

# El impacto de la deducibilidad de las regalías



AMYLKAR D. ACOSTA M.

Docente de la Universidad Externado de Colombia

@amylkaracosta

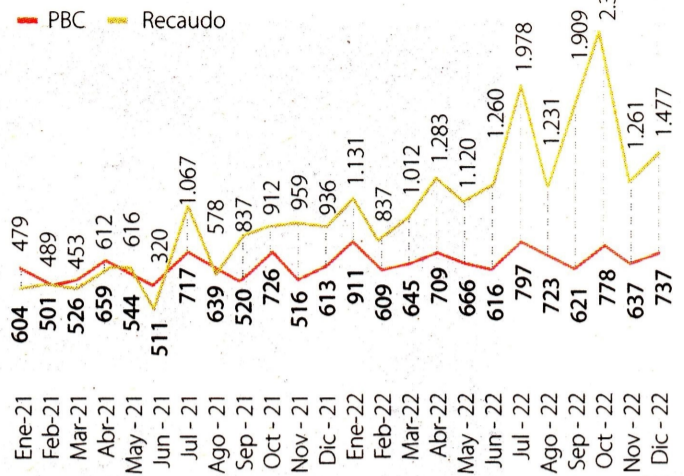
Una de las propuestas más osadas y al mismo tiempo de las más controvertidas del proyecto de reforma tributaria que presentó en el 2022 el exministro de Hacienda, José Antonio Ocampo, fue el párrafo 1° del artículo 19 de la Ley 2277 de 2022, aprobado por el Congreso y que a la letra dice: “la contraprestación económica a título de regalía de que tratan los artículos 360 y 361 de la Constitución Política no será deducible del impuesto sobre la renta ni podrá tratarse como costo ni gasto de la respectiva empresa”.

De esta manera, se pretendía dejar sin efecto la norma que permitía la deducción del monto que las empresas pagan por regalías de la base gravable del impuesto de renta por parte de las empresas extractivas, vigente desde 2005, amparadas en el concepto No. 015766 del 17 de marzo, emitido por la *Dian* a solicitud de parte. De esta manera, a contrapelo de lo dispuesto en el artículo 116 del Estatuto Tributario, se hizo extensiva a las empresas particulares el tratamiento que sólo estaba reservado única y exclusivamente a los organismos descentralizados. Así lo dejó establecido el Tribunal contencioso administrativo de La Guajira en Sentencia proferida el 15 de agosto de 2018, al “amparar el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público vulnerado por la *Dian*”. Fallo este que fue posteriormente anulado en segunda instancia por parte del *Consejo de Estado* y desde entonces empezó el tire y afloje alrededor del tema.

Las empresas afectadas por la no deducibilidad demandaron ante la *Corte Constitucional* la inexecutable de dicha norma por considerar que la misma le vulneraba el principio de equidad tributaria, al gravar lo que ellas consideran un costo como si fuera renta. En su providencia C-489 del 16 de noviembre de 2023 la dejó sin efecto, accediendo a sus pretensiones. Sostiene la Honorable Corte que “no existe un mandato constitucional que prevea la conservación de la propiedad a favor del Estado una vez el recurso natural no renovable es explotado”.

Con todo el respeto que nos merece el alto tribunal, pero ya en 1817, uno de los clásicos de la teoría económica, David Ricardo, explicaba que “si las minas fueran abundantes e igualmente fértiles no producirían ninguna renta a sus dueños. Pero, no siéndolo, la persona o país que las posee ha de recibir una renta por ellas”. Este el fundamento del artículo 360 de la Constitución Política, que a la letra dice: “la explotación de un recurso natural no renovable causará a favor del Estado, una contrapresta-

## PLAN BIENAL DE CAJA



Fuente: DNP / Gráfico: LR-ST

ción económica a título de regalía”. La jurisprudencia de la propia *Corte* reconoce inequívocamente que “lo que genera el deber constitucional de pagar regalías es el hecho mismo de la explotación de los recursos naturales no renovables” (C-1071 de 2003).

Es claro, entonces, que la empresa extractiva de los recursos naturales no renovables paga las regalías al Estado, como contraprestación económica por el recurso extraído, del cual este “es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables”, tal como lo define el artículo 332 de la *Carta*. Y no puede ser de otra manera, pues se trata de un activo, tal cual como ocurre cuando se suscribe un contrato de participación o con el reconocimiento de dividendos cuando el particular toma en usufructo un bien del Estado. En ningún caso puede dar lugar a la deducibilidad del impuesto sobre la renta.

## LA CORTE CONSTITUCIONAL ACCEDIÓ A ABRIR UN INCIDENTE DE IMPACTO FISCAL

Con razón acota en su salvamento de voto el magistrado Juan Carlos Cortés que “bajo este entendido, la mayoría no tuvo en cuenta que las regalías son una contraprestación constitucional con régimen propio y no son un costo o un gasto del contribuyente de renta”. A este respecto lo único que se le ocurrió decir a la mayoría de la Corte es que “la naturaleza jurídica de las regalías es diferente a la de los recursos que se explotan”.

Ahora bien, cabe preguntarse cuál será el impacto para el fisco de la declaratoria de inexecutable de la norma que proscribe la deducibilidad de las regalías del impuesto de renta. Según el *Ministerio de Hacienda* ello le significará a la Nación \$6,6 billones menos en el Presupuesto general para las vigencias de 2023 y 2024. Esta suma equivale a la asignación presupuestal en 2023 del *Departamento de Prosperi-*

*dad social (DPS)* de la Presidencia de la República que administra los programas de más alto impacto social en favor de los más vulnerables. Hacia 2034, según el *Ministerio de Hacienda*, el Estado dejaría de percibir alrededor de US\$7.000 millones.

Huelga decir que aunque las entidades territoriales no dejarán de recibir las regalías provenientes del Sistema General de Regalías (SGR), sólo que el giro al mismo provendrán de la Nación y no de las empresas extractivas. Así de claro! Pero sí se verán afectadas porque siendo que la base de cálculo y liquidación de los recursos que se les transfiere a través del Sistema General de Participaciones (SGP) son los Ingresos Corrientes de la Nación (ICN), estos se verán menguados en la misma proporción en que se reducirán los recaudos del impuesto de renta, esto es \$6,6 billones menos. Y no hay que perder de vista que los recursos del SGP tienen como destinación específica la salud, la educación, el agua potable y el saneamiento básico, que se verán diezmos a consecuencia de este fallo.

A solicitud del *Ministro de Hacienda* y con fundamento en el principio de Sostenibilidad fiscal, contemplado en el artículo 334 de la Constitución Política, la *Corte Constitucional* accedió a abrir un incidente de impacto fiscal, así se denomina, mediante Auto 003 y le otorgó al *Ministro de Hacienda* el término de 30 días a partir de su notificación, para que sustente las razones por las cuales considera que su decisión de tumbear la deducibilidad de las regalías del impuesto de renta se afectaría a la ciudadanía y de paso a la sostenibilidad fiscal de la Nación.

La *Corte Constitucional*, a partir de sus propias conclusiones dispondrá si procede modular, modificar o diferir el cumplimiento de su fallo en procura de evitar alteraciones serias en cuanto al cumplimiento de la Regla y la sostenibilidad fiscal, a juicio del Gobierno amenazadas por el mismo.