentencia C-1003 de 2004 y C-606 de 2019 precisó que la deducción es una figura de origen legal que se refiere a los beneficios y partidas que el legislador permite restar de la renta bruta para obtener la renta líquida. Estas deducciones o beneficios pueden ser derogadas o restringidas por el legislador sin que ese solo hecho se considere *per se* una transgresión a la Constitución.

Empero, también recalcó la Corte que la limitación a la posibilidad que tiene el legislador de impedir deducir costos o gastos relacionados con la actividad productora de renta, no entraña una facultad absoluta u omnímoda. Por lo tanto, medidas de este tipo siempre deben soportarse sobre la base de elementos objetivos, tales como: a) la protección de la producción nacional, b) el fomento a la bancarización, c) el control para luchar contra la evasión o el fraude fiscal, o d) la eficiencia del sistema tributario, entre otros. Así la providencia indicada ratifica la necesidad de que las medidas tributarias que limiten de una u otra manera los derechos de los contribuyentes, como lo es la posibilidad de deducir los costos asociados a su actividad productora de renta, deban estar debidamente fundamentadas en fines constitucionales superiores. Esto comporta la obligación en cabeza del legislador de sustentar bajo criterios imparciales, ecuanimes y justos las restricciones a los derechos de los contribuyentes.

Esta postura fue ratificada en la Sentencia C-324 del 2022 M.P Diana Fajardo Rivera, en la cual, siguiendo la misma línea jurisprudencial la Corte ratificó que la limitación de ciertos beneficios tributarios se entiende ajustada a la constitución siempre que con esta se busquen proteger principios y fines constitucionalmente legítimos. De tal modo, la Corte determinó en forma expresa, clara y enfática que la inexistencia de estos fines o propósitos prevalentes en una disposición legal en la cual se limita el derecho a compensar los costos sociales del ejercicio de la actividad económica gravada, constituye una infracción del principio de justicia y con ello una violación de la Constitución Política.

En suma, de acuerdo a la jurisprudencia constitucional es posible afirmar que existen criterios claros que son aplicados al momento de resolver si una norma tributaria ha transgredido el orden justo. El primero de ellos se enfoca en determinar que la

inconstitucionalidad de una disposición legal por violación al principio de justicia tributaria se configura si se comprueba que la medida objeto de cuestionamiento es: **(i)** injustificada, **(ii)** desproporcionada, o **(iii)** contraria al régimen constitucional.

Por su parte una segunda evaluación se encamina a establecer si con la medida restrictiva se configura alguna de las siguientes condiciones:

- **a.** Se incorporen medidas que dificulten la eficiencia del recaudo.
- **b.** Se incorporen medidas que no sean progresivas.
- **c.** Se incorporen medidas que desconozcan la necesidad de compensar costos sociales que se derivan del ejercicio de la actividad económica gravada.

Finalmente, con fundamento en la jurisprudencia clara y reiterada de la Corte Constitucional, se hace innegable la limitación que en cuanto a la libertad configurativa en materia tributaria tiene el legislador, y por tanto se constata que bajo la línea jurisprudencial desarrollada es necesario que al momento de restringir las deducciones en materia tributaria, el legislador soporte tales disposiciones "límite" o "prohibitivas" sobre elementos objetivos, verificables, debidamente justificados y acorde con el régimen constitucional vigente. Esto quiere decir que no basta con que el legislador indique una razón cualquiera, sino que debe expresar una verdadera justificación que obedezca a un fin legítimo superior y que este sea suficiente en términos de razonabilidad y proporcionalidad para sustentar la medida restrictiva.

3.1.2. Las regalías son en sí misma un costo, calidad que no se desnaturaliza por el hecho de corresponder a una exigencia constitucional.

Habiendo analizado ya la posición de la Alta Corte sobre la noción de justicia tributaria y su configuración como instrumento límite a la libertad de configuración normativa, así como los elementos, reglas y subreglas que se han establecido para determinar cuándo una norma que impone una restricción a los contribuyentes desconoce el orden justo, es necesario referirnos a la medida objeto de demanda que suscita la presente intervención y a la naturaleza del recurso respecto del cual el legislador prohibió su tratamiento como gasto o costo y por ende su deducción en el impuesto de renta. Esto, para entrar a confirmar el carácter injustificado, desproporcionado y por ende contrario al régimen constitucional del inciso primero del parágrafo 1° del artículo 19 de la Ley 2277 de 2022, como lo alude el Demandante.

Pues bien, el origen jurídico de la contraprestación a título de regalía está fijado en la propia Constitución Política, concretamente en los artículos 360 y 361. De tal manera se tiene que el fundamento primigenio que da lugar al pago que prohibió tomar como deducible la disposición acusada de inconstitucionalidad, es precisamente un mandato constitucional.

La regalía es por definición constitucional una contraprestación que se paga al Estado por la explotación del recurso natural no renovable. La literalidad del artículo 360 no admite duda:

> *"Artículo 360. La explotación de un recurso natural no renovable causará, a favor del Estado, una contraprestación económica a título de regalía, sin perjuicio de cualquier otro derecho o compensación que se pacte. La ley determinará las condiciones para la explotación de los recursos naturales no renovables."*

De esta manera independientemente de si la regalía se paga en dinero o en especie, se concibe como el recurso económico que le pertenece al Estado, el cual constituye un beneficio para éste y correlativamente un costo para el contribuyente que lo asume. Este costo tiene una razón de ser, también constitucional, y es la explotación del recurso natural no renovable. Así pues el contribuyente transfiere al Estado las regalías en calidad de contraprestación por el derecho que le otorga el título minero a explotar el recurso natural no renovable.

La honorable Corte Constitucional al interpretar el artículo 360 superior, también ha sido consecuente con esta noción constitucional de regalía, indicando que se trata de una contraprestación que se causa por la explotación de los recursos naturales no renovables que son de propiedad del Estado, quien las recibe, por el hecho de conceder un derecho a explotar dichos recursos. Además ha señalado la Corte que este recurso hace parte del patrimonio del Estado. De este modo, en Sentencia C- 221 de 1997, M.P Alejandro Martínez Caballero, acotó:

> *"Las regalías están representadas por aquello que el Estado recibe por conceder un derecho a explotar los recursos naturales no renovables de los cuáles es titular, debido a que estos recursos existen en cantidad limitada. En cambio, los impuestos son cargas económicas que se imponen a los particulares con el fin de financiar los gastos generales del Estado, por lo cual estas obligaciones surgen del poder impositivo del Estado. En ese orden de ideas, las* ***regalías son ingresos públicos*** *pero no tienen naturaleza tributaria,* ***pues no son imposiciones del Estado sino contraprestaciones que el particular debe pagar por la obtención de un derecho****, a saber, la posibilidad de explotar un recurso natural no renovable. (…)"* (Subrayado propio)

Esta misma postura fue reafirmada en la Sentencia C-427 del 2002, M.P Clara Inés Vargas Hernández, al igual que en la Sentencia C-128 de 1998, M.P Fabio Morón Díaz. En esta última se señaló:

> *"En efecto, según el artículo 332 en concordancia con el artículo 360 de la Constitución Política estipula:*
> *a. Que el Estado es propietario del subsuelo;*
> *b. Que éste es el titular originario de las regalías;*
> *c. Que las regalías por la explotación de los recursos naturales no renovables son una especie de* ***contraprestación económica que hace parte del patrimonio del Estado****, y;*
> *d. Que el Estado da participación en las mismas a las entidades territoriales pero en los términos y condiciones determinados en la ley."* (Subrayado propio)

Las regalías constituyen un rubro esencial dentro de la actividad minera, sin el cual no es posible desarrollar ni obtener recursos de esta actividad económica, dado que es la misma Constitución la que le otorga carácter imperativo y en ese mismo sentido ha sido interpretado por la honorable Corte Constitucional. De forma coherente lo han dispuesto también las normas que regulan las regalías y su funcionamiento (Ley 141 de 1994 y Ley 2056 de 2020, entre otras) y aquellas que regulan de manera completa, especial, sistemática y con aplicación preferente la actividad minera en todas sus fases (Art. 227 Ley 685 de 2001 "Código de Minas"); al afirmar que toda explotación de recursos naturales no renovables de propiedad estatal genera una regalía como contraprestación obligatoria y que esta corresponde a un porcentaje, fijo o progresivo, del producto bruto explotado objeto del título minero.

En consecuencia es posible señalar que la regalía constituye un costo obligatorio por disposición constitucional, legal y contractual, de hecho, de acuerdo con el artículo 112 del Código de Minas el incumplimiento en el pago de esta obligación es causal para declarar la caducidad del contrato de concesión minera, aspecto que confirma su carácter ineludible para el contribuyente y la relación causal con la actividad productora de renta.

De acuerdo a lo indicado en este acápite, es necesario resaltar que para el caso concreto impedir la deducción de la regalía resulta ser una medida contraria a la Constitución, toda vez que al tener naturaleza de contraprestación obligatoria (y con esto costo o gasto) no es posible que el contribuyente pretenda adelantar la actividad de explotación de recursos naturales no renovables, sin efectuar el pago de la misma. En otras palabras, esta erogación es connatural e ineludible en el desarrollo de la actividad minera. Además, atendiendo al principio de supremacía constitucional la ley no podría darle a la regalía un efecto distinto al que le ha fijado la propia Constitución.

3.1.3. El sector minero debe soportar el registro de un ingreso equivalente al valor que es entregado al Estado a título de regalía, por lo que desconocer la deducción de regalías, es igual a gravar un ingreso que no tiene la virtualidad de incrementar su patrimonio.

Como ha quedado esbozado, la regalía es en esencia una contraprestación (un costo) asociado a la actividad económica productora de renta, que constituye un pago a un tercero, (el Estado) que no incrementa ni tiene la potencialidad de incrementar el parimonio del sujeto pasivo. Esta sola explicación es razón suficiente para argumentar que la medida cuestionada desvirtúa el hecho generador y por tanto, la naturaleza del impuesto sobre la renta, pues su finalidad es la obtención, en el año o periodo gravable de ingresos susceptibles de producir incremento neto del patrimonio al momento de su percepción, susceptible de enriquecer a quien lo percibe.

En tal virtud, tiene razón el Demandante cuando afirma que no es justo ni inequitativo que se le imponga a ciertos contribuyentes una carga tributaria onerosa, que se aúna al

deber de satisfacer todas las demás contraprestaciones a las que están obligados los mismos contribuyentes, más aún cuando este sector no ostenta ningún tipo de beneficio tributario que justifique o compense el efecto de la prohibición que incorpora la norma demandada.

También tiene razón el Demandante cuando afirma que se estaría tomando como hecho generador un ingreso que entra al patrimonio de manera coyuntural y transitoria, con el único fin de ser transferido al Estado, por lo que es necesario ratificar ante la honorable Corte que en ningún caso la regalía incrementa el patrimonio ni beneficia al contribuyente minero; esto porque tratándose del pago de regalías en dinero, pese a que transitoriamente pudieran registrarse dentro del inventario y/o ingreso de la Compañía las unidades vendidas, con la finalidad de monetizar los recursos que recibe el Estado por concepto de regalías, es evidente e innegable que dichos recursos no tienen la virtualidad de enriquecer al minero, pues no puede disponer de ellos libremente, no forman parte de su flujo de recursos.

Es por esta razón que se reconoce un ingreso y un costo, porque se requiere contar con las unidades en el inventario para poderlos vender y entregarle los recursos monetizados al Estado. De esta manera, el eliminar la deducibilidad del pago de las regalías constituye gravar en cabeza del minero, un ingreso del Estado. De acuerdo con lo dispuesto en la Ley 2056 de 2020 (Arts. 20 y 21) las regalías mineras son recaudadas por la Agencia Nacional de Minería y posteriormente transferidas por esta misma entidad a la Cuenta Única del Sistema General de Regalías que establezca la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Partiendo del mismo supuesto expuesto arriba, el Consejo Técnico de la Contaduría Pública (CTCP) como Organismo Orientador técnico-científico de la profesión y Normalizador de las Normas de Contabilidad, de Información Financiera y de Aseguramiento de la Información en el país, conforme a la Ley 43 de 1990, la Ley 1314 de 2009, se pronunció al respecto del tratamiento contable y naturaleza contable de la regalía mediante concepto Referencia: O-6-930, del 4 de noviembre de 2020, en el siguiente sentido:

> *"Respecto del tratamiento contable que debe darse a las regalías, para definir la política contable de una entidad del Grupo 1, del sector de industrias extractivas, se debe observar lo establecido en la NIC 8, en especial lo indicado para la selección y aplicación de políticas contables (NIC 8.7 a 8.12). Conforme a lo anterior, para efectos contables, las regalías pueden enmarcarse dentro de la definición de gravámenes, de la CINIIF 21, incorporada en el Decreto 2420 de 2015, los cuales, para efectos de esta norma, se consideran como "una salida de recursos que incorpora beneficios económicos, que es impuesta por los gobiernos a entidades de acuerdo con la legislación" (ver CINIIF 21.4)(…)"*

El CTCP desarrolla su concepto basado en la aplicación de las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF) que rigen la contabilidad en Colombia (Ley 1314 de 2009), en el cual concluye:

"En conclusión, cuando la obligación de pagar la contraprestación se origina a partir de la venta de los productos, estas deben reconocerse como gastos operacionales en el estado de resultados, cuando se cumplen los criterios de reconocimiento de dichos ingresos. Si la obligación de pagar la contraprestación (regalía) se establece a partir de los volúmenes de producción, ellas serían parte de los costos de producción, y por lo tanto se reconocerían como parte del costo del inventario.
De esta forma, solo hasta que se reconozca el ingreso, se reconocería el gasto del inventario en el estado de resultados, el cual también se nombra como "costo de ventas". Esto es consistente con lo establecido en el párrafo 34 de la NIC 2, la cual indica, que cuando los inventarios son vendidos, su importe en libros se reconocerá como gasto del periodo en el que se reconozcan los correspondientes ingresos de operación."

De esta manera desde el punto de vista técnico-contable, la regalía corresponde, en todos los casos a un costo asociado a la explotación del recurso natural no renovable. Cuando la regalía se paga en dinero[2] como es el caso del sector minero, constituye una salida de recursos por el porcentaje de la producción del mineral que le pertenece al Estado. El pago de regalías se reconoce entonces como un gasto operacional o bien como un costo de venta, de conformidad con las normas internacionales contables aplicables a Colombia. Siendo así, dicho pago de ninguna manera puede ser considerado como parte de la utilidad de la actividad minera para efectos del cobro de impuestos, donde el Estado recibe la regalía y además de manera alterna percibe otro porcentaje a título de impuesto de renta sobre el mismo valor.

Con esto tenemos que, bajo la realidad constitucional y contable, la regalía es en efecto un costo de la actividad productora de renta. Los recursos naturales no renovables de los cuales se deriva el pago de las regalías son de carácter público, no particular, así también lo es la regalía misma. De este modo, cuando el inciso 1 del parágrafo 1 del artículo 19 de la Ley 2277 dispone que la regalía no será deducible del impuesto a la renta y prohíbe su tratamiento como gasto o costo, está yendo en contravía de la noción constitucional y técnica de las regalías, aumentando de manera ficticia, injustificada y desproporcionada la utilidad del contribuyente para obligarlo a incluir en su base gravable y por ende a tributar sobre un recurso que no le pertenece, que no le genera aumento en su patrimonio, que por el contrario es un recurso de propiedad estatal.

Ahora, como se ha mencionado, la obligación en el pago de la regalía está establecida de manera expresa en la Constitución, y el porcentaje a pagar está determinado por la ley o por los contratos, esto significa que es una prestación, un gasto necesario y obligatorio pues el contribuyente no puede sustraerse de él. Además es proporcional, debido a que corresponde a un porcentaje de la producción. De este modo, están claramente acreditados los criterios de i) causalidad, ii) necesidad y iii)

[2] En el caso de la minería, el pago de la regalía solo puede hacerse en dinero, toda vez que no existe una disposición legal que regule dicha posibilidad ni una empresa estatal que reciba y comercialice la producción en el caso de ser pagado en especie, como sí ocurre con los hidrocarburos. Esta es entonces una imposibilidad generada por el Estado, más no atribuible a quien explota el recurso.

proporcionalidad que en materia tributaria han imperado en nuestro ordenamiento jurídico de forma reiterada para estimar la deducibilidad, especialmente de acuerdo a lo establecido por el artículo 107 del Estatuto Tributario.

Sobre este particular El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, en sentencia de 26 de febrero de 2020, Consejero Ponente Doctor Julio Roberto Piza, que cita una sentencia anterior de 12 de octubre de 2019, expresó:

> *"Corolario de lo anterior, tal como fue puesto de presente por esta Sala en sentencia del 12 de octubre de 2017 (exp. 19950, CP: Stella Jeannette Carvajal Basto), el objeto de la reforma fue el de igualar el procedimiento de depuración de la base gravable del impuesto sobre la renta de los organismos descentralizados con el empleado por el resto de contribuyentes del impuesto. Así, quedó claro que los pagos por concepto de regalías debían ser detraídos de la renta bruta, como corresponde a las deducciones, y no del impuesto a cargo liquidado, como ocurre con los descuentos tributarios (que era lo que daba a entender el texto del artículo 6.° del Decreto 1979 de 1974)."*

Como ha quedado de manifiesto las regalías corresponden a una contraprestación derivada de la actividad de explotación minera. Por lo cual, resulta necesario desde el punto de vista legal y constitucional, que, a efectos de determinar la base gravable del impuesto de renta, se detraigan del valor bruto de sus ingresos, los costos y gastos en los que incurrieron para la actividad productora de renta. Con base en esta máxima de derecho tributario se tiene que la depuración de la base gravable del impuesto sobre la renta a través de la deducción de las expensas constituye una manifestación del principio de progresividad en materia tributaria, en tanto evita que los contribuyentes que incurren en mayores erogaciones para el desarrollo de su actividad deban hacer un sacrificio tributario aún mayor.

En virtud del principio de justicia tributaria, y atendiendo a la filosofía inherente a la depuración del impuesto sobre la renta, al legislador le está vedado coartar de manera desproporcionada e injustificada la posibilidad que tiene el contribuyente de detraer las erogaciones inherentes al desarrollo de su actividad productora de renta, toda vez que ello materializaría una transgresión directa al principio de justicia a partir de una perspectiva subjetiva, relacionada con la determinación de la obligación de contribuir tributariamente. De considerar lo contrario, el desarrollo de determinadas actividades, tales como las relacionadas con la industria minera tendrían que afrontar una carga tributaria significativamente onerosa respecto al resto de contribuyentes, sin que medie una justificación constitucional admisible, en contravención a los principios de justicia, equidad, y progresividad y en contravía de la naturaleza que la misma Constitución le ha dado a la regalía.

Ahora bien, tomando la definición conceptual de la justicia tributaria acuñada por la Corte en el precedente previamente expuesto, se tiene que la justicia tributaria "*no puede pretender privilegios o castigos desproporcionadamente gravosos para situaciones*

particularizadas"[3]. La desproporción gravosa de la limitación a la aplicabilidad de un beneficio, o a la imposición de un castigo, debe evaluarse frente a cada circunstancia jurídica particular, lo cual obliga a revisar brevemente la depuración del impuesto sobre la renta.

Ante la prohibición de tomar como deducción en la depuración del impuesto sobre la renta el pago de la contraprestación a título de regalías por la explotación de los recursos naturales no renovables, se tiene que dicha medida afecta directamente la base a partir de la cual se calcula el impuesto sobre la renta de los contribuyentes que ejercen esta actividad y con ello, la estructura misma del impuesto, al impedir la procedencia del costo más representativo del ejercicio de dicha actividad generadora de empleo y de renta.

Si bien, el impuesto sobre la renta tiene múltiples particularidades y regulaciones de índole especial, la depuración de la base sobre la cual se liquida el mencionado tributo sigue un principio que constituye parte de su nucleo esencial, el cual, se encuentra contemplado en los artículos 26 y 178 del Estatuto Tributario. Estas disposiciones establecieron que el impuesto sobre la renta no es un gravamen que recae sobre los ingresos, sino que recae sobre la renta líquida, la cual se obtiene mediante la depuración de los ingresos, considerando para el efecto, entre otros, los costos y los gastos incurridos en la generación de dichos ingresos.

A partir de lo anterior, se evidencia que el orden justo y proporcional legalmente establecido para la determinación de la base o *quantum*, sobre la cual se debe liquidar el impuesto sobre la renta, contempla la totalidad de los ingresos ordinarios y extraordinarios recibidos por el contribuyente dentro de un determinado período, que tengan la susceptibilidad de incrementar el valor del patrimonio al momento de su percepción, siempre que no hayan sido exceptuados.

La depuración del impuesto sobre la renta, por lo tanto, toma los mencionados ingresos y de aquellos detraerá, en primer lugar, las devoluciones, rebajas y descuentos. Del resultado obtenido, denominado ingresos netos, se restan los costos en los que se haya incurrido directamente asociados con los ingresos, generando como resultado la renta bruta. De la renta bruta se detraerán los gastos, que sean necesarios y que tengan una relación de causalidad y sean proporcionales con la actividad productora de renta, dando como resultado la renta líquida. Este rubro salvo excepciones justificadas constituye la base sobre la cual se aplica la tarifa porcentual determinada para el impuesto sobre la renta.

Lo anterior quiere decir que el impuesto sobre la renta se calcula sobre un valor depurado, el cual considera los costos directamente relacionados con los ingresos percibidos, así como los gastos asociados con la actividad desarrollada. De no ser así, no se determinaría un tributo justo, al no considerar las expensas inherentes en las que

[3] Corte Constitucional Sentencias C-690 de 1996, C-492 de 2005, C-129 de 2018, C-056 de 2019.

se incurrió para generar el ingreso, ni medir la verdadera capacidad económica del contribuyente.

En esta misma línea, se tiene que uno de los principios rectores del derecho tributario, desarrollado sobre la base del principio constitucional de la justicia tributaria, es el principio de asociación, el cual determina que los ingresos percibidos se deben asociar con los costos y gastos que hubieren sido incurridos en la generación de aquellos, ello con el propósito de obtener resultados confiables y demostrativos de la realidad económica y la capacidad contributiva.[4]

Entonces el principio de justicia tributaria el cual propende porque el legislador no limite beneficios, ni establezca cargas o castigos desproporcionados, injustificados, ni contrarios al orden constitucional, se infringe directamente al establecer que un costo que tiene calidad de tal, sin el cual no se generaría el ingreso, y que es proporcional a la actividad productora, no puede ser tomado en la depuración del impuesto sobre la renta, sin más motivo o sustento jurídico – constitucional que el deseo subjetivo del legislador.

Si bien, la violación en la que incurrió el artículo 19, parcial, de la Ley 2277 de 2022, frente al principio de justicia tributaria regulado en el numeral 9° del artículo 95 de la Constitución Política, se manifiesta al haber determinado un tratamiento disímil injustificado para los contribuyentes que desarrollan en forma legal la explotación de recursos naturales no renovables, es importante resaltar que conforme con el precedente de la Corte la inconstitucionalidad derivada de la infracción al principio de justicia tributaria *"debe sustentarse no solo en la acreditación de un tratamiento diverso entre contribuyentes o situaciones jurídicas, sino que el mismo debe ser injustificado, manifiestamente desproporcionado o contrario al régimen constitucional que informa al sistema tributario"*[5]

3.1.4. El análisis de razonabilidad de la no deducibilidad de las regalías permite concluir que no existen razones constitucionales suficientes que justifiquen el trato diferenciado.

Considerando lo dispuesto anteriormente, entraremos a acreditar y desarrollar ante el honorable Despacho que el trato diferencial determinado por el legislador en el artículo acusado de inconstitucionalidad, ciertamente es injustificado y desproporcionado, y con ello contrario al régimen constitucional.

De acuerdo con la jurisprudencia citada en el capítulo 3.1.1 de este documento, de manera excepcional el legislador puede limitar la deducción de gastos independientemente de si cumplen con las condiciones previstas en los artículos 26 y 107 del Estatuto Tributario, siempre y cuando dicha limitación sea proporcional, esté

[4] Sentencia del 12 de mayo del 2010 proferida dentro del Expediente No. 17135. M.P Martha Teresa Briceño de Valencia.
[5] Sentencia C-056 de 2019. M.P Gloria Stella Ortiz Delgado.

acorde con la constitución, sea razonable y justificada en el sentido de perseguir un fin legítimo superior. En este sentido es pertinente evaluar si para el presente caso se cumplieron con tales condiciones constitucionales, revisión que abordará la génesis de la norma demandada desde de la exposición de motivos, en la cual se sustentó la limitación de la deducción de la contraprestación económica a título de regalías.

Sobre el particular en el numeral 3.2.3 de la mencionada exposición de motivos se adujo lo siguiente:

> *"Deducibilidad de regalías*
> *La Constitución Política en su artículo 332 determina que los recursos naturales no renovables contenidos en el subsuelo del territorio nacional pertenecen al Estado. En esa línea, el artículo 360 determina que la explotación de los recursos naturales no renovables (RNNR) causará, a favor del Estado, una contraprestación económica a título de regalía, sin perjuicio de cualquier otro derecho o compensación que se pacte, incluido los tributos que establece el Estado en el ejercicio de su función.* ***En este sentido, las empresas dedicadas a la exploración y explotación del subsuelo colombiano estarían sustrayendo ingresos del Estado cuya destinación está determinada por la carta magna del país****.*
>
> *Luego, es importante tener en consideración que la deducibilidad de las regalías en la determinación de la renta líquida del impuesto de renta y complementarios,* ***desconoce que la regalía no corresponde a un gasto derivado de la explotación de los recursos naturales sino a la contraprestación por el uso de un activo del Estado.*** *Así las cosas, es importante que las empresas dedicadas a la explotación y exploración de RNNR contribuyan a la financiación del gasto social, por las implicaciones sociales, ambientales y ecológicas que deriva la actividad económica, y por tanto las regalías merecen un tratamiento diferente* ***dado que no corresponden a algún costo o gasto relacionado con las actividades propias de producción, administración o comercialización del sector.****"* (Subrayado propio)

Una lectura literal de la exposición de motivos transcrita evidencia que tal como lo explicamos en un acápite anterior, el legislador basó la prohibición de deducir las regalías en una premisa errada, pues afirmó que las regalías no eran ni podían entenderse como costo o gasto de la actividad. Evidentemente lo son y han sido siempre entendidas y catalogadas como tal desde el punto de vista financiero y contable de acuerdo con las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF) que rigen la contabilidad en Colombia (Ley 1314 de 2009).

Por tanto, consideramos que la explicación dada por el Gobierno en la exposición de motivos de la Ley 2277 de 2022 para impedir la deducibilidad de las regalías aludiendo a su carácter de "contraprestación constitucional"; no sólo no es una razón válida para imponer esta medida, sino que es un planteamiento contradictorio, pues precisamente la razón para permitir la deducibilidad de la regalía es su carácter de contraprestación, pago, costo, erogación, retribución, remuneración, tarifa, contrapartida o resarcimiento, entre otros sinónimos[6] que se pueden usar para catalogarla, y en tal sentido procede su depuración de la base gravable del impuesto a la renta.

[6] Corte Constitucional Sentencias: C-251 de 2003 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y C-221 de 1997 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Además otras de las razones a partir de la cual se buscó sustentar la prohibición de tomar como deducción el pago de las regalías, no constituye un elemento cierto, dado que las empresas dedicadas a la explotación del subsuelo colombiano no están sustrayendo o despojando de los "*ingresos*" al Estado. Por el contrario, con el pago de las regalías el contribuyente está precisamente compensando al Estado por la concesión del derecho a la explotación de los recursos naturales, con lo cual, se desvirtúa la justificación inicial sobre la cual se soportó una de las disposiciones acusadas de inconstitucionalidad. Si la afirmación de la exposición de motivos fuera cierta, bajo esa misma lógica cualquier recurso que deba pagar las empresas al Estado no podría ser deducido del impuesto a la renta. Claramente no es así, ni para la generalidad de contribuyentes (que constituye el primer grupo respecto del cual existe un trato inequitativo en comparación con quienes explotan recursos naturales no renovables), pero tampoco para las empresas que también pagan al Estado "contraprestaciones" por el derecho a usar y a explotar bienes o recursos públicos (segundo grupo) dado que éstas si pueden depurar de su base gravable dichos costos.

Ni la justificación expuesta en pocos párrafos en la exposición de motivos de la ley objeto de demanda, ni las ponencias presentadas dentro del debate legislativo satisfacen el principio de razonabilidad. En el presente caso no se evidencia la existencia de un análisis de la medida que se adopta, para verificar que esta obedece al resultado de un juicio de ponderación que ha estimado la afectación de los derechos que justifican su trato diferenciado y que, por lo tanto, es la medida más idónea para lograr el fin deseado por la norma. Tampoco se consideraron los impactos que tienen para la permanencia del sector minero e industrial del que dependen miles de familias, y por ende, la afectación que generaría a los recursos de la nación y del Sistema General de Regalías y a los beneficios económicos y sociales que estos recursos representan para el bienestar social.

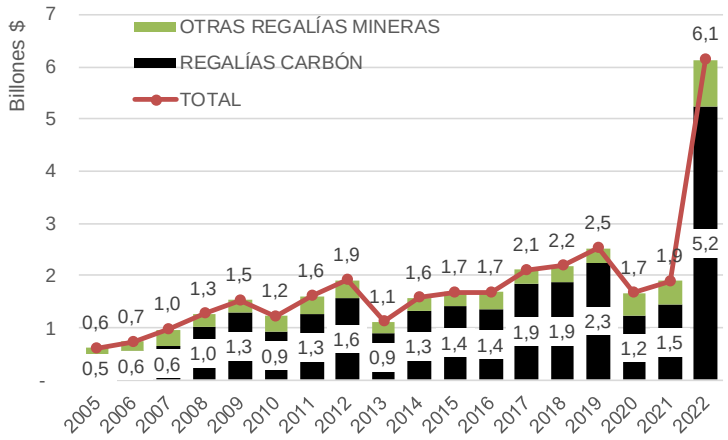
Adicionalmente, se lee de la exposición de motivos que las empresas dedicadas a la explotación de los recursos naturales no renovables deben contribuir con la financiación del gasto social. Esto debe ser así y este sector se encuentra comprometido con este fin. Las empresas que se dedican a la explotación de recursos naturales no renovables de manera legal contribuyen con el bienestar social no sólo con el pago de cargas tributarias, sino también con la asunción de diversas cargas fiscales distintas a las regalías y que son propias de la actividad o que se encuentran pactadas en los contratos que rigen los proyectos. Por lo tanto se considera que esta afirmación induce a error, pues da a entender que las empresas no contribuyen actualmente al gasto social, situación que a todas luces desconoce la realidad de los aportes del sector a la economía y a las regiones.

De acuerdo con el artículo 361 de la Constitución, los recursos del Sistema General de Regalías (SGR) al cual el sector minero aporta el 24% se destinan al financiamiento de proyectos para el desarrollo social, económico y ambiental de las entidades territoriales, a inversiones físicas en educación, a ciencia, tecnología e innovación; a la generación de

ahorro público; para aumentar la competitividad general de la economía buscando mejorar las condiciones sociales de la población, entre otras.

Para el caso del carbón, sólo este mineral aporta más del 80% de las regalías mineras al SGR, de acuerdo a la información promedio de los últimos 18 años.

Aportes al SGR del carbón y otros sectores mineros (Billones $)



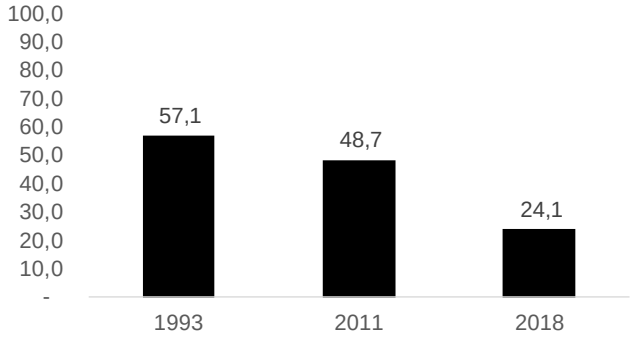
Fuente: ANM

Más de un tercio de la economía en los departamentos del Cesar y La Guajira dependen de la extracción del carbón (en el departamento de La Guajira más del 40% del PIB proviene del carbón y en el Cesar cerca del 37%). Para los municipios donde se realiza la actividad, se estima que la participación en la economía supera el 80%.

De acuerdo a la información del DANE, la minería de carbón genera 50 mil empleos directos en el país y se estima que por cada empleo que se genera en carbón se generan cerca de 5 empleos adicionales. Adicionalmente, se estima que por cada peso que se genera en carbón se generan 2,2 pesos adicionales en otros sectores de la economía gracias a los más de 8 billones de pesos en bienes y servicios que las empresas de carbón compraron solo en el año 2021, en donde 2 de cada 3 pesos fueron compras en el territorio y las distintas áreas de influencia.

La generación de empleo y la dinámica empresarial por cuenta de las actividades de minería carbón han permitido que las necesidades básicas insatisfechas en los municipios cuya actividad principal es el carbón se hayan reducido a la mitad en los últimos 25 años, de acuerdo a la información del Dane.

Necesidades Básicas Insatisfechas en municipios donde se explota carbón[7]



Fuente: DANE

Esto sin duda alguna representa una responsabilidad mayor para el legislador, en el sentido de evaluar con detenimiento la adopción de medidas impositivas como lo es la prohibición de deducir las regalías, la cual constituye un grave desincentivo de esta actividad y por tanto un alto impacto en la economía y el desarrollo del país.

Ahora, desde un punto de vista de los aportes fiscales de este sector, de acuerdo a la información pública más reciente (DIAN y ANM), la minería contribuyó con más de 6 billones de pesos entre regalías, impuestos y otras contribuciones en 2021. Alrededor del 80% de dicho aporte corresponde a la extracción de carbón. Esto con una participación de la minería en la economía nacional de apenas el 2,1% en 2021 y de 3% en 2022.

Es así como por cada punto de participación en la economía, la minería y el petróleo aportan $1,4 billones en impuesto de renta. Esto para 2021. Significa que - proporcional a su tamaño – la minería genera el doble de aportes que la manufactura, 3 veces los del sector de telecomunicaciones o financiero, y casi 8 veces los aportes en renta de la agricultura.

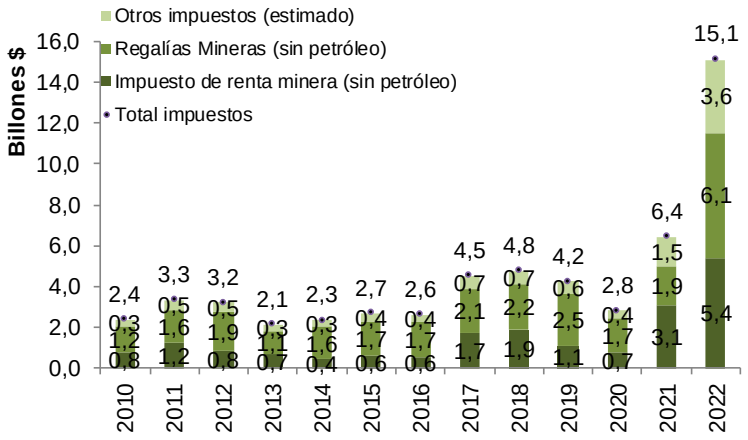
Si se observa el aporte en impuestos por cada punto de participación en la economía, el carbón y el petróleo son los sectores que mayores aportes realizan a la nación en relación con el porcentaje de su peso en la economía. Esto significa que incrementar la producción minera tiene un impacto positivo - más que significativo - en el recaudo de impuestos. Siendo así, la prohibición de deducir las regalías de la base gravable del impuesto sobre la renta, no sólo constituye una violación a los preceptos constitucionales, sino también un desincentivo a la explotación de recursos naturales

[7] Las Necesidades Básicas son una medida que establece qué porcentaje de hogares tienen alguna de las necesidades básicas sin atender. Estas son, acceso a servicios, a empleo, a vivienda, a educación, a acueducto y alcantarillado y salud principalmente. Cuando el indicador se acerca a 100 es porque hay más hogares con algunas de estas necesidades insatisfechas y cuando se acerca a 0 es porque hay menos hogares con dichas necesidades insatisfechas. La evidente reducción de 57,1 en 1993 a 24,1 en 2018 es consecuencia distintos factores en donde la generación de empleo y regalías juegan un papel fundamental.

no renovables, que tendrá una clara repercusión en la disminución de recursos del SGR.

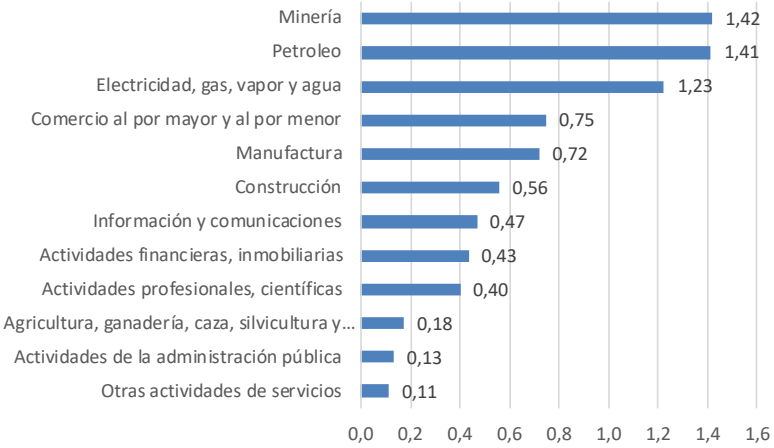
Ahora, si se pretendiera reemplazar los recursos que genera la actividad, tomando como base el 2022, sería necesario duplicar todo el sector manufacturero en el país o incrementar en 6 veces la actividad de construcción o en 11 veces el agro colombiano.

Aporte en impuestos, regalías y contribuciones (Billones $)



Fuente: DIAN, ANM, Cálculos ACM

Aporte en impuesto de renta como porcentaje del tamaño en la economía (Billones $)



Fuente: DIAN, DANE, Cálculos ACM

En este sentido, resaltamos que de acuerdo al artículo 80 de la Constitución Política es deber del Estado planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales y que de acuerdo al artículo 334 superior el Estado podrá intervenir en la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad

fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes. Siendo así, por la importancia de la actividad minera para la generación de recursos públicos encaminados a satisfacer necesidades públicas y garantizar acceso a derechos fundamentales, consideramos que el legislador cuenta con un mayor grado de exigencia y responsabilidad a la hora de analizar los impactos de las medidas impositivas, las cuales no sólo podrían constituir (como es el presente caso) una carga onerosa para los contribuyentes que la padecen, sino también un efecto "retroceso" en la generación de recursos para el bienestar social.

Pues bien, retomando el texto de la exposición de motivos, concretamente en el numeral 4.2.4, se menciona lo siguiente:

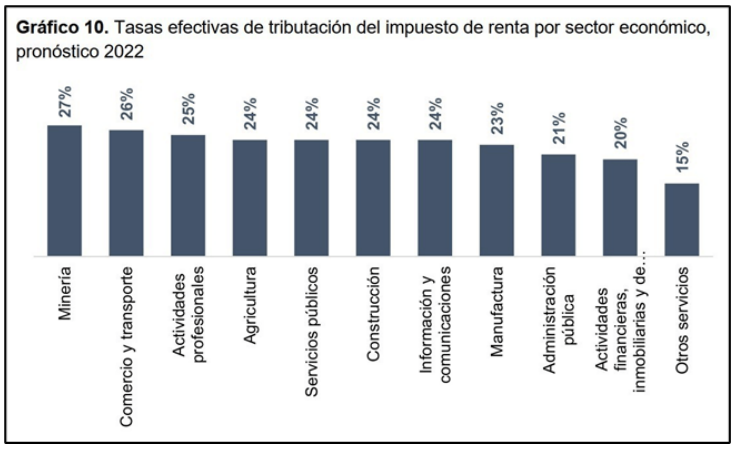
> *"Eliminación de deducibilidad de regalías*
> *Dentro de las medidas contenidas en esta iniciativa legislativa, se encuentra la modificación de artículo 115 del Estatuto Tributario, de tal manera que las regalías pagadas por las empresas por el desarrollo de actividades de producción minera y petrolera no serán deducibles para efectos de la determinación de la renta líquida gravable del impuesto de renta y complementarios. Como se resaltó en el capítulo 3 de este documento, el pago de regalías no se debe interpretar como un impuesto deducible o costo asociado a la actividad propia de explotación de los recursos naturales no renovables, sino como la contraprestación económica por la explotación de los recursos naturales de los cuales es propietario el Estado. Es así, como dando aplicación a los artículos 332 y 360 de la Constitución Política resulta viable esta limitación; en el entendido que no resulta equitativo,* ***considerando las bajas tasas efectivas de tributación de estas entidades del sector minero y petrolero, que sea la Nación quien asuma, injustificadamente, la detracción de las regalías por la explotación de los recursos no renovables de todos los ciudadanos****."* (Subrayado propio)

Conforme a lo anterior se determinó que el pago de las regalías no constituye un pago tributario, esta afirmación es correcta dada la sustancialidad del pago, el cual como se demostró previamente es un costo de producción al asociarse directamente con la actividad productora de renta. No obstante, el hecho de que el Estado sea el propietario de los recursos naturales no renovables, no constituye un motivo razonable para limitar la deducción de las regalías, pues esto no es relevante para un análisis de la procedencia de la deducción de un costo en la depuración del impuesto sobre la renta, máxime considerando que ante situaciones análogas, como la contraprestación económica por el derecho a explotar y utilizar el espectro radioeléctrico del Estado[8], los valores pagados al Estado por el derecho de explotar sus activos, sí son deducibles del impuesto sobre la renta.

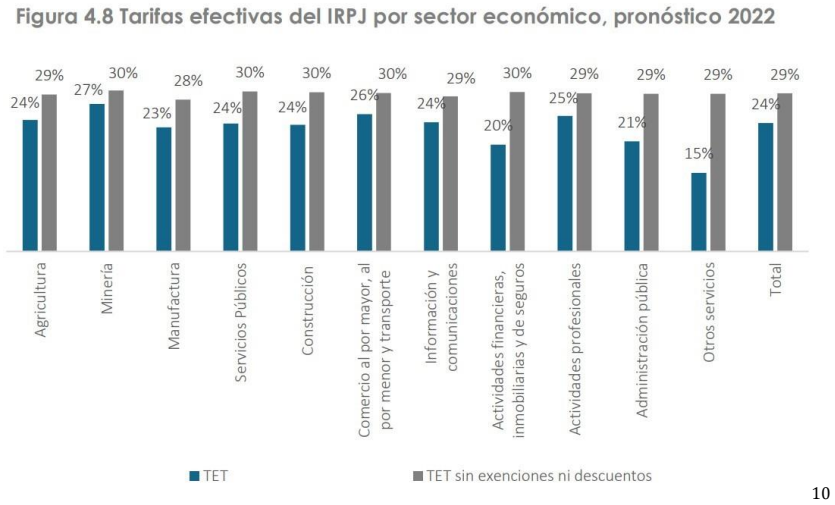
Finalmente, la exposición de motivos cierra con una aseveración contraria a la realidad, pues indica que las entidades del sector minero y petrolero detenten una Tasa Efectiva de Tributación baja. Esto no es cierto. De hecho el propio proyecto de reforma tributaria presentado por el Gobierno[9] reconoce que la mayor Tasa Efectiva

[8] DIAN, Oficio 901354 de febrero 22 de 2022; Oficio 912694 de octubre 11 de 2021; Oficio 100192467- 0460 de 28 de febrero de 2023.
[9] Exposición de motivos publicada en la Gaceta del Congreso 917 de 12 de agosto de 2022. Página 29.

de Tributación (TET) esperada por sectores, a cierre de 2022, corresponde al sector minero:



A su vez, es igualmente el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (2020) y la Comisión de Expertos en Beneficios Tributarios (2021), quienes concluyen que la industria minera es el sector que **menos beneficios tributaros** tiene y por tanto esta condición genera una mayor Tarifa Efectiva de Tributación, tal y como se muestra a continuación:



[10]

Tal como quedó explicado, la exposición de motivos presentada por el Gobierno contiene afirmaciones contradictorias sobre la Tasa Efectiva de Tributación del sector minero, que dejan en evidencia con mayor ahínco la ausencia de elementos objetivos, verificables que expresen en términos de razonabilidad una verdadera justificación para la adopción de la prohibición contenida en la norma demandada. Tampoco se justifica en la exposición de motivos ni en las ponencias del debate legislativo, un fin

[10] Informe de la Comisión de Expertos en Beneficios Tributarios (2021).

legítimo superior para sustentar la medida restrictiva y mucho menos se revisa, considera o analiza el impacto que tiene esta medida para el SGR y las afectaciones que tendría para las regiones cuyas economías dependen de esta actividad.

Además, es importante destacar que la carga tributaria a cargo del sector minero, no solo resulta ser la más alta a nivel nacional, sino que adicionalmente el sector minero colombiano ostenta la tasa de participación más alta a nivel Latinoamérica, tal y como lo ha determinado la Unidad de Planeación Minero Energética – UPME (2015):

Comparación entre países de la participación del Estado en la renta minera

Tabla 48 Comparación entre países de la participación del Estado en la renta minera

Mineral / País	Brasil	Chile	Colombia	México	Perú
Carbón	58,1	30,3	91,4	60,1	47,2
Oro	58,9	28,5	72,9	59,2	47,3
Cobre	53,6	33,3	68	59,3	47,3
Roca fosfórica	55,4	42,8	57,6	59,9	50,8
Ponderado	**56,6**	**31,3**	**73,7**	**59,5**	**47,8**

Fuente: UPME, con base en Consorcio BOYD WSP. (2015). Estrategia para consolidar el atractivo de Colombia como destino de inversión minera.

[11]

Así también es necesario resaltar que la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), organismo al cual pertenece el Estado colombiano desde el año 2019[12], al analizar los efectos de la reforma tributaria presentada por el Gobierno nacional, señaló que el incremento de la tasa de tributación efectiva al sector de extracción de recursos minero- energéticos requiere de un estudio profundo sobre el espacio disponible para aumentar la tributación de este sector productivo en relación con sus competidores directos.

Todo lo anterior, ratifica el hecho de que, con la implementación de la medida acusada, la Tasa Efectiva de Tributación del sector minero pasaría a niveles muy superiores en contraste con las tarifas de la región[13]. Esto constituye una clara desventaja competitiva para las empresas mineras de nuestro país, respecto de las instauradas en el resto del mundo. De hecho los países de la OCDE y muchos otros que tienen actividad minera establecen las regalías que pagan por la explotación de recursos naturales no renovables como deducibles, tal como lo muestra el cuadro realizado por el Fondo Monetario Internacional.

[11] UPME (2017). Plan Nacional de Desarrollo Minero con Horizonte a 2025.
[12] Ley 1950 de 2019. Ley 1958 de 2019. Corte Constitucional. Sentencia C-098 de 2020. M.P. Gloria Stella Ortiz. Corte Constitucional. Sentencia C-492 de 2019. M.P. José Fernando Reyes.
[13] OCDE (2022). Comentarios sobre la propuesta de reforma tributaria en Colombia.

TODOS LOS PAÍSES MINEROS QUE PERTENECEN A LA OCDE DEDUCEN LAS REGALÍAS

Argentina: "En el proceso de depuración de la renta "todos los impuestos pagados a los gobiernos federales y municipales son deducibles, incluso las regalías"

Australia: "La base gravable es igual a los ingresos brutos menos: costo operativos, depreciación, costos de exploración, costos de cierre de mina, impuestos provinciales de regalías mineras,…" entre otros.

Brasil: "La renta gravable equivale a los ingresos brutos menos: costos operativos, depreciación, costos de exploración, costos de cierre de mina, tarifas por superficies ocupadas (cánon superficiari), regalías minerales…" entre otros.

Canadá: A partir del año 2007, las regalías mineras provinciales pagadas son completamente deducibles de las rentas liquidas gravables a los fines de los impuestos federales. En el caso del impuesto a la renta federal, para las dos provincias analizadas, Alberta y Quebec, se concluyó que el impuesto de renta del [10% u 11,9% según el caso] "se grava sobre la misma base gravable que el impuesto federal"

Chile: "Para las minas representativas, la base gravable se calcula como los ingresos brutos menos: costos de operación, depreciación, costos de exploración, costos de cierre de mina, regalías por minerales, cánon superficiario…" entre otros.

Indonesia: "Las regalías mineras, las cargas sobre la nómina a cargo del empleador, los impuestos al valor agregado, las cargas / impuestos de importación y la retención de intereses son deducibles", entre otros.

Perú: "La base gravable se analiza como ingresos brutos menos costos operativos, depreciación, costos de exploración, costos de cierre de mina, la regalía modificadas (con vigencia apartir de septiembre de 2011)", para las compañías que operan si acuerdo de estabilización "el gravamen especial a la minería también se deduce a los fines del impuesto".

Sudáfrica: "Para calcular la renta gravable minera, las compañías pueden deducir […] [I]as regalías de minería, las cargas sobre la nómina a cargo del empleador, los impuestos al valor agregado y la retención en la fuente..", entre otros.

Table 8. Main Features of Corporate Income Tax in Mining Countries

Country	Tax rate	Depreciation rates	Use of tax losses	Deductibility of mining taxes
Australia				
South Australia	30.0%	Exploration: Immediate Development: SL (10 years)	Unlimited	Yes
Western Australia	30.0%	Exploration: Immediate Development: SL (10 years)	Unlimited	Yes
Brazil	34.0%	Exploration: SL (5 years) Development: SL (5 years)	Unlimited	Yes
Canada				
British Columbia	27.0%	Exploration: Immediate Development: DB (30%)	20 years	Yes
Quebec	26.5%	Exploration: Immediate Development: DB (30%)	20 years	Yes
Chile	27.0%	Exploration: SL (6 years) Development: SL (6 years)	Unlimited	Yes
China	25.0%	Exploration: SL (10 years) Development: SL (10 years)	5 years	Yes
United States	26.0%	Exp. & Dev. (70%): Immediate Exp. & Dev. (30%): SL (5 years)	Unlimited	Yes
DRC	30.0%	Exploration: SL (2 years) Development: SL (2 years)	5 years	Yes
Indonesia	20.0%	Exploration: SL (4 years) Development: SL (4 years)	10 years	Yes
Mexico	30.0%	Exploration: SL (8 years) Development: SL (8 years)	10 years	Yes
Mongolia	25.0%	Exploration: SL (10 years) Development: SL (10 years)	Unlimited	Yes
Russia	20.0%	Exploration: Immediate Development: SL (2 years)	Unlimited	Yes
Zambia	30.0%	Exploration: Immediate	10 years	No

Source: FARI library of fiscal regimes.
Note: SL means straight line, DB means declining balance.

De acuerdo con lo anterior, **Colombia se convertirá en el único país a nivel mundial que no admite la deducibilidad en las regalías**. Teniendo en cuenta que Zambia, país listado en la tabla anterior, emitió una ley que permite la deducibilidad al considerar que "es una doble imposición y un desincentivo a la inversión" y "estar en línea con las prácticas internacionales" (https://acmineria.com.co/blog-minero-13/).

De este modo, al margen de las razones de incostitucionalidad expuestas por el Actor en la Demanda, las cuales compartimos, el análisis de la medida también deja en evidencia que si las regalías no son entendidas como un costo de la operación, se pondrá en grave riesgo la permanencia y viabilidad de muchos de los proyectos mineros actuales y futuros, situación que repercutirá necesariamente en la generación de recursos para el sostenimiento del Estado y el desarrollo de las regiones.

Igualmente, debemos indicar que de mantenerse la prohibición de deducir las regalías en el ordenamiento jurídico, será imposible incentivar la exploración de los minerales que se necesitan para el proceso de transición energética. El país se quedaría sin los incentivos para ampliar los proyectos actuales dado que el Estado capta el 90% de las utilidades de una operación, tal como lo desarrollaremos a continuación (Sección 4.1.2.1.).

En conclusión, con fundamento en lo anteriormente expuesto queda constatado que no existió dentro del trámite legislativo justificación constitucional para sustentar la prohibición a la deducibilidad de las regalías, pues esta se basó en simples supuestos subjetivos, en algunos casos contradictorios, y carentes de razonabilidad. Por lo tanto, esto genera una carga injusta y desproporcionada para los contribuyentes que se

dedican a la explotación de recursos naturales no renovables al haberse restringido su derecho a depurar de la base gravable del impuesto sobre la renta, un costo necesario e inherente a su actividad económica como lo es la "regalía". La medida demandada además de ser desproporcionada es inequitativa dado que generará que la explotación del sector minero-energético en Colombia detente la Tasa Efectiva de Tributación más alta de la región, poniendo en riesgo las inversiones futuras y la estabilidad macroeconómica del país.

Por las anteriores razones, en consideración de la Asociación Colombiana de Minería el artículo 19 parcialmente acusado de inconstitucionalidad, es contrario a la Carta Superior, en tanto configura un trato injustificado y desproporcionado que desconoce la estructura misma del impuesto sobre la renta.

4. LA NO DEDUCIBILIDAD DE LA CONTRAPRESTACIÓN ECONÓMICA A TÍTULO DE REGALÍA POR LA EXPLOTACIÓN DE RECURSOS NATURALES NO RENOVABLES DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA, ES UNA MEDIDA TRIBUTARIA *INEQUITATIVA* QUE LIMITA INJUSTIFICADAMENTE LOS DERECHOS DE LOS CONTRIBUYENTES DEDICADOS A LA INDUSTRIA DE LA MINERÍA GENERANDO UNA TRIBUTACIÓN DESPROPORCIONADA Y CONTRARIA AL ARTÍCULO 95 NUMERAL 9° DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA.

4.1.1. La no deducibilidad de las regalías constituye un trato inequitativo debido a que no consulta la real capacidad contributiva de las empresas que explotan recursos naturales no renovables.

Con relación al principio de equidad, el cual se encuentra inescindiblemente vinculado al principio de justicia tributaria, la honorable Corte Constitucional ha establecido que la equidad constituye un elemento fundamental integrante del marco que acota la libertad configurativa del legislador. Del mismo modo ha indicado la Corte que el principio de equidad tributaria está vinculado a la evaluación de la capacidad de pago del contribuyente, a fin de que exista una directa proporción entre el ingreso y la carga tributaria.

Así las cosas, para que la estructura de un tributo sea constitucional, no basta con que el legislador haya sido quien profiera la norma en ejercicio de su amplia capacidad configurativa, ni que la misma alegue una razón justificada para su imposición (aspectos que en todo caso no se presentan en el caso en concreto), sino que además el tributo debe estar estructurado sobre la base de una capacidad económica o capacidad de pago material y real. La equidad tributaria también implica, según la jurisprudencia que: *"La tributación tiene que reparar en las diferencias de renta y riquezas existentes en la sociedad, de modo que el deber fiscal, expresión de la*

solidaridad social, tome en cuenta la capacidad contributiva de los sujetos y grupos y, conforme a ella, determine la carga fiscal" (Sentencia C-183 de 1998).

En la Sentencia C-209 de 2016. M.P. Jorge Iván Palacio, la Corte desarrolló el principio de la equidad tributaria atándolo inescindiblemente al concepto de la capacidad económica o capacidad de pago de los contribuyentes, estableciendo para el efecto que la equidad necesariamente tenía que evaluar la idoneidad real de la posibilidad económica de tributar, y no una idoneidad teórica:

> *"En este orden de ideas, la equidad tributaria ha sido entendida como "un criterio con base en el cual se pondera la distribución de las cargas y de los beneficios o la imposición de gravámenes entre los contribuyentes para evitar que haya cargas excesivas o beneficios exagerados. Una carga es excesiva o un beneficio es exagerado cuando no consulta la capacidad económica de los sujetos pasivos en razón a la naturaleza y fines del impuesto en cuestión [141]". Tiene tres implicaciones: "Una, el monto a pagar por concepto del tributo debe definirse atendiendo a la capacidad de pago del contribuyente. Dos, los sujetos o grupos de sujetos en iguales condiciones, a la luz del principio de capacidad de pago, deben como regla ser gravados de manera igual. Tres, el tributo no puede ser o tener implicaciones confiscatorias".*
>
> *La capacidad contributiva, ha sostenido la Corte, es la posibilidad económica de tributar, esto es, "la idoneidad subjetiva, no teórica sino real, en cuanto depende de la fuerza económica del sujeto, para ser llamado a cumplir con el deber de pagar tributos". Por tanto, llamar a quienes carecen de esa capacidad contributiva a soportar una carga pública resulta contrario a la justicia tributaria, ni es automáticamente equiparable a la capacidad adquisitiva."*

Con fundamento en lo anterior, queda claro que desde el ámbito constitucional el principio de equidad tributaria debe ser evaluado en cada caso particular atendiendo a los efectos económicos que se derivan de cada situación y en especial midiendo la capacidad contributiva o capacidad de pago de los contribuyentes a gravar. De lo contrario, estaremos ante una medida inconstitucional.

Respecto a la correlación que debe existir entre capacidad económica y determinación de cargas impositivas, así como la justificación de las medidas limitativas del derecho a depurar los costos y gastos como deducciones del impuesto sobre la renta, encontramos que la Sentencia C-293 de 2020 M.P Gloria Stella Ortiz y Cristina Pardo, resolvió lo siguiente:

> *"Sobre el deber de tributar, este Tribunal ha establecido que uno de los principios de la tributación es su carácter obligatorio. Bajo este entendido, la política tributaria establecida por el Estado si bien se funda en el deber ciudadano y el principio de solidaridad, no puede ser excesiva al punto de afectar la calidad de vida de los ciudadanos. En tal sentido, debe sustentarse en estrictos criterios de razonabilidad y proporcionalidad que permitan la imposición de un impuesto con atención a la real capacidad contributiva de los sujetos pasivos. De esta manera, garantiza la materialización de los principios de equidad y justicia tributaria. (…)*
> *46. El concepto de capacidad contributiva se deriva del deber de solidaridad, lo cual lo convierte en un principio autónomo que se entiende como la condición individual y concreta para pagar tributos.* ***De igual forma, se trata de una capacidad relativa y debe basarse en índices reveladores de riqueza****. También, ha sido entendida como la fuerza calificada,*

> *cuantitativa y cualitativa para medir una capacidad idónea, real y cierta de las personas para pagar tributos."* (Subrayado propio)

La misma providencia insiste en que el establecimiento justo y proporcionado de una medida impositiva debe establecer la efectiva idoneidad objetiva del sujeto pasivo:

> *47. La jurisprudencia constitucional ha sostenido que la capacidad contributiva se define como la posibilidad económica de tributar y no se agota en la simple verificación del ingreso del sujeto pasivo. En otras palabras, se trata de* ***"(...) la idoneidad subjetiva, no teórica sino real, en cuanto depende de la fuerza económica del sujeto, para ser llamado a cumplir con el deber de pagar tributos".*** *Por tal razón, el establecimiento justo y proporcionado de un impuesto debe observar la capacidad económica del obligado. Bajo esta perspectiva, si bien es un postulado que no está expresamente establecido en la Constitución, se deriva de los principios de igualdad, solidaridad, equidad, progresividad y no confiscatoriedad.*
> *La Sentencia C-580 de 1992 recordó que cualquier modelo de tributación debe atender a "(...) la efectiva idoneidad objetiva del sujeto presuntamente obligado por la norma tributaria para concurrir con su esfuerzo tributario a soportar y financiar las cargas públicas".* ***En tal sentido, es imprescindible que exista una correlación entre la imposición y un índice de riqueza o de capacidad económica del sujeto obligado. Dicho ejercicio no se agota en la simple verificación de un ingreso determinado."*** *(Subrayado propio)*

La jurisprudencia recién citada, la cual hace parte de la línea jurisprudencial clara y reiterada de la Corte Constitucional, expone que los principios constitucionales determinan en forma expresa que la estructura del sistema tributario, así como la contribución que realicen los sujetos obligados, debe basarse en los criterios de la razonabilidad objetiva y la proporcionalidad real.

En razón a lo anterior, es posible indicar que la medida demandada sobre la cual se emite el presente concepto, no sólo atenta contra el principio de justicia antes desarrollado, sino que además contraviene el principio de equidad tributaria, toda vez que determinó una carga desmesurada, que no contempló la real capacidad contributiva de las empresas dedicadas a la explotación de recursos naturales no renovables. La norma acusada dejó de lado que la capacidad económica o contributiva no es un sinónimo de ingreso, sino que debe medir la riqueza sobre un elemento de incremento patrimonial, lo cual necesariamente debe considerar los costos directos asociados con la producción de la actividad objeto de restricción.

Determinar la capacidad contributiva de las empresas del sector minero requiere, además de una justificación basada en elementos objetivos, proporcionales que persigan un bien legítimo superior, un entendimiento real del impacto que tendría la medida restrictiva en la rentabilidad de las inversiones, para de esta manera establecer si el retorno esperado aplicando la prohibición supera el mínimo previsto para un inversionista del sector minero.

Existe evidencia suficiente dentro del campo científico-económico que permite establecer cuál es el retorno mínimo esperado para una determinada inversión,

segmentado por sectores económicos. Las estimaciones que se realizan en el presente capítulo se refieren al sector carbón. Consultada dicha evidencia, se puede indicar que el retorno de inversión mínimo esperado en el desarrollo de un proyecto minero no puede ser inferior al resultado del modelo de fijación de precios de activos de capital CAPM[14] (Capital Asset Pricing Model, por sus siglas en inglés) que corresponde a la rentabilidad que un inversor debe esperar, para que dicha inversión sea viable. Esto, considerando los distintos riesgos a los que se enfrenta el sector.

Un estudio realizado por la firma de consultoría especializada en el análisis de proyectos y planes económicos y sociales, Econometría[15], calculó el CAPM del sector carbón para el año 2021 determinando que el mismo es de 12,29%, lo que implica que es esta la rentabilidad mínima esperada, la cual, si se compara con la rentabilidad sobre patrimonio (ROE por sus siglas en inglés[16]) que se obtiene en el año 2021 para el sector minero en Colombia, antes y después de la reforma tendríamos lo siguiente:

14 La fórmula del CAPM corresponde a:

$$k_e = r_f + \beta(R_m - r_f) + R_p)$$

En donde:

r_f : Corresponde a la Tasa libre de riesgo; es decir, es el rendimiento que se puede obtener al invertir en un valor libre de riesgo. Usualmente, se utilizan como activos libres de riesgo los bonos del Tesoro de Estados Unidos, en específico el rendimiento del Tesoro de ese país a 10 años.

β : Es la medida del riesgo sistémico del patrimonio de la empresa o el sector. Representa la volatilidad o el riesgo de una acción, en este caso de las compañías del sector, en relación con todas las demás acciones del mercado.

$(R_m - r_f)$: Es la prima por riesgo de mercado obtenida (S&P 500) calculada como la diferencia entre el riesgo de mercado y el retorno del activo libre de riesgo.

R_p : Corresponde a la prima por riesgo país.

15 Econometría, disponible en su página web en https://econometria.com.co/, de la cual se extrae la siguiente imagen:

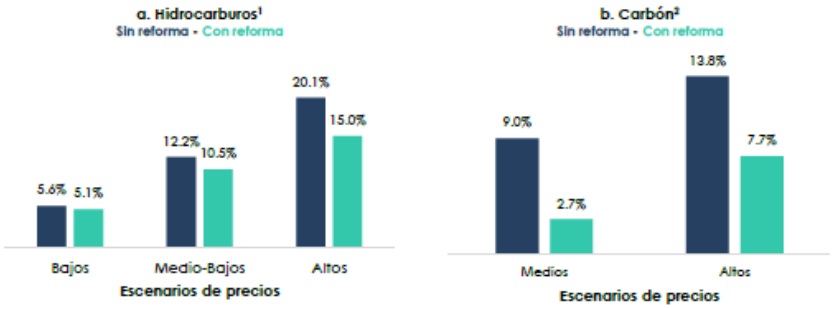
Variable	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021
Wd	**37,94%**	**33,50%**	**28,27%**	**36,42%**	**34,86%**	**36,59%**	**30,82%**
Kd COP	7,81%	8,76%	9,04%	8,89%	8,61%	7,93%	6,72%
DEV	1,00%	0,88%	0,83%	0,87%	0,92%	1,18%	1,37%
Kd USD	**6,75%**	**7,82%**	**8,14%**	**7,95%**	**7,63%**	**6,67%**	**5,27%**
We	**62,06%**	**66,50%**	**71,73%**	**63,58%**	**65,14%**	**63,41%**	**69,18%**
Ke (CAPM)	**12,82%**	**13,19%**	**13,53%**	**13,21%**	**14,82%**	**12,00%**	**12,29%**
Rf cop usd	6,17%	6,59%	6,48%	6,31%	5,96%	5,39%	5,46%
Rf usd (US T Bonds 10 y)	0,98%	0,53%	3,03%	0,95%	2,56%	4,64%	3,13%
Rf usd	4,96%	4,91%	4,88%	4,83%	4,88%	4,95%	4,84%
βd desapalancado ajustado por efectivo	1,07	1,1	1,2	1,09	1,35	0,98	1,02
βL apalancado	1,46	1,43	1,48	1,48	1,84	1,37	1,33
Rm USD	4,54%	4,62%	4,77%	4,66%	4,83%	4,84%	5,13%
Tx	**39%**	**40%**	**40%**	**37%**	**33%**	**32%**	**31%**
WACC USD antes de Impuestos	**15,61%**	**17,24%**	**18,48%**	**16,23%**	**17,06%**	**13,63%**	**13,95%**
WACC USD después de Impuestos	**9,52%**	**10,34%**	**11,09%**	**10,22%**	**11,43%**	**9,27%**	**9,63%**

16 ROE, Return on Equity: Rentabilidad sobre el patrimonio, corresponde a la utilidad neta (después de impuestos) sobre el valor del patrimonio contable.

Concepto / periodo	2021[17]
ROE antes de no deducibilidad regalías y sobretasa	24,4%
ROE después de no deducibilidad regalías y sobretasa[18]	6,9%

Lo anterior significa que, antes de la reforma tributaria la rentabilidad mínima esperada en el año 2021 para el sector minero según el CAPM es de 12,29%, y el ROE para el mismo año es de 24,4%. Sin embargo, cuando se realiza el mismo ejercicio con las medidas de la reforma tributaria estimando que se aplicaran al año 2021 para el sector carbón, arroja una rentabilidad (ROE) sobre el patrimonio para el sector minero para el año 2021 de 6,9%. Es decir, la reforma tributaria genera una reducción del ROE del sector por debajo de la tasa mínima esperada para el inversionista, siento el ROE de 6,9% y la tasa mínima esperada del 12,29%. De hecho, el mismo Ministerio de Hacienda establece que por cuenta de la reforma, el sector de carbón llegaría a una rentabilidad inferior al 3% en época de precios medios y por debajo del 8% en época de precios altos, como lo identifica en el documento "Tasa Efectiva de Tributación para la extracción de hidrocarburos y carbón en Colombia", gráfica 5, así:

Gráfica 5. ROE antes y después de reforma según escenario de precios



1. Los años de referencia son: 2016 para precios bajos, 2018 para precios medio-bajos y 2014 para precios altos.
2. El año de referencia para precios altos es 2012. Respecto a los precios medios, se toma como referencia el promedio de los años 2014 y 2016, debido a la heterogeneidad en la información disponible.
Fuente: Cálculos DGPM-MHCP, con base en datos DIAN.

Si se quisiera revisar con mayor profundidad la rentabilidad mínima esperada para el sector, debe reconocerse que las compañías no sólo se financian a través de la inversión realizada por los accionistas sino también se apalancan con recursos de terceros, a través de la deuda, por lo que una medida de rentabilidad correspondería al WACC (Weighted Average Cost of Capital por su definición en inglés o Costo promedio ponderado del capital)[19], en donde se pondera por una parte la inversión de

[17] Econometría, disponible en su página web, en https://econometria.com.co/.
18 Para el año 2021 sería aplicable tanto la no deducibilidad de las regalías como la sobretasa contemplada en el artículo 10 de la Ley 2277 de 2022, con un porcentaje de 10%, al ubicarse en el parámetro de precios altos.
19 WACC (Weighted Average Cost of Capital) cuya fórmula indica:

los accionistas o fondos propios y de otra parte la financiación que se obtiene de terceros. Este cálculo, para el sector carbón, publicado por Econometría[20] es para el año 2021 de 13,95%, antes de impuestos y de 9,63% después de impuestos, que al compararlo con la rentabilidad del sector luego del impacto de las medidas implementadas con la Ley 2277 de 2022 (ROE de 6,9%) es superior, lo que indica que el sector no sería capaz de cubrir la rentabilidad mínima de ni del accionista ni de los terceros. Teniendo en cuenta que esta conclusión corresponde al impacto aislado de las medidas tributarias implementadas, dichas medidas denotan un carácter confiscatorio.

Es necesario expresar que uno de los supuestos identificados por la jurisprudencia nacional para efectos de determinar si una respectiva medida contraviene el principio de equidad tributaria, es cuando el tributo es o tiene implicaciones confiscatorias. Ha explicado la jurisprudencia que esto sucede cuando la obligación fiscal implique una expropiación de facto de la propiedad privada o de los beneficios de la iniciativa económica de los particulares, de modo que dicha actividad productiva deba destinarse exclusivamente al pago del tributo e impide el logro de ganancia para el sujeto pasivo del mismo.[21] Como se muestra en las estimaciones arriba indicadas, la actividad productiva gravada del carbón, con las medidas de la reforma tributaria quedaría en un estado tal, que no podría cubrir al menos la rentabilidad mínima esperada.

Incluso si se quisiera llegar a un escenario ilógico de comparar el ROE del sector, antes y después del impacto de las medidas implementadas por la Ley 2277 de 2022, se podría identificar las rentabilidades que una inversión libre de riesgo en Colombia ofrece. En este caso se identificó una emisión de bonos Yankee[22] por parte del Gobierno y la cotización del año 2021, para mantener la comparación en el mismo

---

$$WACC_{antes\ de\ impuestos} = Wd \cdot Kd + We \cdot \left(\frac{Ke}{1 - Tx}\right)$$

$$WACC_{después\ de\ impuestos} = Wd \cdot Kd \cdot (1 - TX) + We \cdot Ke$$

En donde:

Variable	Definición
Wd	Ponderador de la deuda sobre el total, equivale al siguiente valor: Wd = D/(D+E)
We	Ponderador del patrimonio de los accionistas, equivale a: We = 1 - Wd
D	Deuda financiera total valorada a precios de mercado
E	Patrimonio de los accionistas valorado a precios de mercado
Kd	Costo promedio ponderado de la deuda financiera.
Ke	Costo del capital propio, el cual se obtiene de aplicar los parámetros del modelo CAPM
Tx	Tasa de tributación vigente

Tomado de Econometría.

[20] Ver referencia 15.

[21] Sentencia C-293 de 2020.

22 Bono Yankee, bono soberano emitido por el Gobierno de Colombia en dólares estadounidenses, anunciado el 1ro de junio de 2020 y emitido el 4 de junio de 2020. Las rentabilidades reales del año 2021 fueron calculadas por Ernst & Young SAS, disponibles en https://www.ey.com/es_co/tax/transfer-pricing-planning-ome

periodo del tiempo, se observa un rendimiento máximo del 7,2%, lo que resultaría más rentable que la inversión en el sector carbón en Colombia.

De esta forma se puede concluir que la no deducibilidad de las regalías afecta el retorno de las inversiones al punto de hacerlas inviables, desde la racionalidad financiera de los negocios, para los inversionistas, lo cual sin duda pone en riesgo la continuidad de las actividades, en la medida en que para un inversionista será mucho mejor recibir un rendimiento puro y simple originado en el capital, que incurrir en el desarrollo de un actividad económica fundada sobre riesgos inmensos que además se ve incidida por una clara afectación de la inversión, situación que no solo pone en riesgo la percepción de recursos por concepto de regalías para los territorios, sino el empleo y sostenibilidad de las familias que dependen en nuestro país de esta actividad.

4.1.2. Impacto específico de la medida acusada, en relación con la rentabilidad de las empresas mineras

Considerando la jurisprudencia que ha desarrollado la honorable Corte Constitucional para determinar cuando una medida es confiscatoria, tenemos que la confiscatoriedad de la norma dependerá del impacto que la carga fiscal impuesta al contribuyente tenga en la rentabilidad de su negocio, y la forma en la que esta rentabilidad se compara con la rentabilidad mínima esperada de acuerdo con los riesgos que asuma en el sector. Así, en la jurisprudencia de la Corte Constitucional acerca del principio de equidad se establece que: *"…un tributo es confiscatorio cuando la actividad económica del particular se destina exclusivamente al pago del mismo, de forma que no existe ganancia"*[23]

Pues bien, en el presente capítulo expondremos algunas consideraciones sobre la estimación de la rentabilidad a nivel sectorial. Para calcular la rentabilidad o utilidad comercial se debe identificar el valor del ingreso y también la estructura de costos. Estos últimos, los costos de producción, dependen de un sin número de elementos propios de cada mina: la logística, el descapote, los equipos, el acceso a energía, el desarrollo de infraestructura para la extracción, el acceso al mineral, la distancia para la disposición de estériles y muchos más. De forma tal que resulta imposible establecer un único número relacionado con costos de producción que aproxime la generalidad de un sector diverso como el minero.

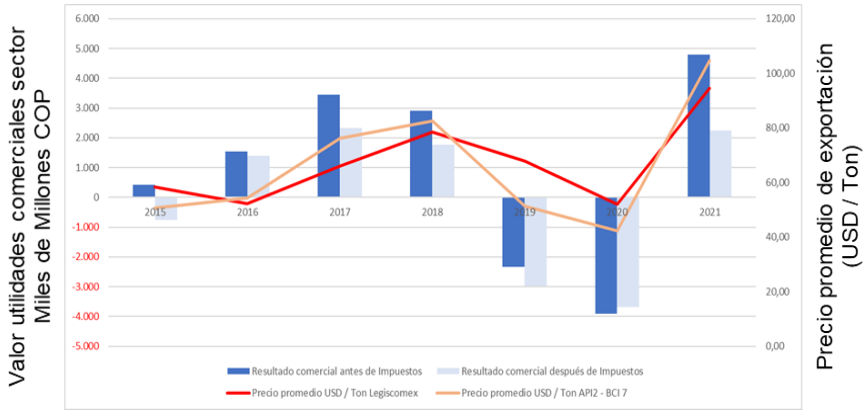
En el país, los costos de producción son dispersos no solo por las condiciones de extracción del mineral y la cercanía al puerto sino además por las inversiones necesarias para la operatividad de la mina.

[23] Sentencia C-492 de 2015, No. 41

Si bien el resultado anual varía de acuerdo con el nivel de inversiones, el modelo de contratos de largo plazo y otros elementos propios de cada operación, resulta evidente que, por ejemplo, para el carbón un precio promedio inferior de alrededor de 60 USD/ton lo deja en situación de pérdida contable y por encima de ese valor, en promedio, el sector da utilidades.

A continuación se muestra gráficamente esta información:

Relación de utilidades comerciales antes y después de impuestos y precios promedio de exportación de las empresas de carbón



Fuente: Cálculos propios con información de Supersociedades CIIU 0510 correspondiente a Extracción de hulla (carbón de piedra), Precios Legiscomex y Precios API2 – BCI7.

Gráficamente se observa que en el año 2021 (Precio histórico más alto) se observa un aporte a nivel de impuestos superior al de todos los demás años, reflejado como la diferencia entre las barras azul oscuro y azul claro.

Dicho esto, es importante entender el impacto de la no deducibilidad de las regalías en la rentabilidad de las compañías del sector carbón, considerando que es este sector de la minería uno de los que mayor porcentaje de regalía paga.

Para ello, en un primer análisis, se realizan 2 aproximaciones del impacto de una medida como la establecida en la reforma: i) en el Government Take; y ii) en la Tasa Efectiva de Tributación.

4.1.2.1. Impacto en el Government Take

Lo primero a mencionar es que el concepto de "Government Take" (GT) se entiende como la proporción de las utilidades de un proyecto que el gobierno captura vía impuestos, regalías y otras compensaciones económicas o cargas fiscales, es decir,

este concepto no sólo contempla las cargas tributarias que el Estado establece en ejercicio de su poder impositivo, sino, otras cargas económicas que por disposición legal o contractual deba pagar el proyecto[24]. Siendo así, el GT se constituye como el porcentaje de utilidades totales que le corresponden al Estado en un determinado proyecto.

De esta forma un proyecto genera unos ingresos y, por supuesto, unos costos antes de pagar cualquier impuesto. Esta diferencia entre los ingresos y los costos es la utilidad potencial y sobre esta utilidad el Estado capta unas ganancias - vía impuestos, regalías y compensaciones - mientras que el privado capta unas ganancias - vía utilidad -, así:

Concepto	Valor (M $)
Ingresos operacionales	100
Costos (bienes de capital, empleos, otros)	60
Impuestos asociados a la producción	10
Utilidad antes de impuestos	30
Impuesto de renta (35%)	10,5
Utilidad despues de impuestos	**19,5**

En este ejercicio la utilidad potencial es $40 (Ingresos (100) – Costos (60)) y el GT resulta de obtener proporción de pago de impuestos, $20,5 en este ejemplo ($10,5 por el impuesto de renta y $10 por otros impuestos asociados a la producción), frente a los $40 de utilidades potenciales, en este caso:

$$GT = \frac{\$20{,}5}{\$40} = 51\%$$

En minería, el valor histórico del GT minero puede variar entre el 70% y el 90%, muy por encima de la participación que otras jurisdicciones realizan sobre las utilidades de un proyecto como lo muestra la UPME en sus estudios:

Tabla 48 Comparación entre países de la participación del Estado en la renta minera

Mineral / País	Brasil	Chile	Colombia	México	Perú
Carbón	58,1	30,3	91,4	60,1	47,2
Oro	58,9	28,5	72,9	59,2	47,3
Cobre	53,6	33,3	68	59,3	47,3
Roca fosfórica	55,4	42,8	57,6	59,9	50,8
Ponderado	**56,6**	**31,3**	**73,7**	**59,5**	**47,8**

Fuente: UPME, con base en Consorcio BOYD WSP. (2015). Estrategia para consolidar el atractivo de Colombia como destino de inversión minera.

[24] El sector minero tiene distintas cargas fiscales de carácter tributario y no tributario, tal como se señala en la Sentencia C-251 de 2003 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Si bien un GT cercano al 90% es muy poco atractivo para las inversiones porque mientras todo el riesgo y la operación lo asumen las empresas, el Estado capta el 90% de las utilidades. Esta situación ya por demás inequitativa, puede incluso llegar a que, en el momento en el que el GT supere el 100% se puede decir con total claridad que es confiscatorio porque, parafraseando la Sentencia de C-492 de 2015, No. 41, *"…la actividad económica del particular se destina exclusivamente al pago del mismo, de forma que no existe ganancia".*

Veamos entonces el impacto de la no deducibilidad de las regalías en la situación financiera de las compañías del sector carbón. Para ello, hemos establecido un precio de 67,5 USD/ton[25], de acuerdo con las proyecciones con el que el Gobierno ha planteado el presupuesto del Sistema General de Regalías para el carbón, y un costo de producción promedio de 59 USD/ton que responde al promedio observado de la producción nacional[26].

Así mismo se plantea una tarifa promedio de regalías que supera el 10% establecido en la Ley, que pueden llegar hasta 15%, de tal manera que 12,5% ha resultado ser un valor promedio que pondera de manera adecuada la realidad de la industria en el país.

De esta forma, el ejercicio se presenta en dos columnas. En la primera, se contemplan las condiciones previas al 2022 donde la regalía se podía reconocer como un costo deducible y en la segunda bajo las condiciones establecidas en la Ley 2277 de 2022 en donde se prohíbe dicha deducibilidad.

[25] Precio que resulta de calcular la mediana (percentil 50) de la serie de precios proyectada por el Gobierno en el presupuesto del Sistema General de Regalías para el periodo 2023 a 2032. Página 52, Tabla 2. Disponible en: PL-205S-2022.pdf (acmineria.com.co)

[26] Cálculos propios tomando como referencia información de la estructura de costos y gastos del sector de extracción de carbón térmico para el promedio de los últimos cinco (5) años de información financiera disponible (2021 a 2017) cuya fuente es Superintendencia de Sociedades, descontando el valor de las regalías efectivamente recaudadas cuya información fue tomada de la UPME (disponible en: Carbon (upme.gov.co)). Valor que en pesos colombianos se tradujo a dólares estadounidenses con la tasa de cambio promedio publicada por el Banco de la República del mismo periodo de tiempo. Y se comparó con el número de toneladas producidas publicadas por la UPME (disponible en: Carbon (upme.gov.co)). El cálculo se indica a continuación:

Concepto / Año	2021	2020	2019	2018	2017	Consolidado (2017 a 2021)
Valor costos y gastos totales del sector, datos antes de la utilidad comercial antes de impuestos (Cifras en pesos colombianos en millones). Fuente: Supersociedades (A)	14.767.045	14.715.794	19.651.820	17.416.555	15.161.811	81.713.024
Valor regalías totales recaudadas del sector. (Cifras en pesos colombianos en millones). Fuerte: UPME (B)	1.907.708	1.111.910	2.002.857	2.273.428	1.716.999	9.012.902
Valor costos y gastos totales del sector, sin regalías (Cifras en pesos colombianos en millones). (C = A - B)	12.859.337	13.603.884	17.648.963	15.143.127	13.444.811	72.700.122
Tasa Representativa del Mercado (Pesos colombianos por dólar estadounidense) promedio en el año. Fuente Banco de la República (D)	3.743	3.693	3.281	2.956	2.951	
Valor costos y gastos totales del sector, sin regalías (Cifras en dólares estadounidenses). (E = C / D * 1.000.000)	3.435.489.131	3.683.334.520	5.378.990.363	5.122.098.416	4.555.520.684	22.175.433.114
Cantidad de toneladas producidas por el sector. (Cifras en toneladas). Fuerte: UPME (F)	58.990.702	53.616.504	85.442.485	86.392.115	91.296.399	375.738.205
Estructura de costos y gastos por unidad producida en dólares estadounidenses (G = E / F)	58	69	63	59	50	**59**

Cálculo del GT (%) para una tonelada producida de carbón bajo los escenarios de deducibilidad y no deducibilidad de las regalías

Escenario cálculo del GT para el sector de extracción de carbón térmico	Con deducibilidad de las regalías	Sin deducibilidad de las regalías
Tarifas		
Tarifa de regalías observada (A)	12,5%	12,5%
Tarifa del impuesto sobre la renta (B)	35%	35%
Depuración de la renta líquida y liquidación de impuesto sobre la renta		
Precio internacional regalías (API2 - BCI7) - USD/Ton (Precio mediana de la serie de precios proyectada por el Gobierno en el presupuesto del Sistema General de Regalías para el periodo 2023 a 2032) (C)	67,50	67,50
Precio de venta (FOB Colombia) - USD/Ton (Asumiendo que corresponde al mismo precio internacional) (C)	67,50	67,50
Costos y gastos de producción antes de regalías e impuestos - USD/Ton (Calculado como el valor promedio observado en el sector de extracción de carbón término en el promedio de 2021 - 2016) (D)	59,00	59,00
Regalías - USD/Ton (E = C * A * 80%) (80% como promedio observado de ajuste por transporte del mineral)[27]	6,75	6,75
Renta líquida fiscal - USD/Ton (F con deducibilidad de regalías = C - D - E) (F sin deducibilidad de regalías = C - D)	1,75	8,50
Utilidad comercial antes de impuestos - USD/Ton (G = C - D - E)	1,75	1,75
Impuesto de renta - USD/Ton (H = G * B)	0,61	2,98
Cálculo del Government Take		
Pago de impuestos y regalías - USD/Ton (I = E + H)	7,36	9,73
Utilidad comercial después de impuestos - USD/Ton (J = G - H)	1,14	(1,23)
Impuesto de dividendos (20%) - USD/Ton (Aplicable únicamente cuando se presenta utilidad comercial después de impuestos positiva. (K = J * 20%)	0,23	-
Utilidad después de impuestos y dividendos - USD/Ton (L = J - K)	**0,91**	**(1,23)**
Government Take (GT = (I + K) / (I + K + L))	**89%**	**114%**

[27] Como prueba del rigor del ejercicio desarrollado se validó el porcentaje de las regalías como el costo de ventas del sector en el promedio de los últimos años se identificó dicho porcentaje así:

Concepto / Año	2021	2020	2019	2018	2017	2016	2015
Costo de ventas (incluido el valor de regalías) Millones de pesos. Fuente Supersociedades (A)	12.834.277	11.761.019	16.545.283	16.336.641	13.979.146	12.913.401	13.064.979
Valor regalías totales recaudadas del sector. (Cifras en pesos colombianos en millones). Fuerte: UPME (B)	1.907.708	1.111.910	2.002.857	2.273.428	1.716.999	1.313.059	1.402.464
Regalías / costo de ventas (C = B/A)	14,9%	9,5%	12,1%	13,9%	12,3%	10,2%	10,7%

Lo que evidencia el cálculo anterior es que por cuenta de no poder deducir las regalías, la renta líquida se incrementa de 1,75 USD/ton a 8,5USD/ton, lo que por supuesto se traduce en un incremento en el pago de impuesto sobre la renta de 0,61USD/ton a 2,98USD/ton, generando una utilidad fiscal que no responde a la realidad contable de las compañías en donde por cuenta de la no deducibilidad de las regalías se está pagando un impuesto sobre la renta a pesar de no estar generando utilidades.

Es así como el Government Take pasa de **89%**, deduciendo las regalías, a **114%** sin la deducibilidad de las regalías, generando una situación altamente inequitativa de acuerdo con las consideraciones constitucionales desarrolladas por la jurisprudencia nacional.

Un efecto similar ocurre cuando se analiza el impacto de la no deducibilidad de las regalías sobre el concepto de "Tasa Efectiva de Tributación".

4.1.2.2. Impacto en la Tasa Efectiva de Tributación (TET)

De acuerdo con las normas internacionales de contabilidad (IAS 12), la TET se configura como el porcentaje del impuesto de renta que corresponde a la utilidad comercial, antes de impuestos.

$$TET = \frac{Impuesto\ de\ renta}{Utilidad\ comercial\ antes\ de\ impuestos}$$

El concepto busca determinar que porcentaje de la utilidad contable (ingresos menos costos y gastos) se destina como impuesto sobre la renta a la Nación. En países como Argentina[28] o Francia[29] se establece que un valor superior al 50% ya se puede determinar como confiscatorio.

Para el caso de estudio que estamos analizando la no deducibilidad de las regalías para el carbón térmico establece un escenario de confiscatoriedad toda vez que la TET supera el 100%, es decir que por cuenta de la no deducibilidad de las regalías el impuesto de renta está capturando la totalidad de la utilidad comercial antes de impuestos, así:

[28] Sentencia del 16 de diciembre de 1911, Rosa Melo Canes contra Buenos aires, reiterada y desarrollada por los fallos del 19 de abril de 1940, Carlos Julio Bunge y del 14 de marzo de 1945 José Uriburu, entre otros.
[29] Sentencias 2005-530, 2012-662, 2013684 y 2013685 del Consejo Constitucional Francés.

Cálculo de la TET (%) para una tonelada producida de carbón bajo los escenarios de deducibilidad y no deducibilidad de las regalías

Escenario cálculo de la TET para el sector de extracción de carbón térmico	Con deducibilidad de las regalías	Sin deducibilidad de las regalías
Tarifas		
Tarifa de regalías observada (A)	12,5%	12,5%
Tarifa del impuesto sobre la renta (B)	35%	35%
Depuración de la renta líquida y liquidación de impuesto sobre la renta		
Precio internacional regalías (API2 - BCI7) - USD/Ton (Precio mediana de la serie de precios proyectada por el Gobierno en el presupuesto del Sistema General de Regalías para el periodo 2023 a 2032) (C)	67,50	67,50
Precio de venta (FOB Colombia) - USD/Ton (Asumiendo que corresponde al mismo precio internacional) (C)	67,50	67,50
Costos y gastos de producción antes de regalías e impuestos - USD/Ton (Calculado como el valor promedio observado en el sector de extracción de carbón término en el promedio de 2021 - 2016) (D)	59,00	59,00
Regalías - USD/Ton (E = C * A * 80%) (80% como promedio observado de ajuste por transporte del mineral)	6,75	6,75
Renta líquida fiscal - USD/Ton (F con deducibilidad de regalías = C - D - E) (F sin deducibilidad de regalías = C - D)	1,75	8,50
Utilidad comercial antes de impuestos - USD/Ton (G = C - D - E)	1,75	1,75
Impuesto de renta - USD/Ton (H = G * B)	0,61	2,98
Cálculo de Tasa Efectiva de Tributación		
Impuesto de renta - USD/Ton (H = G * B)	0,6	3,0
Utilidad comercial antes de impuestos - USD/Ton (G = C - D - E)	1,8	1,8
Tasa Efectiva de Tributación (TET = H / G)	**35%**	**170%**

Es así como en el escenario de mediano plazo, la TET pasa de 35% a 170%, y demostrando de forma contundente la inequidad y exceso de onerosidad que resulta de la no deducibilidad de las regalías.

De otra parte, se revisó el cálculo de la TET realizado por Econometría para el año 2021 y para el período comprendido entre 2021 y 2015 con los siguientes resultados.

Concepto / periodo	2021	Consolidado 2021 - 2015
TET previo a la no	53,3%	90,2%

Concepto / periodo	2021	Consolidado 2021 - 2015
deducibilidad de las regalías [30]		
TET posterior a la no deducibilidad de las regalías[31]	86,9%[32]	157,9%

Nótese como en el periodo comprendido entre 2021 y 2015, que normaliza la información financiera base concluye que el impacto de la no deducibilidad de las regalías es confiscatorio al resultar en una TET superior al 100%. Así mismo permite confirmar el escenario previamente desarrollado, de acuerdo con las cifras observadas en el sector.

En tal sentido, la situación generada por la norma demandada sobre la cual se conceptúa, indudablemente representa una carga excesiva y desproporcionada a cargo de los sujetos pasivos de la norma, imponiendo un gravamen indiscriminado sobre su actividad económica sin medir las consecuencias económicas y sociales que tendría en el panorama productivo y laboral nacional, sin que adicionalmente sobre dichas medidas exista una justificación constitucional superior que las soporte.

Así las cosas, se tiene que la norma demandada vulnera el principio constitucional de equidad tributaria en la medida en que grava de manera irrazonable una actividad económica sin consultar su verdadera capacidad contributiva, la cual, de acuerdo con las estimaciones arriba expuestas quedaría desbordada, al punto que llevaría al sector a una inviabilidad financiera, por cuenta de la no deducibilidad de las regalías. Por tanto, la medida Demandada constituye un impuesto regresivo, que no mide la capacidad contributiva, que es inequitativo, contrario a la justicia confiscatorio de los beneficios económicos de una actividad legal necesaria para el desarrollo del país.

[30] Econometría, Disponible en https://econometria.com.co/.

[31] Cálculos propios basados en la información publicada por Econometría que resulta del promedio simple de la (UAI) Utilidad Antes de Impuestos y del Impuesto a ganancias, y el recalculo de la TET así:

a. Cálculos antes de la no deducibilidad de las regalías

Promedio simple Impuesto a las ganancias (2021 a 2017)	994.171.806
Promedio simple AUI (2021 a 2017)	1.102.521.643
TET promedio 2021 a 2017	90,2%

b. Cálculos después de la no deducibilidad de las regalías y sobretasa (solo 2021)

Promedio simple Impuesto a las ganancias (2021 a 2017)	1.740.452.226
Promedio simple AUI (2021 a 2017)	1.102.521.643
TET promedio 2021 a 2017	157,9%

Esta información no se encuentra deflactada.

[32] De acuerdo con los cálculos de Econometría, para el año 2021 es también aplicable el cálculo de la sobretasa establecida en la Ley 2277 de 2022, por lo que la incorporan en el cálculo de la TET.

4.1.3. La no deducibilidad de las regalías constituye un trato inequitativo frente a las actividades que en desarrollo de obligación constitucional y/o legal deben sufragar regalías o derechos por el uso de bienes del Estado, quienes no tiene limitación para su deducibilidad.

Hasta aquí ha quedado establecido que de acuerdo a la línea jurisprudencial de la honorable Corte Constitucional, una medida tributaria que no consulte la capacidad contributiva, grave en forma desigual a contribuyentes en la misma posición económica, grave a contribuyentes con una menor capacidad contributiva en forma más gravosa, o determine una confiscatoriedad de los beneficios económicos de una actividad bajo la medición de un impacto desproporcionado, incurrirá en una violación del principio de equidad tributaria y por ende devendrá inexequible, al contrariar directamente la Constitución Política.

A más de los argumentos esbozados hasta el momento, para el caso en concreto, consideramos que la prohibición de deducir las regalías constituye una transgresión del principio de equidad tributaria, en cuanto supone un trato abiertamente discriminatorio (en sentido horizontal) respecto a la generalidad de los contribuyentes, pues a estos últimos sí les está permitido determinar su renta líquida gravable siguiendo lo dispuesto en los artículos 26 y 107 del Estatuto Tributario, así como las normas técnicas internacionales financieras aplicables en Colombia. Este trato disímil e inequitativo para las empresas que se dedican a la explotación de recursos naturales no renovables, respecto al que se otorga a la generalidad de contribuyentes (Grupo a) por sí mismo constituye una transgresión al principio de equidad tributaria debido a que la distinción de trato se dispone sin ninguna justificación razonable tal como quedó justificado en el capítulo anterior.

Pero también existe un trato discriminatorio y por tanto, contrario a la noción de justicia y equidad para las empresas que se dedican a la explotación de recursos naturales no renovables, respecto a otras empresas (Grupo b) que se les permite depurar de su base gravable para efectos del impuesto a la renta, todos los costos asociados a su operación, y en especial aquellos relacionados con pagos de tarifas, contraprestaciones o cualquier otro derecho que deban pagar al Estado por el uso, concesión y/o explotación de recursos de propiedad del Estado.

Las empresas que se estiman como sujetos comparables para estos efectos son: **i)** las empresas que manejan concesiones portuarias (playas y zonas de bajamar); **ii)** las empresas de servicios públicos titulares de concesiones por el uso del agua; **iii)** empresas con permisos de vertimiento; **iv)** empresas que manejan concesiones viales; **v)** empresas que explotan y/o usan el espectro electromagnético. Todos estos contribuyentes, según la regulación especial aplicable a cada una de sus actividades, deben pagar una contraprestación a título de compensación por el derecho que les concede el Estado a usar, concesionar o explotar esos bienes y recursos naturales públicos. Empero, a diferencia de lo que ocurre con las empresas a las que se les

otorga un título minero por cuenta de la norma demandada, a aquellas SÍ se les permite tratar como costo o gasto y por ende deducir para efectos de la depuración de la base gravable, todos los costos asociados a su actividad económica, incluyendo aquellos que se pagan al Estado por el derecho de uso o concesión a modo de compensación.

Sobre este punto, es menester volver a traer a colación la Sentencia C-293 de 2020, respecto a los supuestos aplicables para determinar cuando una determinada norma tributaria transgrede el principio de equidad como igualdad, la cual reafirma el argumento esbozado anteriormente:

> *"(….) Un primer supuesto es cuando el monto a pagar por concepto del tributo se define sin atender la capacidad de pago del contribuyente. Ejemplo de ello es la situación analizada en la Sentencia C-876 de 2002. En esa oportunidad, la Corte declaró inexequible la norma que establecía una base gravable presunta con carácter no desvirtuable, que incluso podía llegar a ser superior a la capacidad de pago del contribuyente.*
> ***El segundo supuesto opera cuando la regulación grava de manera disímil a sujetos o situaciones jurídicas análogas, sin que concurra una justificación válida en términos constitucionales.*** *Así, la Sentencia C-748 de 2009 concluyó que se vulneraba el principio de equidad tributaria al otorgarse beneficios tributarios a los magistrados de tribunal con exclusión de otros funcionarios judiciales que, históricamente, habían recibido el mismo tratamiento legal, laboral, administrativo y tributario.*
>
> *El tercer supuesto identificado por la jurisprudencia constitucional es cuando el tributo es o tiene implicaciones confiscatorias. Ello sucede en el caso que la obligación fiscal implique una expropiación* ***de facto de la propiedad privada o de los beneficios de la iniciativa económica de los particulares****. Esto en razón a que dicha actividad productiva deba destinarse exclusivamente al pago del tributo e impide el logro de ganancia para el sujeto pasivo del mismo. A este respecto, debe tenerse en cuenta que el efecto confiscatorio en mención opera cuando el impuesto genera un impacto desproporcionado en el patrimonio del contribuyente, con efectos claramente expropiatorios. Así, previsiones que establezcan tratamientos fiscales más gravosos o que deroguen beneficios impositivos, pero que carezcan de la entidad señalada y estén dirigidas a la satisfacción de fines constitucionalmente valiosos, no generan una infracción del principio de equidad tributaria."* (Subrayado propio)

Aunado a lo expuesto, se reitera que la prohibición demandada no genera la protección de intereses constitucionales, y en consecuencia no existe justificación alguna que demuestre un interés constitucional en la prohibición demandada, ni a su vez una proporcionalidad con base en la cual se afectaron los derechos de un grupo de contribuyentes, en menoscabo de los principios de equidad y justicia tributaria, sin motivo constitucional alguno, más allá del deseo del legislador de incrementar una tributación en detrimento de los principios rectores del sistema.

5. ANEXOS.

Rogamos a la honorable Corte Constitucional tener como anexos al presente concepto técnico los siguientes documentos:

- Certificado de Certificado de Existencia y Representación. (Anexo 1)
- Concepto del Consejo Técnico de la Contaduría Pública (CTCP). Referencia: O-6-930, del 4 de noviembre de 2020. (Anexo 2)

6. CONCLUSIÓN.

Con fundamento y sustento en las consideraciones previas, así como en los amplios fundamentos jurídicos y económicos presentados en el presente concepto técnico, considerando la jurisprudencia de esa honorable Corte Constitucional, en opinión de la Asociación Colombiana de Minería, el inciso primero del parágrafo 1° del artículo 19 de la Ley 2277 de 2022, que modificó el artículo 115 del Estatuto Tributario demandado por el Actor es inconstitucional y por lo tanto, consideramos que debe ser declarado inexequible al contrariar el artículo 95 numeral 9° de la Constitución Política.

De los Honorables Magistrados, respetuosamente,

Juan Camilo Nariño Alcocer
C.C. 79.784.278 de Bogotá
Asociación Colombiana de Minería
Presidente