

EL IMPACTO DE LA DEDUCIBILIDAD DE LAS REGALÍAS

Amylkar D. Acosta M¹

¡Ni tanto que queme al Santo ni tan poco que no lo alumbre!

EL TIRA Y AFLOJE DE LA DEDUCIBILIDAD

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 ex ministro de Hacienda José Antonio Campo fue el parágrafo 1º 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, indistintamente de la denominación del pago y del tratamiento contable o financiero que el contribuyente realice, independientemente de la forma del pago de la misma, ya sea en dinero o en especie”.

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 tira y afloje alrededor del tema.

FALLA LA CORTE CONSTITUCIONAL

Las empresas afectadas por la no deducibilidad demandaron ante la Corte Constitucional la inexequibilidad de dicha norma por considerar que la misma le vulneraba el principio de equidad tributaria, consagrado en el artículo 95.9 de la Constitución Política, 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, acogiendo su alegato en el sentido que “la norma acusada grava los *costos o gastos* en los que incurre el contribuyente para desarrollar su actividad productora de renta, en contravía del hecho

¹ Miembro de Número de la ACCE

generador del propio impuesto, que consiste en obtener ingresos que tengan la potencialidad de incrementar el patrimonio del sujeto pasivo”.

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 *contraprestación 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.

Como lo sostiene el economista neoclásico Robert Solow, “un yacimiento de petróleo, una veta de hierro o un depósito de cobre enterrado *constituyen un capital para la sociedad o para su dueño*”, en este caso el Estado, “en la misma forma que una imprenta, un edificio o cualquier otro activo. *La única diferencia es que el recurso natural no es reproducible*”, como no se puede dar la “conservación de la propiedad a favor del Estado una vez el recurso natural no renovable es explotado”. 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”.

LA TARIFA NOMINAL Y LA TARIFA EFECTIVA

Al celebrar el fallo, la Asociación Colombiana de Minería (ACM) sostuvo que “además de los argumentos jurídicos”², que a mí personalmente me parecen deleznable, “el

² Comunicado de prensa. Noviembre, 16 de 2023

artículo demandado no estaba acorde con las prácticas internacionales sobre estas materias. Con esta decisión, Colombia ya no será el único país del mundo en el que no se pueden deducir las regalías”³. Según consta en el texto de la Sentencia in comento, los accionantes contra la norma que estableció la no deducibilidad de las regalías adujeron ante la Corte que la misma da lugar a “una carga tributaria desproporcionada”, a tal punto que “genera una tarifa efectiva de tributación (TET) que se acerca, *alcanza o excede la totalidad de las utilidades*”, lo cual luce exagerado y tremendista.

Así como considero improcedente hacer pasar por **costo** lo que constitucionalmente es una **contraprestación económica**, estimo razonable el argumento de la presunta afectación de la competitividad del sector extractivo, en la medida que los demás países con los que compite Colombia en los mercados internacionales no aplican la deducibilidad de las regalías del impuesto de renta. Sus razones tendrán. Según la Asociación Nacional Minera, la tarifa del impuesto de renta en Colombia del 35% supera ampliamente la tarifa promedio de la Organización para la cooperación y el desarrollo económico (OCDE), del 21.5% y el de Latinoamérica y el Caribe, que es del 26.4% y de contera en todos ellos se permite la deducibilidad de las regalías del impuesto de renta.

Claro está que ello amerita un análisis más minucioso, porque una es la *tarifa nominal* en cada país y otra es la TET. No se puede comparar la *tarifa nominal* de otros países con la *TET de Colombia*, en donde el agujereado Estatuto tributario, que más parece un queso gruyere, ve erosionada la base impositiva por cuenta de las gabelas impositivas, llámese deducción, exclusión, descuento o exenciones tributarias, que se acrecientan con cada reforma tributaria, las cuales tienen un enorme costo fiscal. Es el caso de la supresión de las mal llamadas “cargas” parafiscales, de la contribución del 20% en la tarifa de energía que pagaban las empresas para cubrir los subsidios a los estratos 1, 2 y 3, el régimen de las zonas francas “especiales” o el descuento de lo que le pagaban las empresas a los municipios por concepto de impuesto de industria y comercio (ICA). De modo que para llegar a la TET es menester depurar la *tarifa nominal* de todo polvo y paja

Ahora que el Ministro de Hacienda Ricardo Bonilla anuncia que va a presentar un nuevo proyecto de reforma tributaria, según él “para corregir un defecto de la tributaria de 2022”⁴ y propone bajarle el impuesto de renta a las empresas desde el 35% al 30%, para darles un “respiro financiero”⁵, las empresas y los empresarios le deberían coger la flota al Gobierno, si de lo que se trata es de aliviar las cargas impositivas de modo que el sector productivo gane en competitividad. Pero es también la ocasión propicia para un sinceramiento en materia impositiva, para lo cual sería muy útil activar la Iniciativa para

³ Ídem

⁴ La República. Enero, 10 de 2024

⁵ Ídem

la transparencia de la industria extractiva (EITI, por sus siglas en inglés), cuya membresía de parte de Colombia auspiciamos desde el Ministerio de Minas y Energía. Esta es una herramienta muy valiosa para que podamos saber a ciencia cierta y de una vez por todas, cuál es el government take de Colombia y cómo se compara con el resto del mundo y evitar las especulaciones con las cifras y los porcentajes de parte y parte y si es el caso pactar entre el Gobierno y los gremios del sector los ajustes requeridos, en uno u otro sentido⁶.

EL INCIDENTE DE IMPACTO FISCAL

Ahora bien, cabe preguntarse cuál será el impacto para el fisco de la declaratoria de inexecutable de la norma que proscribía 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 prosperidad social (DPS) de la Presidencia de la República que administra los programas de más alto impacto social en favor de los más vulnerables. Hacia el 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 diezmados 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 tumbar la deducibilidad de las regalías del impuesto de renta se afectaría a la ciudadanía y de paso a la sostenibilidad fiscal de la Nación.

⁶ Amylkar D. Acosta M. Acotaciones a propósito del government take. Junio, 19 de 2012

Este será un espacio de deliberación en el que participará el Gobierno Nacional, los organismos de control y las altas cortes. 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. Ya lo había advertido el Magistrado Juan Carlos Cortés en su salvamento de voto que “la decisión de la mayoría habilita la deducción del valor de las regalías, *lo que genera un impacto fiscal inmediato que no fue considerado y que afecta los ingresos de la Nación*”.

La Corte Constitucional, entonces, tendrá la oportunidad de pronunciarse nuevamente sobre este tema tan contencioso, de vital importancia para la estabilidad en las finanzas públicas de la Nación y de las entidades territoriales, sobre todo en momentos en los que uno de los factores determinantes que *llevaron a la firma calificadora de riesgo Standard & Poor's a bajar la perspectiva de la calificación crediticia de Colombia de estable a negativa* es el desbalance entre ingresos y gastos y sus temores de que un “deslizamiento fiscal inesperado contribuye a unas finanzas públicas más débiles o mayores vulnerabilidades externas”⁷ a consecuencia de un anémico crecimiento del PIB, muy por debajo del crecimiento potencial del 3.5%.

Y entre los factores que, según el Comité Autónomo de la Regla Fiscal (CARF), llevaría al Gobierno a recortar en \$23 billones sus gastos del 2024 para cumplir la Regla fiscal están la incertidumbre sobre la capacidad de la DIAN para recaudar \$15 billones de litigios o demandas de la Nación sobre empresas y personas y la derogatoria de la no deducibilidad de las regalías del impuesto de renta en cumplimiento de la Sentencia de la Corte⁸. Quedamos en las manos de la Honorable Corte Constitucional. Amanecerá y veremos.

Santa Marta, enero 23 de 2024
www.amylkaracosta.net

⁷ Portafolio. Enero, 18 de 2024

⁸ Yahoo News. Diciembre, 5 de 2023