



COMUNICADO

45

16 de noviembre de 2023

SENTENCIA C-489/23

Ms.Ps. JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR Y CRISTINA PARDO SCHLESINGER

EXPEDIENTE: D-15097

LA CORTE DECLARÓ INEXEQUIBLE EL PARÁGRAFO 1 DEL ARTÍCULO 19 DE LA LEY 2277 DE 2022 QUE PROHIBÍA LA DEDUCCIÓN DE LAS REGALÍAS DE LA BASE GRAVABLE DEL IMPUESTO DE RENTA DE LAS EMPRESAS DEDICADAS A LA EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE RECURSOS NATURALES NO RENOVABLES

1. Norma acusada

“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”.

**EL CONGRESO DE COLOMBIA
DECRETA:**

[...]

ARTÍCULO 19º. Modifíquese el artículo 115 del Estatuto Tributario, el cual quedará así:

ARTÍCULO 115. DEDUCCIÓN DE IMPUESTOS PAGADOS Y OTROS. Es deducible el cien por ciento (100%) de los impuestos, tasas y contribuciones, que efectivamente se hayan pagado durante el año o período gravable por parte del contribuyente, que tengan relación de causalidad con su actividad económica, con excepción del impuesto sobre la renta y complementarios.

En el caso del gravamen a los movimientos financieros será deducible el cincuenta por ciento (50%) que haya sido efectivamente pagado por los contribuyentes durante el respectivo año

gravable, independientemente que tenga o no relación de causalidad con la actividad económica del contribuyente, siempre que se encuentre debidamente certificado por el agente retenedor.

Las deducciones de que trata el presente artículo en ningún caso podrán tratarse simultáneamente como costo y gasto de la respectiva empresa.

PARÁGRAFO 1. 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, e independientemente de la forma del pago de la misma, ya sea en dinero o en especie. Para efectos del impuesto sobre la renta, el monto no deducible correspondiente a las regalías pagadas en especie será al costo total de producción de los recursos naturales no renovables.

Cuando el contribuyente haga parte del sector de hidrocarburos y pague la

regalía en especie, el costo total de producción de los recursos naturales no renovables (CTP) será el resultado de la sumatoria de los costos anuales de producción de los recursos naturales no renovables pagados a título de regalía de cada pozo (ΣUD) así:

$$CTP = \Sigma CP$$

El costo anual de producción (CP) de los recursos naturales no renovables pagados en especie a título de regalías de cada pozo corresponde al resultado de multiplicar el volumen de hidrocarburos pagados en especie a título de regalía (VR) por el costo unitario (CU) de producir el hidrocarburo pagado en especie, así:

$$CP = VR \times CU$$

Donde:

VR= Es el volumen de hidrocarburo que se paga a título de regalías en especie por cada pozo, expresado

en barriles o barriles equivalentes, durante el año gravable.

CU= El costo unitario (CU) se calculará dividiendo el costo total anual (CT) por pozo entre el volumen total anual de barriles producido por el pozo (VT), así:

$$CU = \frac{CT}{VT}$$

Para tal fin, el Costo Total (CT) anual del pozo, corresponde a la sumatoria de todos los costos asociadas al pozo entre los que se encuentran, sin limitarse, aquellos relacionados en el artículo 143-1 del Estatuto Tributario, los costos incurridos en los procesos de extracción recolección, tratamiento y almacenamiento.

2. Integración de la unidad normativa

La Sala Plena de la Corte Constitucional resolvió integrar la unidad normativa de la norma acusada con la totalidad de parágrafo del cual forma parte, por cuanto: (i) no es posible comprender el alcance de la disposición demandada sin el contenido de todos los incisos del parágrafo 1° del artículo 19 de la Ley 2277 de 2022; (ii) la declaratoria de inexecutable del primer inciso del parágrafo 1°, sin la debida integración de la unidad normativa con todo el parágrafo, implicaría que la norma conservaría una precisión carente de sentido jurídico; y (iii) la eliminación de la disposición demandada, sin la debida integración de la unidad normativa con el parágrafo 1°, mantendría un trato diferenciado, dirigido a las empresas que pagan las regalías en especie y a aquellas que lo hacen en dinero, en perjuicio de estas últimas.

3. Decisión

ÚNICO. Declarar **INEXEQUIBLE** el parágrafo 1 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.

4. Síntesis de los fundamentos

La Sala Plena resolvió una demanda ciudadana propuesta contra el párrafo primero del artículo 19 de la Ley 2277 de 2022, que prohíbe deducir de la base gravable del impuesto sobre la renta la contraprestación económica a título de regalía por la explotación de recursos naturales no renovables (RNNR), y tratar ese pago como un costo o gasto de la respectiva empresa. A juicio del accionante, la norma vulnera el principio de equidad tributaria previsto en el artículo 95.9 de la Constitución Política de 1991, porque grava un gasto como si fuera una utilidad y, por tanto, lo incluye en la renta líquida gravable, a pesar de que aquel no incrementa el patrimonio del contribuyente.

En este orden, la Corte debía determinar si la prohibición de deducir el pago por concepto de regalías de la renta bruta viola el principio de equidad tributaria. Se trata de un problema de naturaleza estrictamente tributaria relacionado con una prohibición legal de deducir un gasto y/o costo según la modificación introducida por la norma demandada al Estatuto Tributario. Por lo tanto, no se trata de un asunto o problema, que por lo demás no ha sido planteado y que la Corte no debe resolver, relacionado con el pago de las regalías que los extractores o explotadores de recursos naturales no renovables deben realizar y seguirán realizando a favor del Estado conforme a los contratos celebrados o los títulos expedidos por este como contraprestación económica a su favor y como un deber previsto en los artículos 360 y 361 de la Constitución Política y la Ley orgánica del Sistema General de Regalías (Ley 2056 de 2020).

Para resolver el problema tributario propuesto que se refiere a la prohibición contenida en el párrafo demandado de deducir de la base gravable del impuesto sobre la renta la contraprestación económica a título de regalía por la explotación de recursos naturales no renovables (RNNR), la Sala se refirió al tratamiento que el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia le han dado a las regalías. Posteriormente, abordó el análisis del principio de equidad tributaria y, de manera puntual, en su dimensión vertical y luego, a manera de refuerzo, en su dimensión horizontal. Estudió las normas que regulan las deducciones al impuesto sobre la renta y la jurisprudencia constitucional que se ha ocupado de este tema. Revisada la jurisprudencia constitucional sobre las regalías, encontró que esta las ha caracterizado como (i) una contraprestación, (ii) una renta nacional de destinación específica, (iii) un ingreso público que no tienen naturaleza tributaria. Además, con base en el desarrollo legal orgánico del régimen de regalías,

constató que la Corte las ha caracterizado también como (iv) un porcentaje mínimo, fijo o progresivo, que exige el Estado como propietario de los RNNR.

Con el objetivo de valorar los argumentos propuestos por los intervinientes en este proceso, la Corporación advirtió que la solución del caso *sub examine* exigía comprender si por mandato constitucional las regalías corresponden o no a una porción del recurso natural no renovable explotado que nunca sale de la órbita de propiedad del Estado. Esta determinación es indispensable para establecer si los costos y/o gastos que la disposición acusada prohíbe deducir, y que por mandato de la norma demandada incrementan la base gravable de estos contribuyentes, forman o no parte de su patrimonio.

En este punto, la Corte determinó que, si asumía que la porción del recurso explotado que equivale a las regalías nunca ingresa al patrimonio del contribuyente o, en otras palabras, que el Estado conserva la propiedad de los recursos naturales no renovables que equivalen a la regalía que pagan quienes explotan dichos recursos, luego de que los mismos son extraídos del subsuelo, necesariamente debía concluir que la norma era abiertamente inconstitucional por esta razón. Esto es así porque los recursos naturales no renovables que equivalen a la contraprestación a título de regalía serían propiedad de un tercero (el Estado) y, por tanto, nunca ingresarían al patrimonio del contribuyente como activo o pasivo. En consecuencia, no podrían ser gravados en cabeza del particular.

De este modo, la renta líquida gravable así configurada, es decir, sin la deducción del pago por concepto de regalías, no estaría calculada únicamente con base en la verdadera capacidad contributiva del obligado, sino también con base en los ingresos y el patrimonio de un tercero.

No obstante, luego de hacer una interpretación sistemática de la Constitución, la Sala determinó que, de conformidad con lo previsto en la Constitución Política, la propiedad de la totalidad del recurso natural no renovable explotado se transmite del Estado al explotador a boca de pozo, boca o borde de mina según corresponda, y causa por efecto de esa explotación un derecho nuevo a favor del Estado consistente en una contraprestación económica denominada regalía. Esto, por cuanto: *primero*, no existe un mandato constitucional que prevea la conservación de la propiedad en favor del Estado una vez el recurso natural no renovable es explotado, esto es, luego de que es extraído del suelo o del subsuelo en el que yace naturalmente.

Por el contrario, los artículos 80, 101, 102 y 332 de la Constitución reconocen como pertenecientes a la Nación el subsuelo, los recursos naturales no

renovables, el territorio y los bienes públicos que de él forman parte. Y, *segundo*, dado que el artículo 360 de la Constitución Política prevé que por efecto de la explotación de un RNNR se causa a favor del Estado una contraprestación económica a título de regalía, es posible afirmar que la naturaleza jurídica de las regalías es diferente a la de los recursos que se explotan. Así, la regalía tiene las siguientes características: (i) es una obligación de dar que el explotador adeuda al Estado, (ii) es bilateral, conmutativa y sujeta a condición, y (iii) su fuente es la Constitución Política. Ahora bien, en el evento en que la explotación fuere adelantada directamente por la Nación, el RNNR no cambiaría de propietario, y por lo mismo, no se causaría contraprestación alguna a título de regalía.

Por otro lado, la Sala reiteró la jurisprudencia constitucional sobre el principio de equidad tributaria y concluyó que el legislador tiene potestad para establecer diferencias en el tratamiento tributario de sujetos que, en principio, se encuentren en la misma situación, así como disponer ciertos sacrificios que afecten los principios de equidad y justicia tributaria. Lo anterior, siempre y cuando (i) el fin buscado por la norma sea legítimo, (ii) el medio empleado no esté expresamente prohibido por la Constitución y (iii) la medida sea mínimamente adecuada para alcanzar ese fin.

A su turno, la Corte revisó las sentencias en las que se han analizado normas que autorizan o prohíben deducir determinados pagos, costos, gastos o inversiones de la base gravable del impuesto sobre la renta o fijan algunos límites o condiciones para que opere la deducción. En estas sentencias se ha concluido que, dada su amplio margen de configuración en materia tributaria, por regla general, el legislador tiene la potestad de establecer, derogar, prohibir o limitar deducciones del impuesto sobre la renta. No obstante, la Corte reiteró que esta facultad no es absoluta o ilimitada.

El tribunal reiteró tres reglas de decisión respecto de los límites que imponen los principios de equidad y justicia tributaria para este tipo de medidas: *primera*, la norma que prohíba u omita la posibilidad de deducir de la renta bruta los costos y gastos en que incurren los trabajadores independientes para mantener la actividad productora de renta vulnera el principio de equidad tributaria en su dimensión vertical, por cuanto desconoce la capacidad económica de los trabajadores independientes, al igualarla indebidamente a la capacidad económica de los asalariados, quienes no incurren en ningún gasto para poner en movimiento la actividad productiva de renta. *Segunda*, la norma que prohíba o limite la deducción de una expensa de la renta bruta, que cumpla las exigencias de causalidad, razonabilidad y proporcionalidad respecto de la actividad productora de renta (artículo 107 del ET), no vulnera los principios de igualdad, equidad y justicia tributaria, salvo que la renta líquida así configurada resulte confiscatoria. *Tercera*, la norma que establezca deducciones o determine

las condiciones para acceder a ellas y que, a su vez, genere tratos desiguales en perjuicio de quienes, en principio, se encuentran en condiciones de igualdad para ser beneficiarios de las deducciones demandadas no desconocen los principios de igualdad, equidad y justicia tributaria. Esto, siempre y cuando la diferencia de trato persiga una finalidad no prohibida por la Carta Política o los sujetos comparados no estén, en realidad, en la misma situación.

Y añadió que, dado que la modificación del tratamiento tributario tiene efectos en el comportamiento de los agentes del mercado, es evidente que la adopción de normas de naturaleza tributaria forma parte de las herramientas mediante las cuales se ejercen las facultades de dirección e intervención del Estado en la economía según lo previsto en el artículo 334 de la Constitución. Este además, establece que la sostenibilidad fiscal es un límite al ejercicio de estas facultades y una herramienta para el logro de las finalidades del Estado social de derecho. La sostenibilidad fiscal supone el equilibrio entre el ingreso estructural y el gasto estructural, de modo que, si se demuestra que una medida adoptada por el legislador tributario elimina o reduce de forma significativa una fuente importante de ingresos fiscales, para garantizar el cumplimiento del principio de sostenibilidad fiscal, será necesario que el legislador prevea razonablemente cuál será la fuente sustitutiva de ese ingreso, o haga explícita la reducción del gasto que se derivará de su pérdida.

En todo caso, la Corte resaltó que no toda medida tributaria que desincentive una actividad económica está sujeta a una exigencia como la descrita, pues no todas las actividades tienen incidencia directa en el cálculo de los ingresos estructurales. Dicho de otro modo, si se demuestra razonablemente que una medida tributaria puede afectar de forma intensa el ingreso estructural y, por esa vía, comprometer la sostenibilidad fiscal, es preciso que el legislador demuestre que existen medidas alternativas para contrarrestar la reducción del ingreso, ya sea a través de la generación de ingresos sustitutivos o la reducción del gasto estructural.

Fijado el parámetro de juzgamiento aplicable al caso concreto, la Sala Plena solucionó el problema jurídico propuesto. En este orden, concluyó que la disposición acusada genera un trato diferenciado entre dos grupos comparables: las empresas dedicadas a la explotación de recursos naturales no renovables que pagan las regalías en especie y las empresas que se dedican a la misma actividad económica, pero que pagan las regalías en dinero. Aunque se demostró que existen algunas diferencias en la liquidación de las regalías según la modalidad de pago, la Sala plena encontró que estas solo son de naturaleza reglamentaria, y que, previo a la promulgación de la disposición acusada, la utilidad bruta sobre la cual se calculaba el impuesto a cargo de unos y otros era la misma. En suma, la Sala

Plena tuvo por demostrado que la norma genera un trato diferenciado entre dos grupos de sujetos que, analizados con un criterio de comparación relevante a la luz de las finalidades perseguidas por la disposición acusada, comparten más similitudes que diferencias.

Acto seguido, la Corte identificó las finalidades perseguidas por la medida y encontró que estas no se encuentran prohibidas por la Constitución. En particular, señaló que la norma busca: (i) corregir una situación que, a juicio del Gobierno, hacía ineficaz el pago de las regalías; (ii) aumentar el recaudo mediante la ampliación de la base gravable del impuesto sobre la renta de las personas jurídicas dedicadas a la explotación y exploración de RNNR; e (iii) internalizar las implicaciones sociales, ambientales y ecológicas, que se derivan de la explotación de recursos naturales no renovables, de manera que sean las mismas empresas las que asuman esas implicaciones.

Aunque la Corte encontró que las finalidades perseguidas por la norma no están prohibidas por la Constitución Política, la disposición no cumple el criterio de idoneidad, pues el medio empleado sí está prohibido, por cuanto el tratamiento disímil impartido por el parágrafo 1 del artículo 19 demandado no se sustenta en la capacidad contributiva de los obligados. Por el contrario, parece obedecer únicamente al propósito de que la norma tributaria refleje el tratamiento contable de las regalías.

En particular, la Sala señaló que la medida adoptada por el legislador pierde de vista varios elementos: (i) la obligación de pago de las regalías de la que los explotadores de recursos naturales no renovables son deudores es la misma sin importar el medio elegido para su extinción; (ii) el espacio adicional de capacidad contributiva que, según el Gobierno, justificó la medida no depende de si las regalías se pagan en especie o en dinero, sino de la ejecución por el contribuyente de una actividad económica altamente rentable, (iii) los contribuyentes no pueden elegir si pagan la regalía en dinero o en especie, y (iv) limitar la prohibición de deducción de las regalías al costo de producción cuando estas son pagadas en especie y, al mismo tiempo, sostener la prohibición por la totalidad del precio pagado en dinero aumenta de forma diferente y desproporcionada la carga tributaria del contribuyente que paga la regalía en dinero, a pesar de que este se encuentra en la misma posición del contribuyente que paga la regalía en especie.

Para dilucidar el problema desde la dimensión vertical del principio de equidad tributaria, la Sala Plena resaltó que la actividad económica de explotación de recursos naturales no renovables está expuesta a una alta volatilidad de precios, determinada por factores externos al explotador, o al país en el que ocurre la explotación. Reconoció que el deber de contribuir al financiamiento del gasto y la inversión pública en condiciones de justicia

y equidad implica que el sistema tributario debe capturar las variaciones de rentabilidad inherentes a la exploración y explotación de recursos naturales no renovables.

La Sala Plena añadió que las regalías que se pagan por la explotación de recursos naturales no renovables no corresponden a una erogación discrecional del contribuyente, sino a un pago obligatorio que tiene por fuente un deber previsto en el artículo 360 de la Constitución Política, sin el cual es imposible desarrollar la actividad económica de exploración y explotación de los recursos naturales no renovables. En este sentido, no incrementan el patrimonio del contribuyente. Por ello, la Sala concluyó que la deducción de las regalías opera como una minoración estructural. Dado que las regalías pueden llegar al 25% del precio del producto explotado a boca de pozo, boca o borde de mina, y en razón a que es imprescindible para el desarrollo de la actividad económica, la Corte estimó que prohibir su deducción desconocía la capacidad contributiva de los sujetos obligados; y además, violaba la confianza legítima de las empresas explotadoras de recursos naturales no renovables que suscribieron contratos e hicieron inversiones en el entendido de que las contraprestaciones pagadas al Estado por efecto de la explotación de los recursos naturales no renovables no aumentarían la base gravable de su impuesto de renta.

A su turno, al analizar la norma en concreto, la Corte concluyó que, en periodos de precios bajos, la prohibición de deducción de las regalías, tal como fue adoptada, es decir de forma permanente y sin condicionamientos, excepciones, o reglas de compensación, aumenta artificialmente la base gravable de forma que hace confiscatorio el impuesto. Esto por cuanto no prevé garantías de no confiscación para aquellos eventos en los que el aumento artificial de la base gravable, derivado de la prohibición de deducción de las regalías, aumenta el impuesto a cargo cuando la actividad económica reporta pérdidas.

Por último, se analizó la posibilidad de adoptar una sentencia integradora para igualar la carga tributaria que asumen las empresas dedicadas a la explotación de recursos naturales no renovables que pagan regalías en dinero y en especie, para corregir por esa vía el desconocimiento del principio de equidad tributaria advertido, sin excluir la norma del ordenamiento. Sin embargo, la Sala encontró que en este caso tal alternativa no era procedente.

Así las cosas, concluyó que el único remedio posible para garantizar la supremacía e integridad de la Constitución Política en este caso consiste en declarar la inexecutable del parágrafo 1 del artículo 19 de la Ley 2277 de 2022. Por lo demás, para conjurar los eventuales efectos que tenga esta

decisión sobre los ingresos de la Nación, el Gobierno nacional deberá tomar las medidas necesarias para garantizar la sostenibilidad fiscal.

Por lo tanto, la Sala Plena determinó que la disposición acusada es inexecutable por violación del principio de equidad tributaria en sus dos dimensiones.

5. Salvamentos y reservas de aclaración de voto

El magistrado **JUAN CARLOS CORTÉS GONZÁLEZ** salvó su voto y la magistrada **NATALIA ÁNGEL CABO** se apartó parcialmente de la decisión. Reservaron aclaración de voto la magistrada **DIANA FAJARDO RIVERA**, y los magistrados **ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO**, **JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS** y **ALEJANDRO LINARES CANTILLO**.

El magistrado **Cortés González salvó su voto y se apartó de la decisión mayoritaria** sobre la inexecutable de la norma censurada. Su postura estuvo fundada en los siguientes aspectos:

1. La posición de la mayoría asumió un control de la norma tributaria revisada más allá de los argumentos de la demanda. Lo anterior, al menos por dos aspectos: i) el cargo formulado por el demandante no cumplía con los requisitos constitucionales para ser estudiado. Particularmente por ausencia de especificidad y suficiencia debido a que el ciudadano eludió presentar una argumentación relacional que acreditara la vulneración de la equidad tributaria como expresión del principio de igualdad; y ii) las censuras que dieron lugar a la decisión de fondo fueron una construcción propia de la Corte y no cumplían con los presupuestos jurisprudenciales para aplicar un control ampliado de constitucionalidad, en particular al no acreditarse un vicio evidente de constitucionalidad, en los términos de la Sentencia C-284 de 2014.

2. La motivación de la decisión de fondo fue contradictoria por las siguientes razones: i) el reconocimiento implícito de que la prohibición de deducción de regalías era acorde a la Constitución. Lo anterior, porque la inconstitucionalidad de la medida radicó en supuestos efectos prácticos en materia de equidad horizontal y vertical.

ii) El legislador cuenta con un amplio margen de configuración en cuanto al diseño de la política tributaria y especialmente, para establecer, revocar, limitar, restringir o prohibir deducciones, minoraciones estructurales y beneficios tributarios. Sin impuestos, definidos en el ámbito del debate democrático, no puede haber destino común ni capacidad colectiva para actuar. Los tributos representan un acuerdo político sobre quien debe pagar

qué y en nombre de qué principios, cuya definición corresponde a la instancia deliberativa y democrática por antonomasia.

Bajo ese entendido, la mayoría no tuvo en cuenta que las regalías son una contraprestación constitucional con régimen propio y no un costo o un gasto del contribuyente de renta, que bien podría considerarse fiscalmente, por ejemplo, como un ingreso no constitutivo de renta, pero sobre el cual el legislador mantiene un amplio margen de configuración en materia impositiva por disposición del mismo texto superior, pues no están excluidas de las regulaciones tributarias (art. 360 CP).

iii) La verificación de la equidad tributaria, tanto horizontal como vertical, no consideró un estudio estructural y sistemático de la medida, como lo ha requerido en reiteradas oportunidades la Corte. El examen ha debido también comprender el impuesto de renta, las deducciones, compensaciones, minoraciones estructurales y demás instrumentos tributarios que contribuyen a depurar la renta líquida gravable, al igual que su interacción con otros impuestos y situaciones tributarias. Solo de esta manera, era posible establecer las particularidades, diferencias y la capacidad contributiva de los sujetos pasivos estudiados.

Además, el análisis de dichas censuras no estuvo basado en la demostración de la violación de la Constitución sino en presuntos efectos prácticos de la norma, a partir de variables, metodologías, valoraciones y supuestos de ciclos económicos que son ajenos al parámetro de control invocado. Por el contrario, configuran aspectos doctrinarios y de conveniencia que no sustentan una declaratoria de inexecutable.

iv) La supuesta naturaleza confiscatoria de la prohibición de deducción de las regalías en ciclos económicos de precios bajos, en el marco de la equidad vertical. Esta argumentación resultaba contraria a la evidencia fáctica, pues supuso que la medida impositiva generaba una tasa efectiva de tributación desproporcionada cuando los precios del petróleo eran bajos. Sin embargo, el reciente informe 3T23 de Ecopetrol advertía que, aún con las dificultades de precios bajos, generadas por bajas ventas, efectos cambiarios, entre otros factores, la tasa efectiva de tributación, que incluía la sobre tasa al impuesto de renta y la no deducibilidad de las regalías fue del 47.0 % frente al 32.8 % del 3T22 y del 43.9% para los 9M23 ante el 32,8 % de los 9M22. Estas variaciones no evidencian un impacto irrazonable de la medida, frente a la pretensión recaudatoria del Congreso. Bajo tal entendido, la decisión estuvo basada en conjeturas sobre lo que podría ocurrirle al sector.

Adicionalmente, tal argumentación configura una restricción irrazonable y desproporcionada al poder impositivo del Estado cuando una medida tributaria debe aplicarse en ciclos económicos bajos. Es una limitación al

Gobierno y al Congreso de la República, pues solo se podría aplicar una política fiscal cuando los contribuyentes se encuentren en situaciones económicas de precios altos. En la misma línea, aquella no está sustentada en razones constitucionales, debido a que no existe referencia alguna en la Carta Política que establezca cuándo hay precios altos o bajos y, menos aún, que disponga que el poder tributario solo podría actuar en presencia de ciclos económicos favorables para un sector determinado. Tal aspecto, termina configurando un privilegio tributario para el sector de hidrocarburos, que no tienen otros sectores, incluso personas naturales, que también pueden padecer circunstancias económicas adversas y aun así, deben tributar plenamente. Se trata de una ventaja tributaria que carece de fundamento constitucional y cuya sustentación afecta la planeación presupuestaria, porque impacta en el recaudo de recursos para solventar las necesidades del Estado y la implementación de las políticas públicas sociales.

3. La declaratoria de inexecutable de la norma censurada genera problemas de constitucionalidad. El primero versa sobre el impacto fiscal de la decisión. En el trámite de constitucionalidad, lo que incluyó una serie de audiencias públicas, quedó acreditado que la medida fiscal buscaba recaudar 2.7 billones para 2023 y 2.2. billones para 2024. 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. Resultó contradictorio que la postura mayoritaria dedicara un capítulo extenso en la parte dogmática de la sentencia sobre este tema, para luego, desconocer la obligación de considerar el impacto fiscal de la decisión al declarar inexecutable la norma acusada. Lo anterior, genera una grave afectación al financiamiento de los gastos del Estado, particularmente, en lo destinado a atender las necesidades básicas insatisfechas de las personas.

El segundo radica en que, de aceptarse en gracia de discusión la existencia de un trato discriminatorio en materia de equidad horizontal entre quienes pagan las regalías en especie y los que lo hacen en dinero, la corrección de la discriminación normativa no era la inexecutable integral de la norma, pues, como quedó expuesto previamente, aquella compromete otros principios constitucionales como la sostenibilidad fiscal y la conservación del derecho por tratarse de una materia en la que el legislador tiene un amplio margen de configuración. En ese sentido, lo procedente habría sido declarar la inexecutable parcial del contenido normativo relacionado con la liquidación de las regalías en especie como costo de producción o, en su defecto, una executable condicionada del artículo acusado en el sentido de que la prohibición de deducción de regalías en dinero no podía ser superior de su equivalente en especie.

En tercer lugar, no se valoró ni decidió la alternativa de diferir los efectos de la decisión, para permitir que el Congreso de la República remediara la inconstitucionalidad evidenciada y, de esta manera, ponderar y materializar en la mayor medida posible, los postulados superiores comprometidos con la decisión.

Por su parte, **la magistrada Ángel Cabo salvó parcialmente su voto**, por las siguientes consideraciones.

La magistrada Ángel Cabo compartió la decisión de la mayoría en el sentido de considerar que la fórmula para determinar el monto no deducible para las compañías que explotan hidrocarburos y pagan regalías, que incorpora el artículo 19 de la Ley 2277 de 2022, vulnera el principio de igualdad, debido al tratamiento diferenciado entre aquellas que pagan al Estado las regalías en especie y las que lo hacen en dinero. En la misma línea, la magistrada Ángel Cabo estuvo de acuerdo con el espíritu de la ponencia sobre la necesidad de que se proteja la seguridad jurídica en los contratos ya suscritos y, en general, en el análisis del concepto de “contraprestación” del artículo 360 de la Constitución. No obstante, dicha magistrada se distanció de algunos fundamentos y conclusiones de la ponencia que, al ser escritos como parte de la razón de la decisión (*ratio decidendi*) y no de dichos al pasar (*obiter dicta*), generan precedentes complejos tanto en términos procesales como tributarios.

En primer lugar, la magistrada Ángel Cabo cuestionó que una decisión tan difícil y trascendental como la que adoptó la Corte en esta sentencia tenga lugar en una demanda con serios problemas de aptitud. Sobre el punto, la magistrada resaltó que esta sentencia se basó principalmente en dos cargos que no estaban presentes en la demanda y realizó una integración normativa cuyo sustento es cuestionable. La magistrada Ángel recordó que la Corte tenía la oportunidad de pronunciarse en un par de semanas frente a dos demandas acumuladas en contra del artículo 19 de la Ley 2277 de 2022. Esas demandas le hubieran permitido a la Corte decidir las cuestiones que hoy aborda sin la necesidad de realizar “malabares procesales” que extienden injustificadamente el sentido de la demanda. Aunque esto pueda ser leído por algunos como un mero formalismo, no lo es. Unas reglas claras y consistentes son una garantía mínima de un buen ejercicio de la función judicial.

En segundo lugar, y en términos sustanciales, la magistrada Ángel Cabo subrayó cuatro aspectos que, a su juicio, son problemáticos de la sentencia y que gestan precedentes complejos para futuros casos tributarios. Primero, aunque la ponencia analizó el concepto de “contraprestación” del artículo 360 de la Constitución desde la teoría general de las obligaciones, dejó de lado la relación entre las regalías y los impactos ambientales y sociales de la

explotación de recursos naturales no renovables que ha resaltado la Corte en su jurisprudencia. El silencio de la sentencia al respecto podría generar la conclusión, a su juicio equivocada, de que los impactos ambientales y sociales no se deben compensar o mitigar adecuadamente. Es posible que la conclusión de la Corte fuera que la norma estudiada tenía problemas de necesidad porque dichos impactos podrían ser compensados a través de otras vías. Sin embargo, al omitir la discusión, evadió uno de los argumentos centrales de quienes defendían la exequibilidad de la norma.

En tercer lugar, la sentencia sostiene que la norma demandada es inconstitucional, entre otras cosas, porque el legislador debe permitirles a todas las compañías por igual deducir sus costos de la renta bruta en los términos del artículo 107 del Estatuto Tributario. A juicio de la magistrada Ángel esta conclusión, que es central en la ponencia, es cuestionable, no solo porque se aleja de los precedentes establecidos por la Corporación sino también porque termina convirtiendo una norma de rango legal en un parámetro de constitucionalidad. Darle el rango de parámetro de constitucionalidad a una norma legal de la misma jerarquía que la norma demandada es problemático en términos conceptuales, y de cara a futuros análisis de constitucionalidad.

En cuarto lugar, la magistrada Ángel echó de menos en la sentencia un análisis sistémico de equidad tributaria. La magistrada recordó que la Corte ha sostenido que el principio de equidad tributaria se predica del sistema en su conjunto. De ese modo, solo si una norma afecta la equidad del sistema tributario en su integridad, puede ser declarada inexecutable por esa razón. La sentencia, en cambio, hace un análisis relacional y particular, que no ilustra los efectos sistémicos de la norma demandada. En otros términos, si bien la norma tiene problemas de igualdad entre sujetos comparables, la sentencia no demuestra por qué la prohibición de la deducibilidad de las regalías representa un sacrificio desproporcionado e irrazonable de la equidad del sistema tributario mirado en su conjunto.

En quinto lugar, la magistrada Ángel Cabo no compartió la conclusión de la sentencia sobre los rasgos confiscatorios de la norma demandada. Para la magistrada, la sentencia no se basa en el argumento de que la norma sea confiscatoria dadas las condiciones actuales del mercado, sino sobre el presupuesto de que puede llegar a serlo si se cumplen varias condiciones, a saber: una alta producción, altos costos operativos y de producción y bajos precios internacionales. Con base en ese escenario, la sentencia concluye que la prohibición es inconstitucional porque la norma demandada no incluye un régimen tributario especial que se active en los ciclos de precios bajos y evite los posibles efectos confiscatorios. En su criterio, este es un escenario especulativo sobre el cual no se ha debido fundar la decisión de inconstitucionalidad. El escenario de precios bajos puede ir acompañado de

circunstancias cambiarias, de volumen de demanda, de cambios en la estructura salarial o en la reducción o aumento de costos por avances tecnológicos, que no permiten afirmar que en la totalidad de los casos futuros la no deducibilidad será confiscatoria. Este no solo es un mal precedente de cara a los casos que llegue a decidir la Corte en el futuro, sino que tampoco fue un cargo presentado por el demandante. Por ende, consideró que el análisis de constitucionalidad se debió limitar a los problemas de igualdad incorporada en la fórmula de la norma demandada, sin entrar en campos especulativos atinentes a asuntos extrajurídicos.



DIANA FAJARDO RIVERA
Presidenta
Corte Constitucional de Colombia