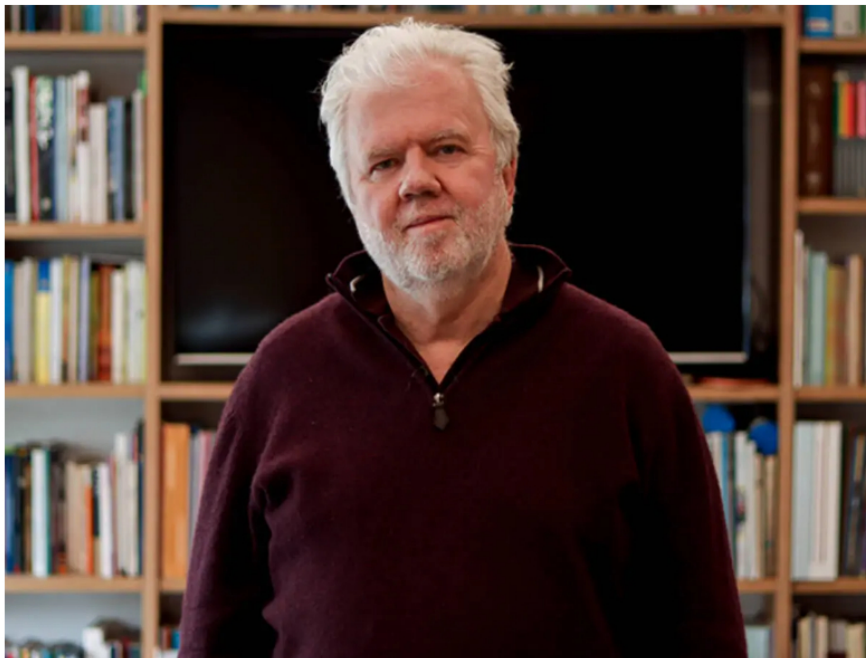


OPINIÓN

LA SENTENCIA DE LA CORTE SOBRE LAS REGALÍAS: UN REGALO JUDICIAL

Por [Rodrigo Uprimny](#) [Hace 2 horas](#)

 🔍

MÁS DE OPINIÓN

OPINIÓN

La Corte seguramente hará su tarea

Diciembre 3, 2023

OPINIÓN

El ruido de Barbosa al caer

Diciembre 2, 2023

OPINIÓN

Pablo Escobar resucitado

Diciembre 2, 2023

OPINIÓN

Los irresponsables

Diciembre 2, 2023

OPINIÓN

Esta semana en memes (del 26 de noviembre al 2 de diciembre)

Diciembre 2, 2023

La reciente sentencia C-489/23 sobre regalías representa un error grave de la Corte Constitucional, no sólo por la debilidad de su argumentación sino por sus considerables impactos fiscales. El Estado dejará de recibir tres billones de pesos cada año por impuesto a la renta, que equivalen a la inversión anual en alimentación escolar. Estos dineros quedarán en manos de las industrias extractivas que reciben así un generoso regalo judicial.

Lamento llegar a esa conclusión pues respeto profundamente a la Corte; por eso lei varias veces su [comunicado](#) sobre esa sentencia para ver si lograba convencerme de que era correcta su decisión de autorizar que las empresas deduzcan las regalías que pagaron por extraer recursos naturales no renovables (RNNR), como el petróleo o el oro, como un costo que les permite reducir el monto de su renta gravable, con lo cual su impuesto a la renta termina siendo menor.

Además aclaro que Dejusticia [intervino](#) ante la Corte en sentido contrario: defendimos la constitucionalidad del artículo 19 de la reforma tributaria (Ley 2277) que prohibía que esas regalías pudieran ser deducidas para determinar la renta gravable de las empresas extractivas y estábamos seguros de la solidez de nuestra argumentación. Por eso, cuando la Corte llegó a la conclusión opuesta, decidimos analizar con enorme cuidado el comunicado (pues aún no hay texto de la sentencia) para entender la decisión de la Corte y nuestro posible error. Sin embargo, después de varias lecturas de ese texto, concluyo, al igual que el colega Juan Sebastián Ceballos en su [blog](#), que esta sentencia es equivocada y amerita una discusión pública, por su enorme importancia.

Obviamente no creo que esto signifique que haya habido algo indebido en la decisión de la Corte ni que ésta se haya alineado con intereses empresariales, como lo han sugerido algunos comentarios, que rechazo. Simplemente creo que la Corte se equivocó frente a un tema complejo y frente a una regulación legal que infortunadamente también tenía defectos no menores, como lo veremos.

En este artículo desarrollo en forma más sistemática la crítica a esta decisión de la Corte, que presenté en forma abreviada en mi [última columna](#) en El Espectador, para lo cual expongo i) cuál es el problema constitucional que tuvo que abordar la Corte y ii) cuál fue el sustento de su decisión, para luego analizar por qué creo que es equivocada, tanto a nivel iii) procesal como iv) sustantivo. Procedo luego a v) indicar una coincidencia básica con la sentencia, que creo que es fundamental, y termino vi) con algunas consideraciones sobre el futuro de la sentencia y del tema.

—1. El problema constitucional

La Constitución, en su artículo 360, ordena que quien explota un RNNR debe pagar al Estado una contraprestación en dinero o en especie, que es la “regalía”. La justificación de este pago es la siguiente: como lo ha señalado la Corte en varias sentencias, como la C-221/97, los RNNR son propiedad del Estado (CP art 332) y por su propia naturaleza son recursos que se agotan cuando son explotados puesto que no son renovables. Por consiguiente, el particular que explote cualquier RNNR debe pagar por el agotamiento progresivo de ese recurso, que el Estado pone a su disposición.

Debido a lo anterior, aunque la regalía pueda ser entendida contablemente como un costo o expensa para la empresa, por cuanto debe obligatoriamente pagarla para desarrollar la actividad extractiva, la reforma tributaria prohibió su deducción para calcular cuál es la renta gravable que sirve para determinar el impuesto de renta que debe pagar la empresa. Los demandantes consideraron entonces que esa prohibición violaba la equidad tributaria con un argumento básico: que no es justo que a una empresa le impidan deducir de su renta gravable un costo en que efectivamente incurrió pues la obligan a pagar impuesto sobre un monto mayor al de su ganancia real y sobre un dinero que no entró a su patrimonio.

—2. La decisión de la Corte

Infortunadamente el comunicado de la Corte no es muy claro, pero creo que es posible reconstruir su argumentación en la siguiente forma: la Corte rechaza la esencia del cargo de la demanda puesto que, reiterando su jurisprudencia sobre el tema, señala que la ley puede establecer límites a las deducciones de costos o expensas, siempre y cuando sean restricciones razonables y proporcionadas. La norma acusada podía entonces limitar e incluso prohibir la deducción de las regalías, incluso si uno las considera una expensa necesaria de la actividad extractiva.

Este punto, que parecía el más fuerte de la demanda, es entonces desestimado por la Corte, lo cual era suficiente para declarar constitucional la norma acusada por el cargo analizado pues, según el comunicado, ese era el único cargo. A pesar de eso, la Corte examinó si en este caso esa prohibición era proporcionada y respetaba el principio de equidad tributaria, para lo cual agregó tres puntos que no estaban en la demanda.

Esos tres puntos son: i) que la norma acusada establece una diferencia de trato entre quienes pagan la regalía en especie y quienes lo hacen en dinero, en detrimento de los segundos, sin que hubiera una razón aparente que justifique esa desigualdad, lo cual implica una discriminación; ii) que en ciertas circunstancias, en especial de precios internacionales bajos de los RNNR, esa prohibición de la deducción de la regalía podía llegar a ser confiscatoria por cuanto podría obligarse a las empresas a pagar un impuesto a la renta a pesar de tener pérdidas; y que iii) la reforma alteraba significativamente las reglas tributarias, lo cual podría desconocer el principio de “confianza legítima” ya que las empresas podrían haber hecho inversiones cuantiosas fundadas en la confianza de que habría estabilidad en las normas tributarias.

La tesis de la Corte parece ser (y digo parece ser ya que, repito, el comunicado dista de ser claro) que la norma acusada podía, en principio, prohibir la deducción de las regalías y que dicha prohibición buscaba objetivos constitucionales válidos, como aumentar el recaudo tributario o internalizar las consecuencias ambientales y sociales de los RNNR. Sin embargo, la Corte parece concluir que, por las tres razones anteriores, esa prohibición era un medio desproporcionado y prohibido para lograr tales propósitos, pues era discriminatorio (en contra de quienes pagan las regalías en dinero), podía llegar a ser confiscatorio, con lo cual desconocía la capacidad de pago del contribuyente, y violaba la confianza legítima de las empresas. Y que la única alternativa era declarar inconstitucional la norma acusada pues era imposible recurrir a cualquier otra forma de decisión para corregir esas inconstitucionalidades.

Esta argumentación de la sentencia adolece de graves defectos, tanto procedimentales como sustantivos.

–3. El problema procesal de la sentencia y su posible nulidad

Como vimos, los tres puntos esenciales que sustentaron la inconstitucionalidad de la norma acusada no hacían parte de la demanda.

Es cierto que esos tres puntos no son innovaciones arbitrarias de la Corte pues surgieron en el proceso de constitucionalidad, por discusiones en la audiencia o por argumentos de algunos escritos de los intervinientes. Sin embargo, ninguno de esos puntos era un cargo de la demanda que hubiera sido aceptado en el auto admisorio. Por el contrario, el único cargo admitido fue rechazado por la Corte; sin embargo, a pesar de eso, la Corte declaró inconstitucional la norma acusada.

Esto es problemático procedimentalmente, como bien lo señaló el salvamento parcial de voto de la magistrada Ángel, pues contradice la práctica de la Corte desde hace unos 15 años, conforme a la cual, por razones de debido proceso, ese tribunal en general no realiza un control integral de constitucionalidad de las normas acusadas por un ciudadano sino que se limita a estudiar los cargos de la demanda aceptados en el auto admisorio, a fin de que las autoridades y la ciudadanía sepan exactamente de qué trata el juicio ante la Corte y conozcan con claridad qué argumentos o cargos deben apoyar o controvertir durante el proceso, sin que la sentencia sorprenda y declare la inconstitucionalidad de la norma acusada con un punto que no era parte de la demanda. La Corte ha admitido que puedan estudiarse otros puntos no planteados en la demanda “sólo si se advierte un vicio *evidente* de inconstitucionalidad”, como lo sistematizó la sentencia C-284/14.

Que la inconstitucionalidad de la norma acusada no sea por un cargo de la demanda no es entonces un problema menor pues podría configurar una nulidad de la sentencia por violación del debido proceso, ya que la mayor parte de los intervinientes (tal fue mi caso) concentramos nuestras intervenciones en refutar el cargo de la demanda y sólo tocamos tangencialmente los otros puntos por cuanto no eran centrales al debate constitucional ni parecían representar un vicio evidente de inconstitucionalidad.

–4. Los problemas sustantivos de la sentencia

Los problemas sustantivos de la sentencia son aún mayores. En esencia creo que la inconstitucionalidad de la norma acusada no se sigue de las tres premisas usadas por la Corte para sustentarla. Veámoslo:

Primera premisa: el trato distinto entre las regalías pagadas en especie y en dinero, en detrimento de quienes las cancelan en dinero.

Esta premisa parece cierta: la norma acusada establece ese trato distinto y no fue presentada, ni en los debates legislativos ni en el proceso ante la Corte, una razón suficiente que justifique esa diferencia, por lo cual la Corte podría concluir que en este aspecto esta disposición es técnicamente defectuosa y discrimina a quienes pagan las regalías en dinero, que resultan con una renta gravable mayor que aquellos que la pagan en especie. Sin embargo, el error de la Corte fue concluir que esa discriminación y ese defecto de la regulación genera la inconstitucionalidad de la prohibición de la deducción de la regalia para ambas empresas.

Esto, con el perdón de la Corte, es absurdo. Para eso supongamos una situación semejante: una ley que establezca una tarifa del 10% de impuesto a la renta para los mestizos, pero del 20% para los afros. Esta ley sería obviamente discriminatoria, en detrimento de los afros. Pero la solución a esta discriminación no consiste en declarar la inconstitucionalidad del impuesto a la renta por cuanto este impuesto es legítimo para ambas poblaciones. La solución es eliminar la discriminación contra los afros, igualando la tarifa para ambas poblaciones u ordenando al legislador que lo haga.

Este caso es idéntico: la solución no era declarar inconstitucional la prohibición de la deducción de las regalías, por cuanto la Corte ya había concluido que la ley podía prohibir esa deducción. La solución, como bien lo señala el notable salvamento del magistrado Cortés, era que la Corte igualara la situación de quien paga la regalia en especie y quien lo hace en

dinero, o le diera un tiempo al legislador para que corrigiera esa desigualdad.

Segunda premisa: que en épocas de bajos precios de los RNNR la prohibición de deducción de la regalía podría tomar el impuesto en confiscatorio.

Esta premisa es una mera conjetura, con poco sustento, como lo indica el salvamento de la magistrada Ángel. Por su parte, el salvamento de Cortés, resalta el mismo punto e indica que la Corte ignoró el informe de **Ecopetro** 3T23, que advertía que, aún con precios bajos, la tasa efectiva de tributación, que incluía la sobretasa al impuesto de renta y la no deducibilidad de las regalías, fue del 47.0 %, lo cual dista de ser confiscatorio. Además, incluso si la conjetura de la Corte tuviera sustento empírico, lo cual es discutible, la solución no era la inexecutable de la norma acusada, sino que la Corte, en desarrollo del principio de conservación del derecho, según el cual debe privilegiar el remedio judicial que “conservar al máximo las disposiciones emanadas del Legislador, en virtud del respeto al principio democrático” (C-065/97, C-336/13 y C-269/19), condicionara su alcance y señalara que debería haber un mecanismo compensatorio en caso de que llegaran esos hipotéticos tiempos de precios tan bajos que las empresas no tuvieran ganancias.

Tercera premisa: la eventual violación de la confianza legítima de las empresas en la estabilidad de las reglas fiscales. Este argumento no es desarrollado por el comunicado sino simplemente mencionado y tampoco fue un punto debatido en la audiencia ni en las intervenciones. Así simplemente mencionado este principio de confianza legítima no puede fundamentar la inconstitucionalidad de la norma acusada pues llegaríamos a una conclusión constitucionalmente absurda: que la ley no puede endurecer el régimen impositivo de las industrias extractivas porque violaría la confianza legítima de las empresas, lo cual es contrario a la amplia discreción del Congreso para modificar el impuesto a la renta y hacerlo más severo, con el único límite de que la regulación se aplique al siguiente período después de la entrada en vigor de la ley, como lo establece el artículo 338 de la Carta.

–5. Una coincidencia fundamental con la sentencia y la constitucionalidad de la prohibición de la deducción de las regalías

La sentencia es equivocada pues, aunque la norma acusada tenía claras falencias, éstas no implicaban su inconstitucionalidad, la cual no se desprende de las premisas señaladas por la Corte. Sin embargo, la sentencia acierta en un punto clave y es que acepta que la ley puede limitar e incluso prohibir la deducción de las regalías, a pesar de que ésta pueda ser considerada contablemente una expensa necesaria para la empresa extractiva.

El punto central es que ni el principio de equidad ni el de justicia tributarias ordenan que la renta gravable tenga que ser idéntica a la ganancia o excedente contable antes de impuestos puesto que, aunque ambas categorías tienen relaciones, no son iguales ni cumplen la misma función.

La contabilidad busca establecer la realidad de una empresa para que esta sea transparente y los accionistas puedan conocer cuáles son las utilidades de la empresa a ser repartidas. Los conceptos tributarios, por su parte, son categorías establecidas por el legislador tributario para que las personas cumplan con su obligación constitucional de contribuir al financiamiento de los gastos públicos (CP art. 95) y las autoridades tributarias puedan recolectar los tributos. Por consiguiente, si bien la renta gravable tiene una relación conceptual con el excedente contable, ya que los impuestos deben consultar la capacidad de pago del contribuyente, no tienen por qué ser cantidades idénticas. El legislador, con la amplia discrecionalidad de que goza en el campo tributario, puede tomar decisiones que tengan como efecto que la renta gravable sea menor o mayor que el excedente contable. Esto sucede cuando otorga beneficios tributarios como el establecimiento de una renta exenta. En esos casos, el excedente es mayor que la renta gravable. Pero puede suceder también lo contrario: que el legislador considere, también por razones de política económica, como combatir la evasión o desestimular determinada actividad, que ciertas expensas no puedan ser deducidas, a pesar de que éstas sean necesarias a la actividad generadora de la renta. En este caso, la renta gravable es mayor al excedente contable.

No hay pues ninguna obligación constitucional de que la renta gravable sea igual al excedente contable. En efecto, al menos desde la sentencia C-409 de 1996 hasta la muy reciente sentencia C-324 de 2022 (esto es, por más de 25 años), la Corte ha mantenido una jurisprudencia constante y consistente de que la libertad del legislador es muy amplia para

establecer los beneficios tributarios o suprimirlos, y para reconocer deducciones tributarias o suprimirlas. Y por la amplia libertad de configuración en esta materia, el control constitucional por el juez constitucional de esa decisión es deferente con esa discrecionalidad legislativa: son entonces constitucionales todas aquellas decisiones legislativas que no violen una prohibición constitucional explícita y que sean un medio razonablemente apropiado para lograr un fin constitucional permitido.

Ahora bien, en el presente caso, la prohibición de la deducción establecida en la norma acusada perseguía un fin constitucionalmente importante ya que buscaba garantizar que la obligación constitucional de pagar la contraprestación de la regalía sea cumplida y soportada integralmente por quien es su destinatario, esto es, por quien explota un RNNR.

Si no se establece esa prohibición, entonces quien explota el RNNR no soporta económicamente el pago efectivo integral de la regalía ya que una parte de ésta (correspondiente al 35% de la regalía pagada, que es la tasa impositiva) le es, en cierta forma, devuelta o subsidiada por el Estado al permitir la deducción.

Un ejemplo hipotético numérico simple permite ilustrar esa situación. Supongamos una empresa que produce 20 barriles de petróleo, que vende a 50 dólares. Luego su ingreso son 1000 dólares. Supongamos unos costos (insumos, salarios, etc) para producir esos barriles de 500 dólares y unas regalías de 10%, esto es, de 100 dólares. Su excedente contable antes de impuestos es entonces 400 dólares. Si la regalía es deducible, la renta gravable es igual a ese excedente contable (400 dólares) y esa empresa pagaría un impuesto de 140 dólares con una tarifa del 35%. Por el contrario, si la regalía no es deducible, entonces su renta gravable es de 500 dólares y el impuesto que pagaría es de 175 dólares. Al ser deducible la regalía, el impuesto de la empresa se reduce entonces en 35 dólares, que es el 35% de la regalía que pagó.

Esto muestra entonces que el 35% de lo que contribuyente desembolsa como regalía por explotar un RNNR lo recupera económicamente si puede deducirla como costo y este monto es asumido por el Estado, con lo cual llegamos a la siguiente paradoja: el Estado, propietario del RNNR, termina financiando al particular el 35% de esa regalía que el particular le debe como contraprestación al Estado por el agotamiento de ese recurso.

Por eso es que nosotros defendimos en nuestra intervención que es claramente constitucional que la ley prohíba la deducción de la regalía para proteger que sea el particular quien soporte integralmente el cumplimiento de la obligación constitucional de pagar la regalía por la explotación de RNNR.

Otros enfoques, como el citado blog de Ceballos o un artículo de Guillermo Rudas en [Razón Pública](#), llegan a la misma conclusión, que es la legitimidad constitucional de la prohibición de la deducción de las regalías, pero con un argumento distinto y tal vez más radical. Su tesis es que la regalía no debería ser vista como un costo de la labor extractiva sino como un pago por el uso del “capital natural”, que el Estado pone disposición de la empresa, al permitir la explotación de un RNNR, que por definición se agota. La regalía es entonces la renta que corresponde al Estado al aportar, en una especie de contrato de asociación con la empresa extractiva, un “capital natural”: los RNNR. Y por ello la regalía no es un costo que pueda ser deducido por la empresa.

Esta tesis es más radical pues implica que no sólo es constitucionalmente posible que la ley prohíba la deducción de las regalías, sino que la ley estaría obligada a hacerlo siempre. Pero frente al presente caso la conclusión es semejante a la que desarrollé en párrafos anteriores: era constitucional que la norma acusada prohibiera la deducción de las regalías para calcular la renta gravable de las empresas extractivas.

—6. Reflexiones finales: el futuro de la sentencia y de la regulación tributaria de las regalías

Esta sentencia es equivocada en su procedimiento por cuanto desecha el cargo esencial de la demanda, pero declara la inconstitucionalidad de la norma acusada por razones que no hacían parte de la demanda, no fueron el centro del debate constitucional, ni representaban un evidente vicio de inconstitucionalidad. Esta sentencia afectó entonces el debido proceso constitucional y por ello es susceptible de un recurso de nulidad, que podría prosperar.

Esta sentencia tiene igualmente unas fuertes implicaciones fiscales pues reduce los ingresos del Estado en unos tres billones de pesos anuales, que no es una suma menor, por lo cual es un caso en el que, además, procede razonablemente el incidente de impacto fiscal previsto en el artículo 334 de la Constitución, y desarrollado en la Ley 1695 de 2013, a fin de modular, modificar o diferir en el tiempo los efectos de la sentencia y evitar traumatismos en las finanzas públicas. El gobierno debería considerar la presentación de este incidente.

Finalmente, la argumentación de la sentencia es pobre y equivocada por cuanto la decisión de inconstitucionalidad no se desprende de las premisas invocadas por la Corte, varias de ellas muy cuestionables, como creo haberlo mostrado. Sin embargo, en el punto fundamental, la Corte acierta pues admite la posibilidad de que la ley limite e incluso prohíba la deducción de las regalías. La objeción de la sentencia (que no comparto por las razones desarrolladas en este escrito) es a la regulación concreta de esa prohibición por la norma acusada: por discriminar a quienes pagan las regalías en dinero, por no considerar su impacto sobre el principio de confianza legítima y por no establecer mecanismos para evitar un eventual efecto confiscatorio de esa prohibición en caso de caída aguda de precios de los RNNA. El gobierno debería entonces presentar nuevamente una regulación que prohíba esa deducción de las regalías, que tiene pleno sustento constitucional, pero con una regulación menos defectuosa y que tome en consideración los tres puntos señalados por la sentencia.

ETIQUETADO: Corte Constitucional, Destacado del editor



RODRIGO UPRIMNY

Abogado de la Universidad Externado, Magister en Socioeconomía del Desarrollo de la Universidad de Paris I y Doctor en Economía Política de la Universidad de Amiens Picardie. Es Director del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad DJS y director de la maestría... [Ver perfil de Rodrigo Uprimny](#)

LO ÚLTIMO



NACIONAL

Claudia y Angélica: la dupla poderosa que sale de Bogotá a buscar la Presidencia

Hace 13 horas



NACIONAL

Así es la apuesta popular del gobierno Petro para preservar la Amazonia

Diciembre 3, 2023



NACIONAL

Corte salva la paz total y da la estocada al método de Danilo

Diciembre 3, 2023



RED SOCIAL

De confrontación a acuerdo nacional, ¿un giro en el gobierno Petro?

Diciembre 2, 2023

La Silla Vacía.



Sobre La Silla Vacía

Quiénes Somos
Nuestros servicios
Preguntas frecuentes
Política de privacidad

Secciones

Historias
En Vivo
Detector de Mentiras
Quién es quién

Red de Expertos
Silla Académica
Opinión
Podcasts

Hágase Super Amigo.

Seleccione su plan y apoye el periodismo independiente.

QUIERO UNIRME

