MARZO DE 2021

EL GOVERNMENT TAKE DE LA **MINERÍA DE ORO EN COLOMBIA**

Revisión, análisis y actualización de estudios técnicos relacionados con el Government Take en Colombia para proponer a la ANM una hoja de ruta relacionada con la explotación de oro para el desarrollo de estudios técnicos futuros.

Directora: Astrid Martínez Ortiz
Investigador Principal: Enrique López Enciso
Asesor Jurídico: Nicolás Zapata
Economista Junior: Juan David González



Fedesarrollo
Calle 78 # 9 - 91, Bogotá, Colombia.
Teléfono: (571) 3259777
@Fedesarrollo

FEDESARROLLO
Centro de Investigación Económica y Social

FEDESARROLLO
Centro de Investigación Económica y Social

EL GOVERNMENT TAKE DE LA MINERÍA DE ORO EN COLOMBIA

Revisión, análisis y actualización de estudios técnicos relacionados con el Government Take en Colombia para proponer a la ANM una hoja de ruta relacionada con la explotación de oro para el desarrollo de estudios técnicos futuros.

INFORME FINAL

Directora: Astrid Martinez Ortiz

Investigador Principal: Enrique López Enciso

Asesor Jurídico: Nicolás Zapata

Economista Junior: Juan David González

Bogotá, marzo de 2021

Introducción[1]

El atractivo de un país para los inversionistas mineros reside en la dotación de sus recursos naturales y, específicamente, la prospectividad o potencial de encontrar yacimientos importantes de minerales, en la calidad de sus instituciones y del imperio de la ley y en las características de su régimen fiscal.

El concepto de *government take* reúne lo que recibe el país a cambio de permitir la explotación de un recurso que le pertenece y que no es renovable. El monto de esa participación del gobierno en las utilidades de los proyectos mineros o extractivos está definido por decisiones de política pública consagradas en la Constitución Política y las leyes que desarrollan sus mandatos, las cuales pueden ser ajustadas en la medida en que cambian las condiciones del mercado y las percepciones sobre la conveniencia de explotar esos recursos por el Estado o por terceros, y las reglas ambientales y sociales de su producción.

El gobierno debe diseñar, en el marco general de las decisiones políticas descritas, el instrumento que maximice los recursos para financiar los fines del Estado sin disuadir a los inversionistas de incurrir en el riesgo exploratorio y de invertir en la producción mineral en el país. No es una tarea fácil. Las inversiones actuales revelan una ventaja competitiva revelada del país en el mercado en el cual compiten los países por el capital de este riesgo específico y de la tecnología. Pero no es posible conocer las inversiones que no se hicieron debido a alguna de las variables que las empresas toman en cuenta para sus decisiones.

El mantener la competitividad del contrato minero colombiano es una preocupación constante de las autoridades. No solo para atraer las inversiones sino para asegurar que la contraprestación obtenida es la máxima posible porque es su deber no solo hoy sino frente a las generaciones futuras.

En medio de la transición energética, la explotación de minerales es objeto de debate y análisis más detallado de lo que fue en el pasado. Es conocido que el carbón está siendo muy afectado en cuanto a la demanda actual y a su proyección futura. Y se crean programas para certificar las exportaciones verdes de carbón y para reconvertir a los pequeños productores. El país se prepara también para diversificar su minería, en particular la del cobre y el oro que tienen mercado en medio de los procesos de descarbonización, digitalización y descentralización de la demanda eléctrica en el mundo. De ahí que la Agencia Nacional de Minería quiera conocer todos los aspectos que definen el government take en oro y que Fedesarrollo haya sido contratado para elaborar los estudios previos de lo que puedan llegar a ser los términos de referencia de un estudio más amplio por elaborar.

Este trabajo consta de tres secciones: la primera reúne las normas en cuanto a la minería, las contraprestaciones económicas y los regímenes de tributación; la segunda describe el mercado mundial del oro y la tercera trata sobre el government take: analiza los estudios previos sobre oro, hace un ejercicio propio de government take de oro para Colombia.

[1] Este trabajo terminó el 31 de diciembre. Esta versión recoge comentarios de la Agencia nacional de Minería, ANM

I Marco normativo de la minería en Colombia y *government take*

Por tratarse de un recurso natural no renovable y naturalmente de un mineral, los antecedentes históricos y fácticos y el marco normativo del oro son, de manera general, los mismos que se consideran y aplican para los demás minerales. En el Anexo, se reseñan los principales elementos relativos a cada uno de esos aspectos, así como referencias y consideraciones en torno a las competencias y facultades de la Agencia Nacional de Minería -ANM- para la asignación de áreas estratégicas mineras.

La precitada reseña histórica y normativa anexa sirve como punto de partida para examinar normas, convenciones y estipulaciones que fundamentan el Government Take del oro en Colombia y esbozar algunas recomendaciones y valoraciones respecto de estas.

A continuación, se presenta la reseña de normas que imponen la asunción y el monto de las obligaciones antes referidas:

Obligación	Tipo	Norma
Regalías	Contraprestación económica	1.- **Definición de regalías**. Constitución Política de Colombia. Artículo 360. 2.- **Monto de las regalías**. Artículos 16, 17, 18 y 19 de la Ley 756 de 2002. 3.- **Formalización y seguimiento**. Artículo 330 de la Ley 1955 de 2019
Impuesto a la renta	Impuesto del orden nacional	1.- **Concepto**. Artículos 240 y 241 del Estatuto Tributario. 2.- **Tarifa general**. Artículo 34 de la Ley 2010 de 2019 que modifica el 241 del Estatuto Tributario.
Gravamen a los movimientos financieros	Impuesto del orden nacional	1.- **Concepto y monto**. Ley 633 de 2000.
Impuesto sobre vehículos automotores	Impuesto del orden nacional	1.- **Concepto y monto**. Ley 488 de 1998.
Contribución Superintendencia de Sociedades	Contribución	1.- **Concepto y monto**. Artículo 121 de la Ley 1116 de 2006. 2.- Actualización mediante acto administrativo que anualmente debe expedir el Superintendente de Sociedades.
Canon Superficiario	Contraprestación económica	**Concepto y monto**. Artículo 230 de la Ley 685 de 2001
Impuesto social a los explosivos	Impuesto del orden nacional	Concepto y monto. Artículo 224 de la Ley 1438 de 2011.

Impuesto al oro	Impuesto del orden nacional	**Concepto y monto**. Artículo 152 de la Ley 488 de 1998.
Aranceles	Impuestos	**Concepto y monto**. Leyes 6 de 1971, 7 de 1991 y 1309 de 2013.
Impuesto de Industria y Comercio	Impuesto Territorial	Concepto y monto. Artículos 32 a 40 de la Ley 14 de 1983.
IVA no recuperable	Impuesto del orden nacional	Concepto. Ley 1819 de 2016
Aportes Parafiscales	Aportes y contribuciones	**Concepto y monto**. Leyes 21 de 1982, 27 de 1974, y 7 de 1979, y Decreto 111 de 1996
Contribuciones ambientales	Contribuciones	**Concepto**. Ley 1333 de 2013. **Descuentos**. Ley 1819 de 2016
Impuesto sobre la Renta a la equidad -CREE-	Impuesto del orden nacional	Concepto. Ley 1607 de 2012
Sobretasa a la gasolina	Sobretasa	Concepto y monto. Ley 488 de 1998 y artículo 2.2.1.2.2.4 del Decreto 1073 de 2015.

*El detalle de las normas y conceptos se encuentra también en documento anexo.

A partir de lo anteriormente expuesto, se presentan las siguientes consideraciones:

1.- En primer lugar, conviene anotar que los conceptos que componen el *government take* para la extracción de oro en Colombia, sin excepción, son de origen legal. En estos casos cualquier proyecto de modificación, ajuste, supresión o adición debe ser tramitada por el Congreso de la República.

2.- Solamente en el caso de las contraprestaciones económicas que puede establecer o fijar la Agencia Nacional Minera para las áreas estratégicas mineras a las que refiere el artículo 20 de la Ley 1753 de 2015 no se requeriría de soporte o sustento legal. (Martínez et al, 2019)

3.- Cualquier reforma que se proyecte sobre estas sería de carácter legal y se recomienda sea acordada con la Unidad de Planeación Minero- Energética -UPME- y con el Ministerio de Minas y Energía-.

4.- El examen sobre el *Government take* debe incluir evaluaciones sobre exenciones y descuentos; incentivos para la disminución o ajuste de los impuestos a la renta y oro; valoración del régimen simple de tributación para incluir tratamientos diferenciados por tamaño o del régimen para organizaciones solidarias o sin ánimo de lucro; reflexiones sobre las medidas adoptadas en materia de formalización y el tratamiento que se le concede a las regalías.

5.- Por ejemplo: mediante la Ley 1819 de 2016 desarrollada por el Decreto 2253 de 2017 que adicionó el 1075 de 2015, se dispuso como incentivo al incremento de las inversiones de exploración y explotación de hidrocarburos y exploración en minería, el otorgamiento de un Certificado de Reembolso Tributario -CERT- a los contribuyentes que aumenten aquellas, el cual corresponderá

a un porcentaje del valor del incremento.

6.- Concretamente, las del sector minero serán las que tienen por objeto mantener o incrementar la producción de los proyectos actuales, acelerar los que están en transición (de construcción y montaje a explotación) e incrementar los proyectos de exploración minera.

7.- Justamente, el Decreto 2253 de 2017 establece que el incentivo al incremento de las inversiones en los sectores de hidrocarburos y minería deben considerar, entre otros, los siguientes criterios:(i) precios internacionales de referencia; (ii) nivel de inversión y (iii) metas de reservas de producción. Habría que anticipar que la política minera puede evolucionar hacia más restricciones en el marco de las metas y los riesgos de la transición energética.

8.- Ahora, puede apreciarse que, si bien el decreto 2253 de 2017 aportó importantes recursos y desarrollo en determinados proyectos, estos corresponden a unos de gran escala. Empero, no apunta a la revisión o ajuste del impuesto de renta o de las regalías para aquellos de mediana y pequeña.

9.- Resulta imperativo adoptar medidas tendientes a la formalización, que inexorablemente pasa por la revisión de concepto y tarifas de los impuestos de renta y oro y de las regalías en el caso de la explotación de este mineral.

Esto no solamente obedecería a propósitos de competitividad del país -corolario obvio- sino que apuntaría a proyectos de legalización, protección del medio ambiente y claramente de aumento a las rentas que provienen de la extracción del mineral.

10.- No pretende soslayar lo anterior los esfuerzos, gestiones y acciones emprendidas por el Estado en aras a la formalización de la actividad minera. Como instrumento de política pública minera, en el año 2010, mediante Ley 1382, el Congreso de la República reformó el Código de Minas -685 de 2001-, con el propósito de modernizar la industria, promocionar la inversión, abreviar los trámites requeridos para obtención de título minero y fundamentalmente ajustar la normatividad a nuevas y trascedentes consideraciones en materia ambiental que propendían por la protección de áreas y zonas especiales.

El articulado pretendía la formalización de actividades de explotación -artículo 1-, distinguir los tipos de minería, establecer los conceptos de zonas excluidas -artículo 3-, legalización -artículo 12- y fortalecer los requisitos en materia ambiental -artículos 13 y 14, 15 y siguientes-.

También se advierte la adopción de medidas tendientes a fortalecer las labores de seguimiento y fiscalización a cargo de la autoridad minera -artículo 23-, en función de las proyectadas modificaciones en materia de legalización y formalización.

No obstante, la Corte Constitucional, mediante sentencia C-366 de 2011 declaró inexequible la reforma adoptada. Para el alto Tribunal, sobre la base del respeto del derecho fundamental de consulta previa, la norma debía haberse discutido y concertado con comunidades étnicas y afrodescendientes que permitiera preservarlas e involucrarlas en el establecimiento de criterios y parámetros que podría llegar a impactarlas.

11.- Con sujeción a la Ley 1382 de 2010, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 933 de 2013 que desarrollaba aspectos procedimentales para la formalización de la actividad. Desde la promulgación de la Ley 1450 de 2011, concretamente del artículo 107, se había plasmado la necesidad de diferenciar la minería informal de la ilegal para disponer de una serie de medidas que contribuyeran a definir criterios, parámetros y lineamientos que le permitieran al Estado acompañar el referido propósito.

Empero, en examen de legalidad practicado por el Consejo de Estado -Sección Tercera, Expediente No. 11001-03-26-000-2015-00169-00(55881) del veintiocho (28) de octubre de 2019, Consejero Ponente Dr. Martín Bermúdez Muñoz- se declaró su nulidad, cuando previamente había sido suspendido por la misma Corporación en 2016.

12.- Si bien se han adoptado medidas tendientes a la formalización y de distinción para la minería de pequeña, mediana y gran escala recogidas en el Decreto 1073 de 2015, no puede pasarse por alto que aquellas contenidas en la Ley 1382 de 2010 y en el Decreto 933 de 2013 que pretendió desarrollarla -ambas eliminadas del ordenamiento jurídico- resultaban de alto impacto para hacer frente a una problemática que afecta distintos bienes jurídicos esenciales.

13.- La razón de la supresión de las normas obedece a la presunta falta de concertación del contenido de ellas con territorios y resguardos indígenas y comunidades afrodescendientes, a quienes por ministerio de la Constitución Política se les debe garantizar el derecho fundamental a la consulta previa.

14.- De ahí que la adopción de normas que puedan afectar los territorios o resguardos indígenas debe ser consultada con sus habitantes. Sobre esa base, justamente, es que el estudio que se adelante sobre el *government take* podría analizar las disposiciones contenidas en el Código de Minas -artículo 129-[2] relativas a la participación económica de aquellos en los proyectos de minería.

Estos representantes no están en el deber de cancelar impuestos prediales, catastrales, de renta o registro. Y las regalías que se perciban deben ser destinadas a obras y servicios que redunden en el beneficio de la comunidad. Este concepto puede resultar determinante para la consideración, identificación y definición de las áreas estratégicas mineras a cargo de la autoridad minera.

15.- También en materia de regalías, se recomienda la revisión del concepto de deducibilidad establecido por el Consejo de Estado, según se expone a continuación:

- El doce (12) de octubre de 2017 el Consejo de Estado emitió la Sentencia N.° 19950, que revocó el concepto 15766 de 2005 de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN. Este permitía a todos los contribuyentes aplicar el artículo 116 del Estatuto Tributario para deducir las regalías pagadas por la explotación de recursos naturales. A pesar de la revocatoria de aquel, la posición del Consejo de Estado es que la deducibilidad de las regalías depende del cumplimiento de los requisitos generales de deducibilidad previstos en el artículo 107 del ET.

- De acuerdo con la normativa tributaria colombiana, un gasto será deducible siempre y cuando sea necesario, proporcional y tenga relación de causalidad con las actividades productoras de renta. Además de la mencionada regla general, en algunos casos aplican reglas de

deducibilidad específicas que establecen requisitos o limitaciones adicionales.

- Por ejemplo, existen reglas que limitan la capacidad para deducir un gasto de intereses en función de umbrales de patrimonio, a pesar de que el gasto por intereses cumpla con los requisitos generales antes mencionados para la deducción de gastos. Otro ejemplo ilustrativo es que solo ciertos impuestos son deducibles, independientemente de los necesarios, proporcionales o relacionados con la actividad productora de renta del contribuyente.

- En el caso de regalías por explotación de recursos naturales, existen dos (2) reglas relevantes en el Estatuto Tributario, a saber: (i) el artículo 107, que contiene los requisitos generales para las deducciones; y (ii) el artículo 116, que establece que los impuestos, regalías y contribuciones pagados por las entidades descentralizadas son deducibles, siempre y cuando cumplan con los requisitos aplicables.

- El artículo 116 ha generado dudas y discusiones en relación con la posibilidad de que las empresas privadas puedan deducir pagos de regalías relacionadas con la explotación de recursos naturales. Durante muchos años, la opinión de la DIAN fue que dichos pagos no podían deducirse del impuesto de renta, pues a su juicio se trataba de una deducción taxativa aplicable únicamente a cierta clase de contribuyentes. Sin embargo, en el 2005 la DIAN modificó su opinión y concluyó que dichas regalías sí eran deducibles.

- El concepto manifestaba:

  - “Son deducibles para efectos de la determinación de la renta líquida, las regalías causadas por la explotación de recursos naturales no renovables, sin distinción de la clase de contribuyente, siempre y cuando cumplan los requisitos, que para su procedencia, según el caso, exige la legislación tributaria.”.

  - En esa oportunidad, la autoridad tributaria señaló que, en virtud del principio de igualdad, no había razón para limitar dicha deducción únicamente a entidades descentralizadas. La DIAN también argumentó que esta conclusión se desprende del espíritu o la intención de la norma en cuestión.

  - En vista de lo anterior, varios contribuyentes incluyeron las regalías como gasto deducible en sus declaraciones de renta. Otros, ya las habían incluido desde antes, y continuaron con la práctica bajo la disposición general del mencionado artículo 107. Sin embargo, las preocupaciones y las dudas no cesaron con el concepto del 2005. En efecto, un grupo de individuos presentaron una demanda de nulidad en contra del concepto de la DIAN, alegando que el artículo 116 del Estatuto Tributario es lo suficientemente claro al establecer que únicamente las entidades descentralizadas pueden deducir regalías. En opinión de los demandantes, el artículo 116 no contiene ambigüedad alguna y, por lo tanto, la DIAN no podía interpretarlo de manera distinta para concluir que en virtud del principio de igualdad la deducción debía aplicar a todos los contribuyentes.

  - En la demanda también se argumentó que la amplia interpretación de la DIAN no sólo es contraria el texto del artículo 116, sino que también contradice el propósito original de la

norma que llevó a dicho artículo (i.e. el artículo 6 del Decreto 1979 de 1974). Adicionalmente, los demandantes mostraron preocupación por la reducción de ingresos públicos y el efecto negativo que se desprende de la deducción injustificada validada por la DIAN.

- A su turno, la DIAN insistió en que permitir la deducción por parte de los contribuyentes privados coincide con la intención original de la norma y que las regalías serían deducibles siempre y cuando cumplieran con los requisitos generales contenidos en el artículo 107 del ET.

- A lo largo del proceso, varios expertos tuvieron la oportunidad de expresar sus opiniones a favor o en contra de la interpretación de la DIAN. Algunos opinaron que el artículo 116 del Estatuto Tributario tiene un contexto importante que debería ser considerado, y sirve para realizar una interpretación amplia, mientras que el artículo 107 aplica igualmente para permitir la deducción de cualquier costo o gasto (incluyendo regalías), que sea necesario, proporcional y tenga relación de causalidad con la actividad productora de renta del contribuyente. Otros señalaron que el artículo 116 es claro y solo permite concluir que dicha norma únicamente está dada para las entidades descentralizadas.

- El Consejo de Estado, entonces, analizó el método de interpretación adecuado para el artículo 116. Evaluó si era preferible considerar el espíritu e intención de la norma, o favorecer una interpretación literal. Al final, determinó que era muy importante consultar el espíritu, la intención y los fines de la norma en este caso, pero aclaró que, aún, atendiendo a dichas consideraciones, el artículo 116 creaba una regla de derecho específica y restrictiva, la cual únicamente permite a las entidades descentralizadas deducir las regalías pagadas. En consecuencia, contrario a lo señalado por la DIAN en el concepto de 2005, el Consejo de Estado concluyó que la norma establecía una deducción generalizada del impuesto sobre la renta.

- Sin embargo, el mismo Consejo de Estado también aclaró que, si bien el artículo 116 aplica únicamente a regalías pagadas por entidades descentralizadas, el artículo 107 continúa siendo la regla general. En otras palabras, el Consejo de Estado está de acuerdo con los demandantes en que el artículo 116 es de interpretación restrictiva, pero aclara que bajo el artículo 107 un gasto por regalías sí puede ser tomado como una deducción siempre y cuando cumpla con los requisitos allí establecidos.

- En conclusión, el Consejo de Estado decidió revocar el concepto 15766 de 2005 de la DIAN, y concluyó que ni el espíritu ni el fin ni la literalidad del artículo 116 avalan la posición de la DIAN. Sin embargo, en opinión del alto tribunal, esto no implica que las empresas privadas no puedan deducir regalías por la explotación de recursos naturales cuando se cumplan los requisitos previstos en el artículo 107.

- Ergo, mientras no haya una decisión o una norma que indique lo contrario, parece razonable concluir que la deducibilidad de las regalías debe analizarse bajo el artículo 107 del ET, tal como se hace con cualquier otro gasto. Este asunto debe ser objeto de revisión con la perspectiva del government take. Esta participación del Estado en las utilidades de los proyectos que explotan recursos naturales no renovables debe ser definida con criterio de

maximizar los ingresos efectivos del Estado sin desanimar la inversión privada. Debe fijarse un objetivo que tome en consideración las deducciones y exenciones para obtener el resultado deseado.

18.- Resulta de la mayor importancia la valoración también de la previsión de la Ley 2010 de 2019 en torno al impuesto unificado bajo el régimen simple de tributación.

> Artículo 903. Creación del impuesto unificado bajo el Régimen Simple de Tributación - Simple. Créese a partir del 1° de enero de 2020 el impuesto unificado que se pagará bajo el Régimen Simple de Tributación - Simple, con el fin de reducir las cargas formales y sustanciales, impulsar la formalidad y, en general, simplificar y facilitar el cumplimiento de la obligación tributaria de los contribuyentes que voluntariamente se acojan al régimen previsto en el presente Libro.
>
> El impuesto unificado bajo el Régimen Simple de Tributación - Simple es un modelo de tributación opcional de determinación integral, de declaración anual y anticipo bimestral, que sustituye el impuesto sobre la renta, e integra el impuesto nacional al consumo y el impuesto de industria y comercio consolidado, a cargo de los contribuyentes que opten voluntariamente por acogerse al mismo. El impuesto de industria y comercio consolidado comprende el impuesto complementario de avisos y tableros y las sobretasas bomberil que se encuentran autorizadas a los municipios.
>
> Este sistema también integra los aportes del empleador a pensiones, mediante el mecanismo del crédito tributario.
>
> **Parágrafo 1**°. La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), en uso de sus facultades, podrá registrar en el presente régimen de manera oficiosa a contribuyentes que no hayan declarado cualquiera de los impuestos sobre la renta y complementarios, sobre las ventas, al consumo y/o el impuesto de industria y comercio consolidado. La inscripción o registro, podrá hacerse en el Registro Único Tributario (RUT) de manera masiva, a través de un edicto que se publicará en la página web de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN).
>
> La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) informará a las autoridades municipales y distritales, mediante resolución, el listado de los contribuyentes que se acogieron al Régimen Simple de Tributación - Simple, así como aquellos que sean inscritos de oficio.
>
> **Parágrafo 2°.** El Gobierno nacional reglamentará el intercambio de información y los programas de control y fiscalización conjuntos entre la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) y las autoridades municipales y distritales.
>
> **Parágrafo 3°.** Los contribuyentes que opten por acogerse al impuesto unificado bajo el Régimen Simple de Tributación - Simple deberán realizar los respectivos aportes al Sistema General de Pensiones de conformidad con la legislación vigente y estarán exonerados de aportes parafiscales en los términos del artículo 114-1 del Estatuto Tributario.
>
> **Parágrafo 4°.** El valor del aporte al Sistema General de Pensiones a cargo del empleador que sea contribuyente del impuesto unificado bajo el Régimen Simple de Tributación - Simple, se podrá tomar como un descuento tributario en los recibos

> electrónicos de pago del anticipo bimestral Simple de que trata el artículo 910 de este Estatuto. El descuento no podrá exceder el valor del anticipo bimestral a cargo del contribuyente perteneciente a este régimen. La parte que corresponda al impuesto de industria y comercio consolidado no podrá ser cubierta con dicho descuento.
>
> El exceso originado en el descuento de que trata este parágrafo podrá tomarse en los siguientes recibos electrónicos del anticipo bimestral SIMPLE a aquel en que se realizó el pago del aporte al Sistema General de Pensiones. Para la procedencia del descuento, el contribuyente del impuesto unificado bajo el Régimen Simple de Tributación - Simple debe haber efectuado el pago de los aportes al Sistema General de Pensiones antes de presentar el recibo electrónico del anticipo bimestral Simple de que trata el artículo 910 de este Estatuto.

El régimen simple de tributación podría abreviar trámites y procedimientos para el sector, sin perjuicio de analizar sus particulares condiciones y también en este caso distinguir la aplicación en razón al tamaño del minero. De cualquier manera, parece una medida que propende por la formalización y unificación de criterios en materia impositiva, iniciativa que se encuentra directamente relacionada con las pretensiones de aquel.

En suma:

(i) El análisis sobre el *government take* relativo a la extracción de oro debería comprender de manera principal los tres (3) elementos sobre los que se concentra: Impuestos a la renta y oro y regalías.

(ii) El precitado examen debe considerar el tamaño y desarrollo del sector y por tanto de los proyectos mineros.

(iii) Cualquier ajuste, variación o modificación tanto de tributos como de regalías debe ser decidida por el Congreso de la República y estar contenida en una Ley.

(iv) La valoración de figuras como los contratos de estabilidad jurídica o semejantes a las zonas francas pueden resultar de suma importancia, no solamente para efectos de competitividad sino también de formalización. Y, convendría examinar la adopción de estas medidas en razón también del tamaño del proyecto o titular minero.

(v) El análisis de deducibilidad de las regalías puede resultar trascendental a partir de lo manifestado por el Consejo de Estado respecto de la aplicabilidad del artículo 107 del Estatuto Tributario.

(vi) En el caso del régimen simple de tributación podrían valorarse condiciones según el tipo o tamaño del proyecto o titular minero. Esto además en razón a las muy particulares condiciones laborales que tiene el sector.

(vii) El estudio sobre el *government take* con el propósito de aumentar las rentas obtenidas de la minería y mejorar la competitividad del país debe contemplar en todo caso estrategias de formalización, en vista del alto porcentaje de informalidad.

(viii) Para efectos de formalización resulta indispensable la revisión de medidas y criterios dispuestos en las ya desaparecidas Ley 1382 de 2010 y Decreto 933 de 2013 que puedan ser retomados en la actualidad y que cumplan con lo dispuesto por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en materia de concertación, concurrencia y respeto por el derecho fundamental de Consulta Previa.

(ix) Finalmente, para la identificación, delimitación y definición de las áreas estratégicas mineras a las que refiere el artículo 20 de la Ley 1753 de 2015, el análisis sobre actividades y trabajos en comunidades o resguardos indígenas resultaría de la mayor importancia en aras a la concertación que debe haber con estas respecto de la realización de aquellas, de la exención que tienen en materia tributaria y de la destinación que tienen las regalías obtenidas de proyectos extractivos desarrollados en esos territorios.

Las consideraciones que se exponen de manera preliminar en este aparte fundamentan ejercicios, argumentos, argumentos y exámenes que se exhiben a lo largo del presente documento.

Además de presentar datos e información relativos a conceptos y montos de obligaciones de carácter económico que deben asumir los concesionarios que exploten oro -government take- se plantean algunas recomendaciones en torno a la formalización de la actividad en el país y a la búsqueda de mecanismos que la incentiven y propendan por ella. Esto, con el propósito claramente de maximizar las rentas del Estado.

De manera que, a continuación, se presenta (i) análisis sobre la producción y consumo de oro a nivel mundial, así como de la variación de precios en los últimos años; (ii) reseña de estudios de government take de oro preparados por distintos consultores para el caso de Colombia acompañada del respectivo examen o valoración respecto de la metodología empleada y limitaciones encontradas; (iii) estimativo de Fedesarrollo para el Government Take en Colombia a partir del proyecto Buriticá; (iv) Explicación respecto de las fuentes de información y recomendaciones sobre los datos obtenidos:; (v) identificación de las empresas de metales preciosos según tamaño y naturaleza; y (vi) aparte que recoge las principales consideraciones expuestas en el texto.

II El mercado del oro

Introducción

El mercado del oro en 2020 ha sufrido transformaciones debido al crecimiento de la demanda cuyo propósito es alimentar y proteger portafolios de inversión, en su calidad de valor refugio ante la crisis económica generada por el confinamiento del COVID-19 y la lenta recuperación que ha apoyado la relajación de las restricciones a la movilidad y la actividad económica en general.

En este documento se ilustran las características de la oferta y la demanda mundial hasta antes de la pandemia, para identificar sus determinantes estructurales y la evolución durante 2020. De igual manera, se describe el lugar de Colombia en el mercado mundial del oro, así como la oferta y la demanda internas, en el marco de la minería nacional.

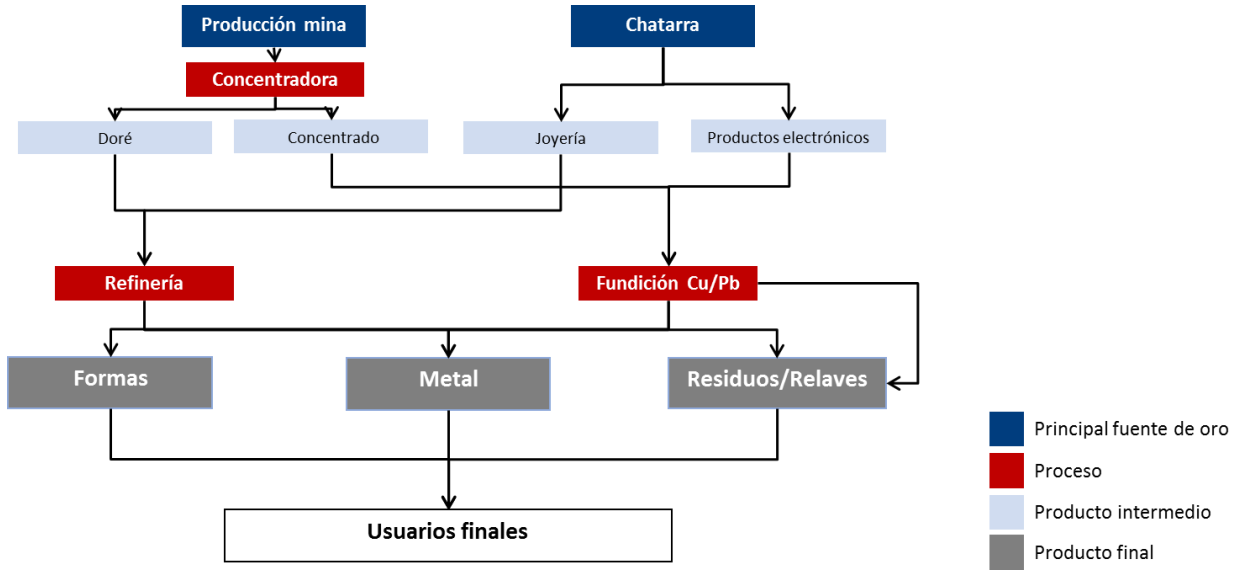
El mercado mundial de oro

El oro es demandado en primer lugar por el sector de joyería y en menor medida por los productores de electrónicos, monedas y medallas y por último para fabricar piezas dentales. Los lingotes de oro que no tienen usos industriales se mantienen como activo de valor.

Las joyerías demandan el 78% de la producción mundial en 2017 y las aplicaciones electrónicas el 10%. Estas últimas han venido creciendo, con fluctuaciones, desde 2009. Las características que hacen al oro atractivo para usos en productos con alto contenido de semiconductores y de bajo voltaje son sus propiedades térmicas, eléctricas y anticorrosivas.

Las monedas y medallas de oro se fabrican para venderlas a inversionistas, en especial en la India. Representan el 10% de la demanda mundial.

Gráfico 1. *Cadena de valor del oro*



Fuente: CRU

En el Gráfico 1 se ilustra la cadena de valor del oro. En los lingotes doré, el oro está asociado con otros metales, plata principalmente, con subproductos como cobre y plomo. Los lingotes y la chatarrería de joyería pasan a la refinación para obtener oro puro. Tanto en el caso de los concentrados donde el oro es un subproducto de una mina, como en la chatarra de productos electrónicos, el oro se obtiene de la fundición que lo transforma en lingotes.

Recursos y reservas de oro

En 2019 según el USGS, las mayores reservas de oro contenido se encuentran en Australia con 10.000 toneladas, seguido de lejos por Rusia, con 5300 T y Sudáfrica que perdió su segundo lugar, con 3.200. En el mundo, el total es de 54200T. El total de reservas de 50.000T de oro y el total de recursos es de 100.000 (Cuadro 1).

Cuadro 1. *Reservas y recursos del oro, 2008-2019 (toneladas)*

	2008	**2009**	**2010**	**2011**	**2012**	**2013**	**2014**	**2015**	**2016**	**2017**	**2018**	**2019**
Reservas												
Australia	5.000	5.800	7.300	7.400	7.400	9.900	9.800	9.100	9.500	9.800	9.800	10.000
Sudáfrica	6.000	6.000	6.000	6.000	6.000	6.000	6.000	6.000	6.000	6.000	6.000	3.200
Rusia	5.000	5.000	5.000	5.000	5.000	5.000	5.000	8.000	8.000	5.500	5.300	5.300
Estados Unidos	3.000	3.000	3.000	3.000	3.000	3.000	3.000	3.000	3.000	3.000	3.000	3.000
Indonesia	3.000	3.000	3.000	3.000	3.000	3.000	3.000	3.000	3.000	2.500	2.500	2.600
Brasil	2.000	2.000	2.400	2.400	2.600	2.400	2.400	2.400	2.400	2.400	2.400	2.400
Perú	1.300	1.400	2.000	2.000	2.200	1.900	2.100	2.800	2.400	2.300	2.600	2.100
Canadá	2.000	1.000	990	920	920	920	2.000	2.000	2.400	2.200	2.000	1.900
China	1.200	1.900	1.900	1.900	1.900	1.900	1.900	1.900	2.000	2.000	2.000	2.000
Uzbekistán	1.700	1.700	1.700	1.700	1.700	1.700	1.700	1.700	1.700	1.800	1.800	1.800
México	1.400	1.400	1.400	1.400	1.400	1.400	1.400	1.400	1.400	1.400	1.400	1.400
Papúa Nueva Guinea	1.400	1.200	1.200	1.200	1.200	1.200	1.200	1.200	1.500	1.300	1.300	1.000
Ghana	2.000	1.600	1.400	1.400	1.600	2.000	2.000	1.200	990	1.000	1.000	1.000
Kazajistán	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1.000	1.000	1.000
Chile	2.000	2.000	3.400	3.400	3.900	3.900	3.900	-	-	-	-	-
Resto del mundo	10.000	10.000	10.000	10.000	10.000	10.000	10.000	13.000	13.000	12.000	12.000	10.000
Total mundial	**47.000**	**47.000**	**50.690**	**50.720**	**51.820**	**54.220**	**55.400**	**56.700**	**57.290**	**54.200**	**54.000**	**50.000**
% cambio anual		*0,0%*	*7,9%*	*0,1%*	*2,2%*	*4,6%*	*2,2%*	*2,3%*	*1,0%*	*-5,4%*	-0,1%	-7,4%
Recursos	**100.000**	**100.000**	**100.000**	**100.000**	**100.000**	**100.000**	**100.000**	**100.000**	**100.000**	**100.000**	**100.000**	**100.000**
% cambio anual		*0%*	*0%*	*0%*	*0%*	*0%*	*0%*	*0%*	*0%*	*0%*	*0%*	*0%*

Fuente: CRU y USGS

Entre los países latinoamericanos, Perú tiene reservas de oro por 2100 T y Brasil, 2400T.

Consumo

La demanda mundial de oro cayó en 2019 casi un once por ciento después de dos años de crecimiento. China es el principal consumidor mundial de oro con 30% del total en 2019 (900 toneladas), seguido de la India, con 23% (690 toneladas de oro). América del Norte demanda el 5,6% y Europa Occidental, 7,5%.

La demanda del oro como reserva de valor es afectada por variables macroeconómicas y financieras que determinan las decisiones de portafolio de los inversionistas. Entre ellas se destaca la inflación, las tasas de interés, el precio del dólar de Estados Unidos y el momento del ciclo económico. Cuando la inflación es baja, se desvaloriza el oro; si la tasa de interés es alta, el costo de oportunidad de conservar el oro, se incrementa; un dólar fuerte normalmente reduce la demanda de oro y el oro gana importancia como valor refugio en las crisis económicas y financieras, y como activo en los portafolios que buscan diversificarse. Una mención especial merece el papel de los bancos centrales y el Fondo Monetario Internacional que poseen el 15% de las existencias mundiales del oro. Sus decisiones de comprar o vender alteran el precio de oro.

El oro es sustituido en joyería en función de la moda y el precio del mineral; su uso o sustitución en la producción de artículos eléctricos y electrónicos es menos elástico al precio donde prima la seguridad y las características ya comentadas del metal. En general, la demanda de oro para sus diferentes destinos tiene una elasticidad precio baja, inferior al 10%, similar a lo que ocurre con otros minerales, debido a la baja sustituibilidad, entre otras características.

En 2017 aumentó la demanda de oro para usos de fabricación (2727 T) 3%, por primera vez en cuatro años. La fabricación mundial de joyas aumentó en 2017 impulsada por India, China y América del Norte (2136 T, 70% de la demanda mundial).

***Cuadro 2**. Consumo histórico de oro, 2008-2019 (toneladas)*

Lugar	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
India	1002	974	914	959	833	857	666	771	760	690
China	676	873	918	1450	1084	1062	985	1030	1058	900
Medio este	327	301	300	389	329	303	229	242	259	231
Turquía	109	146	114	184	117	72	70	94	74	90
Estados Unidos	227	198	160	188	165	191	210	159	154	151
Canadá	20	21	18	20	18	18	18	17	16	17
México	27	22	18	18	18	19	18	19	19	18
Brasil	29	26	28	26	24	21	20	20	20	20
Europa	394	422	317	336	274	298	278	267	245	225
Total	3138	3388	3220	4146	3322	3268	2898	2995	3011	2661
Otros	449	624	691	888	738	711	682	667	732	653
Mundo total	3261	3607	3479	4457	3600	3552	3177	3285	3339	2994

Fuente: World Gold Council

Producción

Cuatro países explican el 40% de la producción mundial en 2017: China, Australia, Rusia y Estados Unidos. Después de haber crecido 7% en 2018, la producción total se estancó en 2019 en 3.300 toneladas. (Cuadro 3). La producción mundial agrega 2 a 3% a los inventarios mundiales de oro cada año. El exceso de producción es absorbido por la demanda financiera.

Cuadro 3. *Producción histórica de oro, 2008-2019 (toneladas)*

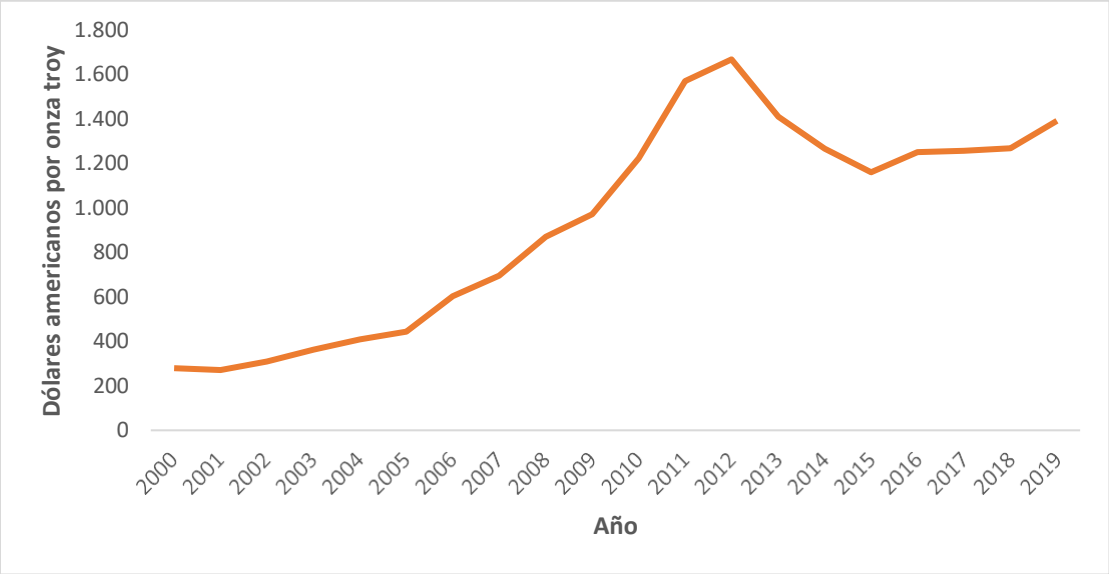
	2008	**2009**	**2010**	**2011**	**2012**	**2013**	**2014**	**2015**	**2016**	**2017**	**2018**	**2019**
China	282	314	341	361	403	428	452	450	454	426	401	420
Australia	215	221	260	258	251	267	275	276	288	297	315	330
Rusia	179	195	189	203	218	230	249	252	254	271	311	310
EEUU.	233	218	231	238	235	230	210	214	220	233	226	200
Canadá	96	97	91	100	106	129	151	153	162	164	183	180
Resto del mundo	1.401	1.549	1.499	1.533	1.553	1.650	1.651	1.685	1.681	1.691	1.864	1.860
Producción minera	**2.406**	**2.594**	**2.611**	**2.693**	**2.765**	**2.935**	**2.988**	**3.030**	**3.058**	**3.081**	**3.300**	**3.300**
% cambio anual		*7.8%*	*0.7%*	*3.1%*	*2.7%*	*6.1%*	*1.8%*	*1.4%*	*0.9%*	*0.8%*	*7,1%*	0.0
Chatarra	**1.351**	**1.728**	**1.683**	**1.667**	**1.684**	**1.263**	**1.191**	**1.117**	**1.309**	**1.159**		
Total mundial	**3.757**	**4.322**	**4.294**	**4.360**	**4.450**	**4.198**	**4.179**	**4.147**	**4.367**	**4.240**		
% cambio anual		*15,0 %*	*-0,6%*	*1,5%*	*2,1%*	*-5,7%*	*-0,4%*	*-0,8%*	*5,3%*	*-2,9%*		

Fuente: CRU y USGS.

Precios

El proceso de fijación de precios se da a través del London Gold Fixing. Creado en 1919 a instancia de un grupo de bancos para intercambiar información y fijar el precio del oro. En la oficina de Rothschild & Sons se comercializaban barras de 400 onzas. El precio surgía de las órdenes de compra y venta durante el día. Hoy se fija telefónicamente con la participación de 5 bancos, sin agente de por medio. El precio del London Gold Fixing es el referente mundial de Nueva York (mercado OTC COMEX) y de Tokio (TOCOM).

Gráfico 2. *Precio anual promedio del oro en dólares americanos entre 2000 y 2019*



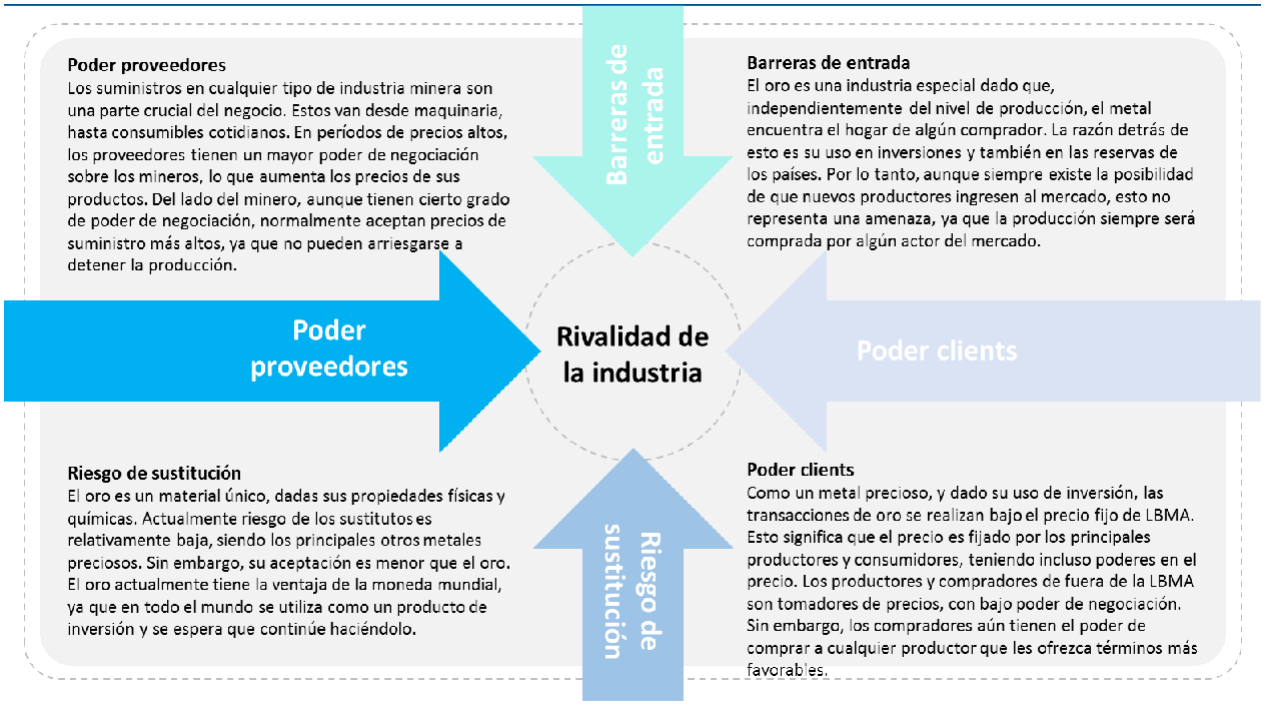
Notas: tomado de GoldHub (2020).

Atractivo del oro

El gasto en exploración creció desde la crisis de 2008 hasta 2012 cuando se multiplicó 2,4 veces con respecto a 2009, llegando, en dólares de 2017, a USD 11.293 millones y, luego, comenzó a descender, junto con el precio, hasta USD3.980 millones, en 2016. En 2017, se recuperó a USD 4.736 millones.

Las proyecciones de CRU para la demanda del oro en 2018 fueron pesimistas. A partir del análisis de los fundamentales del mercado, la consultora preveía una reducción del precio en el mediano plazo. Y complementó esta apreciación con un análisis de Porter, el cual se usa para saber qué tan atractiva es una industria. Encontró que ese atractivo es relativamente bajo para el oro en el largo plazo. En el corto plazo, atractivo un poco mayor, aunque depende de que se descubran grandes yacimientos que consigan financiación para su desarrollo. El análisis se compone del examen de cinco fuerzas, así:

Gráfico 3. *Modelo de las cinco fuerzas de Porter para el mercado del oro*



Fuente: CRU

"Riesgo de sustitución- Medio-bajo

- En joyería y en aplicaciones industriales (como eléctricas y dentales), existe un riesgo de sustitución ligado a opciones menos costosas - pero de peor calidad.
- Cuando es usado como instrumento de inversión, la dinámica de sustitución es muy volátil y altamente correlacionada con los movimientos en el valor del dólar, del petróleo y la inflación global.
- Para casos de aplicaciones en componentes eléctricos que requieren de gran confiabilidad, la elasticidad de la demanda es baja debido a la baja proporción que representa el oro en los costos totales del artefacto.

Barreras de entrada- Medias

- Existe un altísimo número de operaciones mineras de todo tipo y escala.
- Ser más bajos que los productores de metales base.
- No obstante, muchos proyectos mineros de oro (mayormente de compañías junior) se

encuentran en una difícil situación para encontrar capital por parte de inversionistas.

- En los depósitos aluviales las barreras son bajas, pues requieren bajos niveles de inversión. Sin embargo, estos depósitos se explotan generalmente a través de pequeña minería y sus volúmenes de extracción impactan poco al mercado.

Poder proveedores- Medio-bajo

- No hay mucha diferencia con la minería en general.
- El boom minero en muchos países ha impactado en la disponibilidad y altos costos de servicios y suministros fundamentales para la actividad minera, incluyendo a profesionales y expertos en la industria.

Poder clientes- Bajo

- Demanda altamente atomizada.
- En las aplicaciones industriales donde se transa directamente entre productor y consumidor, los compradores industriales no pueden imponer ninguna condición a los productores mineros o refinerías.
- En el caso de concentrados de otros metales que contienen oro, no existe mucha dinámica en las negociaciones, pues el oro es un metal por el cual se paga una prima relativamente estándar por sobre el contenido pagable del metal principal.

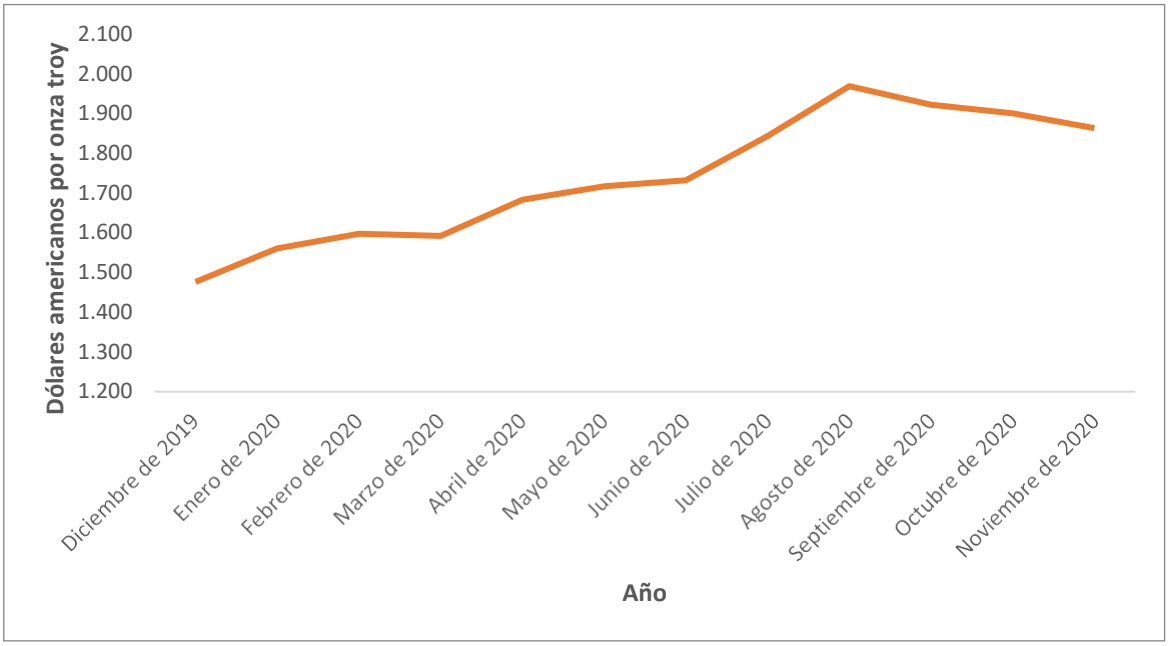
Rivalidad de la industria- Alta

- El mercado es bastante fragmentado y con operaciones de todo tipo y escala.
- Dados los altos precios del oro observados en los últimos 10 años, existe alta rivalidad entre las compañías de exploración y explotación de oro para lograr levantar capital y/o vender proyectos *greenfield*, así como también para lograr sacar adelante proyectos en etapas tempranas de ingeniería.
- El oro producido como subproducto de operaciones mineras de metales básicos no responde a los mismos incentivos de mercado, pudiendo afectar la competitividad de minas primarias de oro".

El mercado mundial de oro en 2020

Lo que muestra el comportamiento del precio del oro en 2020 es que, en coyunturas de crisis económica, la cotización del metal se dispara y que en la medida en que la situación se normaliza, el precio vuelve a su tendencia de mediano plazo.

Gráfico 4. *Precio mensual promedio del oro entre diciembre de 2019 y noviembre de 2020*



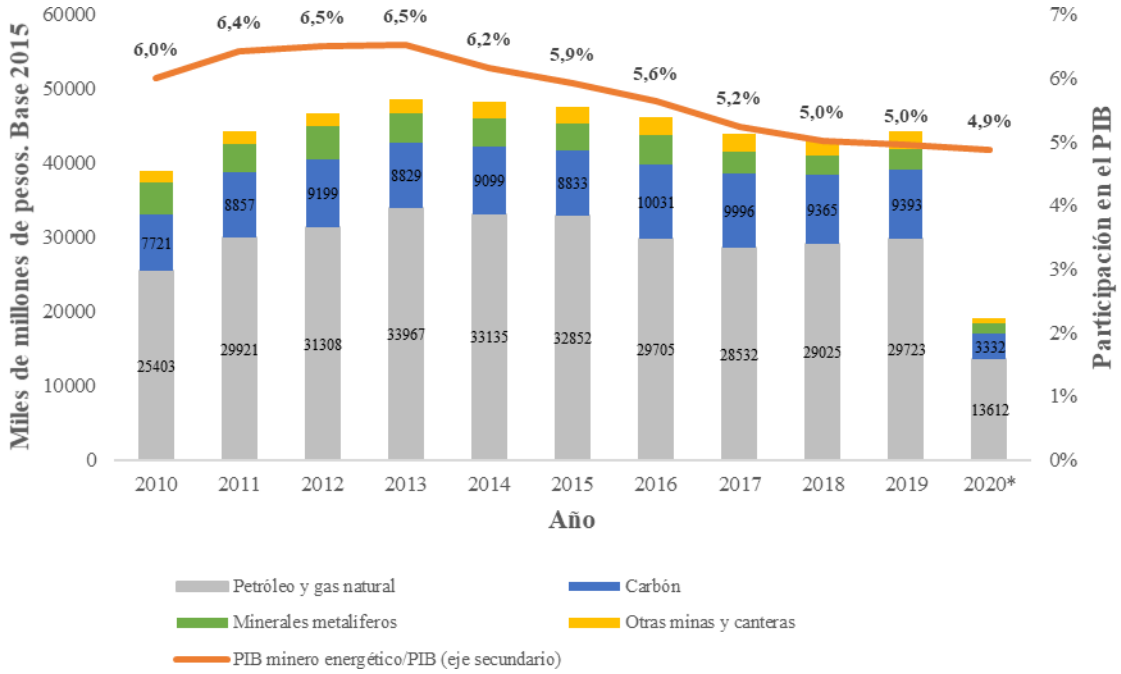
Notas: tomado de GoldHub (2020).

Importancia de la minería en Colombia

Desde la colonia hubo alguna actividad minera en el país y es conocida la leyenda del dorado que motivó la conquista de nuestros territorios en el interior del país y la avaricia del oro que causó la desgracia de pueblos y monarcas indígenas en México y Perú. La fiebre del oro en Estados Unidos de mediados del siglo XIX impulsó en Colombia la creación de empresas mineras y la importación de técnicos y tecnologías para industrializar la extracción del oro de aluvión y de veta. En la segunda mitad el siglo XX, se dio en Colombia la entrada a la gran minería con la creación de empresas estatales de carbón y níquel.

En los últimos años la minería ha tenido una participación en el PIB de 1,5 a 2%. Siendo el carbón el principal mineral y el que más contribuye a las exportaciones y regalías de la minería. Esta composición del PIB minero cambiará en los próximos años debido a la transición energética mundial que reduce la demanda de carbón y a la emergencia de minerales como el cobre y el oro, entre los minerales que serán demandados en medio de la electrificación, la digitalización y la descentralización de la demanda de energía, así como la descarbonización de las economías.

Gráfico 5. *Composición del PIB minero energético y participación en el PIB, 2010-2019*



Notas: Cálculos propios con base en información del Sistema de Cuentas Nacionales del DANE. * hasta el segundo trimestre de 2020.

El crecimiento anual del PIB trimestral de la minería es más volátil que el del sector de minas y canteras que incluye a los hidrocarburos. Tuvo un incremento notable en 2016 para caer los dos años siguientes al igual que el petróleo. En 2020, el derrumbe es generalizado, desciende la demanda mundial y el crecimiento del PIB es negativo en la mayoría de los países debido a la crisis del COVID-19 (Gráfico 6).

Gráfico 6. *Crecimiento del PIB y del PIB Minero Energético*



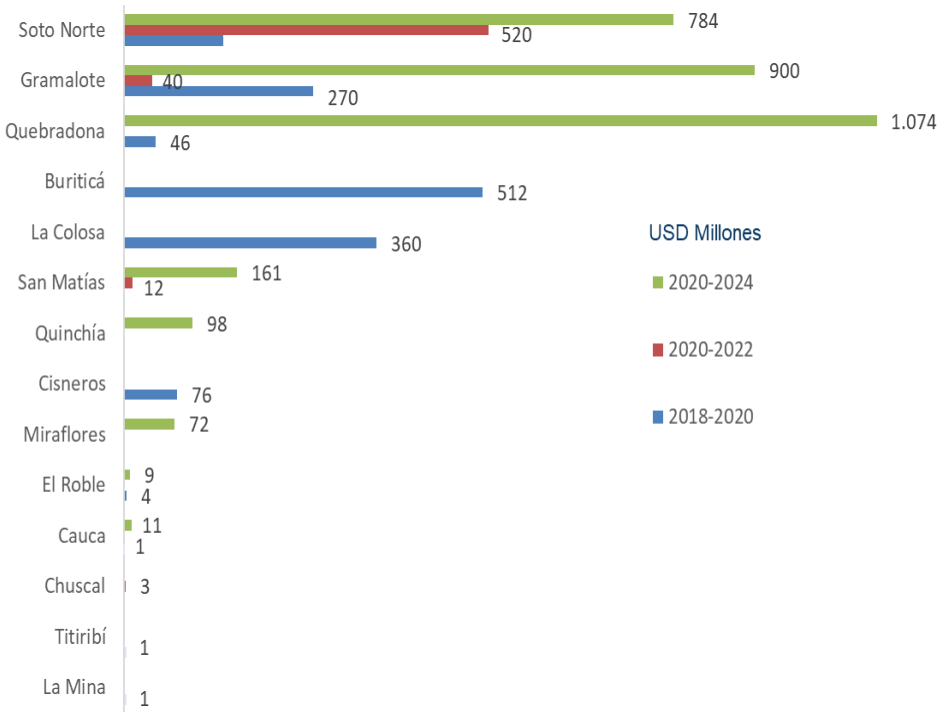
	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020*
PIB	6,7%	6,7%	3,3%	1,1%	4,5%	6,9%	3,9%	5,1%	4,5%	3,0%	2,1%	1,4%	2,5%	3,3%	-7,4%
PIB minero energetico	2,3%	1,3%	9,4%	11,4%	10,9%	14,4%	5,4%	5,3%	-1,3%	-1,1%	-2,9%	-5,8%	-1,9%	2,0%	-12,1%
PIB minero	6,6%	2,8%	1,2%	5,6%	0,9%	7,9%	6,9%	-1,3%	1,2%	-1,5%	12,0%	-9,0%	-8,7%	1,3%	-20,9%

Notas: Cálculos propios con base en DANE

Aunque Colombia no es un país minero ni petrolero, tiene dependencia de los ingresos por exportaciones de las actividades extractivas. Las ventas externas mineras contribuyen con la quinta parte de las ventas del país en el exterior (20,8% en 2019). Las más importantes son las de carbón (69% de las mineras en 2019), el oro (21,4%) y el ferroníquel (6,6%). Y, de otro lado, el 12,3% de la inversión extranjera directa, IED, en 2019, fue destinada a la minería (USD 1.793 millones). El año en que llegó más inversión extranjera a la minería fue 2013; desde entonces, el rubro se desplomó hasta 2016, cuando hubo desinversión por USD 187 millones, y luego se recuperó hasta atraer USD 1.793 millones en 2019.

Entre 2018 y 2020, ingresaron US$1310 millones para los proyectos de Soto Norte, Gramalote, Quebradona, Buriticá , La Colosa y Cisneros. (Gráfico 7)

Gráfico 7. *Inversiones en oro y polimetal (cobre)*



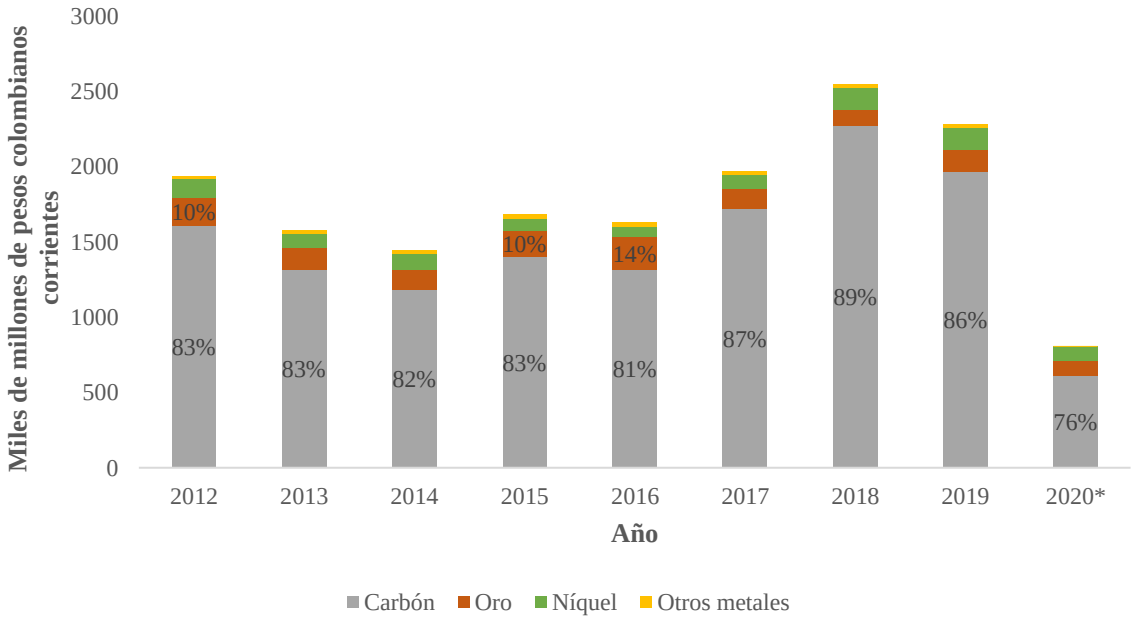
Fuente: Agencia Nacional Minera

La expectativa de la Agencia Nacional Minera es que lleguen inversiones por USD$ 5.000 millones en 13 proyectos de oro y cobre hasta 2024.

En términos fiscales, las regalías mineras en Colombia han sumado alrededor de 1,4 billones de pesos anuales corrientes entre 2012 y 2019. En los últimos años, el aporte ha sido algo mayor. En 2018, las regalías mineras fueron de $2,5 billones y en 2019 $2,3 billones. El carbón aportó, entre 2012 y septiembre de 2020, más del 84% del total de las regalías mineras del país. El segundo

mineral que paga más regalías es el oro con un 8,5%, y el tercero es el níquel con el 6%. Los demás minerales aportan 1,3% del total de las contraprestaciones mineras[3]de Colombia.

Gráfico 8. *Participación por producto en las regalías mineras en Colombia*



Notas: Con base en la información de la Agencia Nacional Minera. * actualizado el 16 de septiembre de 2020. El porcentaje (%) representa el aporte del mineral a las regalías mineras totales anuales.

Los departamentos de Cesar y La Guajira, en tanto que mayores productores de carbón del país, fueron los mayores contribuyentes de regalías mineras, con alrededor de 50% y 24%, respectivamente. Les sigue Córdoba, con el níquel y 7% del total de las regalías mineras en 2019. Antioquia y Chocó, con el oro y la plata, contribuyen con el 10%.

En términos de empleo, la minería demanda trabajadores en la etapa de construcción de los proyectos, pero durante la producción, la demanda de trabajo es menor. Las once empresas mineras que informan en el marco de la EITI (Cerrejón, Continental, Anglo Gold, Drummond , Prodeco, Paz de Rio, Cerromatoso, Mineros S.A., Gramalote, CNR y CSS) generan 42.586 empleos, de los cuales 18 mil son directos (8 mil son operarios) y 24 mil son indirectos. Si se agrega el empleo generado por los hidrocarburos, el total es de 107.309. El empleo generado por las grandes empresas es de mejor calidad. Se trata de contratos formales, con mayores calificaciones y mejor remunerados. (EITI, 2019).

Minería de oro en Colombia

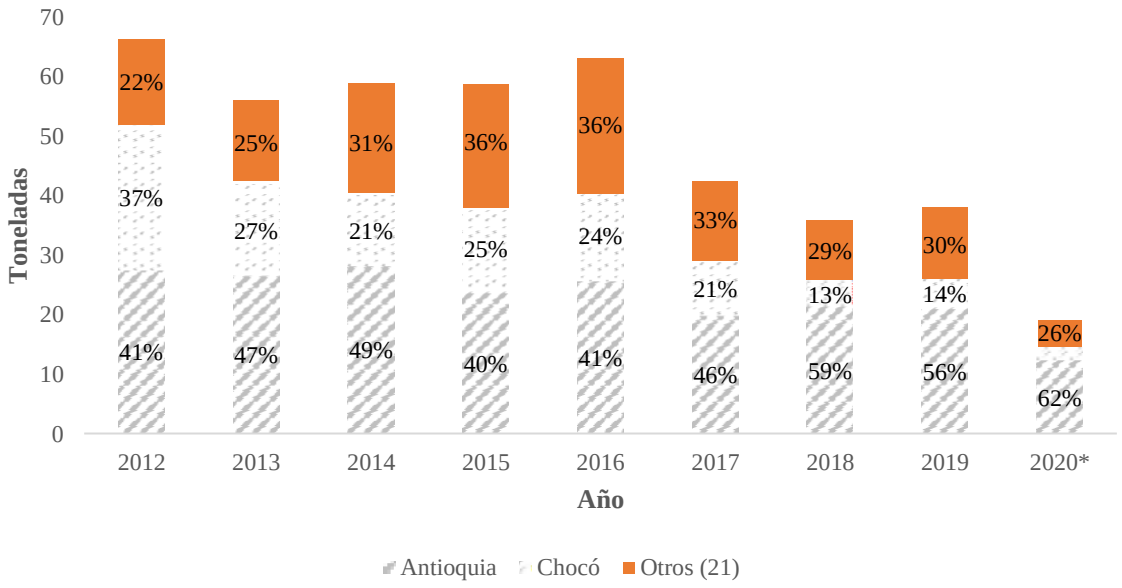
Entre 2012 y 2020, el oro registró una producción total del periodo de 439 toneladas; el año de mayor producción fue 2012, con 66 toneladas. (ANM, 2020).

3 El cobre contribuye con menos del 0,0001% del total de las regalías en el periodo de análisis.

En el período 2012 - 2020, los municipios productores de oro fueron 270, en 23 departamentos. Las minas de oro están en su mayoría, en la región del Pacífico y las cuencas de los ríos Cauca y Magdalena.

La participación de Colombia en la producción mundial de oro es de sólo el 1,3%, o 46,3 toneladas[4] de un total de 3.534 en 2019 (World Gold Council, 2020). Los principales productores mundiales son China (13%), Australia (9%), Rusia (8%) y Estados Unidos (7%). En la región latinoamericana, Perú está a la cabeza (4,1%), le siguen, México (3,3%) y Brasil (2%). La producción de oro de Colombia en la última década ha tendido a caer; entre 2012 y 2016, la producción, estuvo por encima de 55 toneladas anuales; en los últimos años fue de algo más de 35 toneladas. (Gráfico 9).

Gráfico 9. *Producción de oro en Colombia 2012-2020. Participación departamental.*



Fuente: Cálculos con base en la información de la Agencia Nacional Minera. * a septiembre de 2020.

Antioquia y Chocó, concentran el 70% de la producción del metal precioso entre 2012 y 2020. Les siguen Bolívar, Cauca, Caldas y Nariño. Los municipios El Bagre, Segovia y Remedios, en el departamento de Antioquia, son los mayores productores del país.

En el segundo trimestre de 2020, la producción de oro en Colombia fue de 10 toneladas, según la ANM, superior en un 14,9% a la registrada en el mismo período de 2019, cuando fue de 8,7 toneladas. Comparada con el primer trimestre de 2020, el crecimiento fue de 5%, debido al crecimiento de los precios del 30%. En el tercer trimestre, continuó el crecimiento de la producción llegando a 14,17 toneladas, con un crecimiento del 58% con respecto del tercer trimestre de 2019.

La producción del carbón cayó 48,8% en el segundo trimestre de 2020 al pasar de 18,8 millones de toneladas en 2019 a 9,7 toneladas un año más tarde debido a la suspensión de operaciones por la huelga de Cerrejón y decisiones de las compañías Prodeco y CNR, en medio de la caída de la demanda mundial por el COVID 19. A pesar de la caída de este mineral, aportó el 79% de las regalías mineras: El oro y el níquel aportaron 10% cada uno. En total, las regalías mineras (sin hidrocarburos) fueron

[4] Mayor al registro en Colombia de 37,5 toneladas en 2019. Información reciente del Ministerio muestra una producción anual de 47,6 millones de toneladas en 2020, 29,9% más alta que en 2019 cuando registró 36,67 toneladas. https://www.portafolio.co/economia/produccion-de-oro-en-colombia-en-2020-es-la-mas-alta-de-los-ultimos-cuatro-anos-

550437

de $475.400 millones en el segundo trimestre del año. En el tercer trimestre, estas contraprestaciones cayeron a $331.733 millones. (ANM)

La producción de carbón cayó de 80,3T en 2019 a 55 millones de toneladas en 2020, con una reducción del valor agregado del 30%, que contribuye con 22 puntos porcentuales a la caída del PIB Minero. Las exportaciones mineras de 2020 se mantendrán estables a pesar de la reducción de la producción de carbón debido a la reducción de inventarios de carbón y al aumento de las exportaciones de oro. Al tercer trimestre de 2020, las exportaciones suman USD 8.102 millones y se proyecta un cierre de año superior a USD10.000 (ACM, 2020)

En cuanto a la producción de oro, las cifras de SIMCO son las siguientes:

***Cuadro 4**. Producción de oro en Colombia 2019-2020p*

Concepto	2019	2020p
Títulos	17.204.725, 93 gr	13.838.739,31
Solicitudes	478.681,19	1.514.930,02
Beneficiarios ARE	860.649,50	659.498,05
Subcontratos Formaliz.	2.874.674,58	4.724.389,05
Barequero	15.342.840,51	12.449.577,54
Chatarrero	791.970,07	540.563,13
Total	37.553.541,78	33.727.697,04

Fuente: SIMCO

Toda esta explotación es legal porque son explotadores autorizados. Los barequeros y los chatarreros no pagan impuestos. Son de subsistencia. Pero los comercializadores de esta producción si pagan regalías. En 2019, 42,96% de la producción nacional de oro tuvo origen en la minería de subsistencia: sumando barequeros y chatarreros. Si se suman los beneficiarios de Áreas de reserva especial, la cifra sube a 47%.

La minería formal del oro en Colombia no está exenta de cuestionamientos. Mineros S.A opera en el Bajo Cauca antioqueño. El 85% de su operación proviene de la explotación de aluvión en la cuenca del río Nechí. Durante 40 años usó mercurio en sus procesos y solo en 2013 anunció la eliminación paulatina en la recuperación del oro en dos de las cinco dragas de cucharas de la compañía. Los municipios del área de influencia Bagre, Zaragoza, Caucasia y Nechí tienen altas Necesidades básicas Insatisfechas, NBI, que, si bien pueden explicarse porque los recursos de la firma no se canalizan a la población por los gobernantes locales, la pobreza de estos municipios, después de más de cuarenta años de producción aurífera, termina afectando la reputación de la minería en la zona. Hay también quejas sobre afectaciones al ambiente y extinción de la actividad de la pesca, así como registros de alto desplazamiento forzado de los municipios mencionados.

Gran Colombia Gold, la segunda exportadora de oro de Colombia, opera en Remedios y Segovia en el nordeste antioqueño y en Marmato, Caldas. Se fundó en 2010 mediante la compra de la Frontino Gold Mine. Encontró 5000 mineros tradicionales a los que propuso contratos de asociación con obligación de vender toda la producción a la empresa, pero no todos los firmaron y hay tensión permanente entre

la firma y los mineros, con llamados de la firma al "despliegue militar y policial" para proteger los derechos de la Gran Colombia Gold.

Por último, la mayor comercializadora de oro de Colombia, la C.I.J. Gutiérrez fue acusada, en 2019, por la Fiscalía General de la República de tener presuntas maniobras ilícitas y hacer parte de operaciones de lavado de oro ilegal y criminal. (Betancur, 2019).

Por último, las medidas[5] para obligar a los barequeros a tener el Registro único Tributario, RUT, para poder inscribirse en las alcaldías y poder vender el oro a las comercializadoras, las cuales a su vez diligencian el Registro Único de Comercializadores, RUCOM, no ha impedido que los carteles del oro usen los registros, que ellos ayudan a obtener, para lavar el dinero que obtienen en explotaciones ilegales o criminales[6]. Lo que lleva a que algunos barequeros y chatarreros registren sumas millonarias de ingresos. Lo que muestra la necesidad de vigilar de manera permanente que no se incumplan los límites puestos a las personas naturales. (Betancur, 2019).

El auge del precio del oro puede dificultar la política de formalización y crecimiento de la minería del oro debido a la agudización de los conflictos y la criminalidad en las zonas productoras. Desde los años ochenta se constató la relación del precio del oro y la actividad criminal mediante sobornos y exacciones a los productores. Pero, a partir de 2001, cuando creció también el precio, la relación entre el oro, el conflicto y el crimen se ha hecho más compleja. Esta relación:

"*… se tejió en un contexto (1) de bajas barreras físicas, técnicas e institucionales de entrada a la cadena de valor del recurso; (2) de existencia de AANE [actores armados no estatales] que participan en la construcción de órdenes locales para regular actividades económicas, apropiarse de sus beneficios y financiar sus agendas militares; (3) de debilidad para imponer el marco institucional, formal, vigente en todo el territorio y (4) de bonanza de precios que motiva la entrada de actores interesados en captar parte del valor generado en la cadena de oro. Asimismo, la ausencia de procedimientos claros y concretos de concertación y diálogo con los diferentes grupos de interés a lo largo del proceso minero provocó que al conflicto violento y a la criminalidad se sumara el conflicto social y ambiental en la relación entre oro, conflicto y crimen"* (Ortiz y Rettberg, 2018, p. 51).

Para desvincular el oro del conflicto y la criminalidad, se requiere capacidad estatal para hacer cumplir el marco jurídico formal vigente en todo el territorio nacional y tener mecanismos institucionales eficientes para tramitar los conflictos ambientales y sociales existentes entre los actores. De lo contrario, el mejor diseño de los instrumentos de la política pública para atraer inversión de minería bien hecha, con trazabilidad y estándares de seguridad física e industrial, así como de mejores prácticas ambientales no asegurará la afluencia de esos recursos al país.

[5] Decreto 1102 de 2017 del Ministerio de Minas y Energía.

[6] Se entiende en este documento que la minería ilegal es la que opera sin título minero y que la minería criminal es la realizada por agentes al margen de la ley, con o sin el amparo de un título.

III Government take (GT) en Colombia

III. 1 Estudios de Government take del oro en Colombia

Introducción

El atractivo de un país como destino de las inversiones mineras depende, en primer lugar, de su prospectividad, del potencial de sus recursos naturales y de la dotación de infraestructura y talento humano especializado; en segundo lugar, del riesgo del país en términos de su estabilidad política, económica y social y, en tercer lugar, de su régimen fiscal.

Las decisiones de política acerca del régimen fiscal minero de un país, así como el cuidadoso diseño y administración de las normas tributarias son críticas para el éxito de las industrias extractivas. Desde el punto de vista del gobierno, el reto es garantizar ese buen desempeño, al tiempo que obtiene recursos para alcanzar los objetivos de largo plazo del país en términos de crecimiento, desarrollo sostenible y reducción de la desigualdad.

Para elegir entre las diferentes opciones de política, los gobiernos necesitan que su régimen fiscal sea competitivo en relación con el de otros países que quieren atraer también a la inversión privada y la tecnología para explotar sus recursos naturales. A no ser que decida hacerlo con sus recursos y empresas estatales. Las empresas mineras multinacionales para tomar sus decisiones de largo plazo acerca de un proyecto concreto tienen en cuenta la carga tributaria y la simplicidad y transparencia de los regímenes tributarios, en el sentido de que eviten las malas interpretaciones, incertidumbre y los vacíos legales. También se evalúa la estabilidad en el tiempo de las normas tributarias, algo que es muy importante para la credibilidad de un país.

Así las cosas, las condiciones de competitividad en términos del régimen fiscal deben mantener un retorno favorable a los proyectos, sin afectar los intereses del Estado y atrayendo inversión al sector. Con el fin de evaluar si se cumplen esas condiciones, en la literatura especializada se proponen varias medidas para evaluar el desempeño del régimen fiscal[7]. La más popular de ellas es el llamado *government take* (GT), que a su vez se calcula de varias formas. La definición del GT corresponde a la parte que captura el gobierno de la renta económica real generada por una inversión durante la vida de un proyecto.

Recientemente, en un estudio elaborado para el BID se proponen otras dos medidas, que según los autores del trabajo superan las limitaciones que tiene el GT. Las medidas se denominan el Rendimiento Fiscal (RF) e Ineficiencia Fiscal, respectivamente. Una discusión sobre bondad de esas medidas y su aplicación para algunos proyectos mineros en Colombia se presenta más adelante.

El régimen fiscal en Colombia

Los regímenes fiscales utilizados para extraer para el Estado una parte de la renta generada por la explotación de los recursos naturales no renovables (el exceso de ingresos sobre los costos totales de producción, incluyendo los de descubrimiento y desarrollo, así como el retorno normal del

[7] BID (2020)

capital) pueden clasificarse en dos grandes grupos: aquellos basados en el régimen de concesión y los que se basan en el régimen contractual.

En el régimen de concesión, el sector público concede a una empresa el derecho de explotar un recurso natural en contraprestación al pago de impuestos y otras contribuciones específicas. A su vez la empresa obtiene el derecho a la propiedad de toda la producción obtenida y, lo que es muy importante desde el punto de vista de la producción, obtiene el derecho para determinar el ritmo de extracción del producto.

En el sistema contractual, el Estado se reserva para sí mismo el derecho de propiedad sobre la producción y hace cargo a la empresa de todas las operaciones necesarias para la explotación efectiva del recurso reconociéndole una remuneración determinada en relación con la producción (acuerdos de producción compartida) o del margen operativo del proyecto (acuerdos de riesgo compartido). En el sistema contractual, las empresas explotadoras tienen la obligación de pagar todos los impuestos establecidos sobre la explotación.

En Colombia, la industria minera funciona bajo el régimen de concesión y es gravada con los mismos impuestos que afectan al resto de empresas: impuesto de renta, otros impuestos directos que no están relacionadas con los beneficios y, en teoría como se explica más adelante, los impuestos indirectos (IVA) que se imponen sobre el precio de los bienes de capital. Adicionalmente, los productores mineros deben pagar regalías sobre un valor calculado en boca de mina, con un precio base de liquidación de regalías que equivale al 80% del precio internacional, con tasas específicas para los diferentes minerales que se producen en el país. En el cuadro 1 se presentan los elementos que componen el régimen fiscal para la minería en Colombia.

Sobre la tasa del impuesto de renta hay que anotar que se ha modificado frecuentemente en los últimos años. Ese rasgo de la tributación lo diferencia de la de otros países de América Latina, que han sido más estables. El verdadero alcance del impuesto a la renta sobre las empresas está dado, además de la tasa estatutaria misma, por las exenciones y beneficios que se concedan a las empresas, que consisten en estímulos a la exploración, reglas de depreciación, tratamiento de los gastos de capital y certificados de reintegro tributario, entre otros.

Así las cosas, la tasa estatutaria actual del 32% es muy diferente a la tasa efectiva en virtud del gran número de exenciones y beneficios que presenta el estatuto tributario actual[8]. Por ejemplo, el impuesto a las ventas en la adquisición de activos fijos puede descontarse en renta a partir del 1º de enero de 2019.

De otro lado, Colombia subsidia los gastos de exploración y estipula un sistema simple de depreciación de los activos físicos (i.e., 20 años para edificios, 10 para la maquinaria y equipo y 5 para vehículos a motor y computadores).

Las regalías, por su parte, se pagan en Colombia de acuerdo con un régimen convencional. Las tasas que se aplican son diferentes por mineral: para el carbón puede estar entre 5-10% de acuerdo con el

[8] La tasa en 2019, fue de 33%. Va descendiendo hasta 30% en 2022. Según los cálculos recientes de la DIAN las exenciones o beneficios llegan a $92 billones al año. De las cuales $74, 9 billones están relacionadas con el IVA y $17 billones con el impuesto de renta.

.

volumen de producción, en los otros minerales las tasas corresponden a 5% para el cobre y 4% para el oro y la plata. Si hay producción de varios metales en una misma mina (polimetálicos), como es el caso del proyecto Buriticá (oro y plata) o el Roble (cobre y oro), cada metal debe pagar regalías.

En la minería, en la fase de exploración, construcción y montaje, se debe pagar los cánones superficiarios, regulados en el artículo 230 del Código de Minas, que se encuentran a cargo del concesionario y que son liquidados teniendo en cuenta el área concesionada en cada contrato inscrito en el Registro Minero Nacional. Independientemente de quién es el propietario de las tierras, es un ingreso de la entidad contratante quien decidirá sobre su destinación. Las empresas deben pagar los aportes parafiscales al SENA e ICBF de quienes ganan más de 10 salarios mínimos y los aportes a las cajas de compensación familiar. Se paga un impuesto para el oro, plata y platino para el caso, especial, de explotaciones que se realicen en registros de propiedad privada del subsuelo.

Otro tipo de asuntos tributarios como el sistema de amortización, la exclusión de la minería de los impuestos departamentales y municipales, exclusión de la renta presuntiva, excepción de la retención en la fuente para los pagos de organizaciones solidarias carboneras en ciertos casos son reglamentados en la Ley 685 de 2001, Capítulo XII (Código de Minas).

Tabla 1. Régimen fiscal para la minería en Colombia

Tributación	Colombia
Impuesto Básico sobre la Renta Corporativa	33% hasta 2019; decreciente hasta 30% en 2022
IVA por compra de bienes de capital	Se puede descontar del pago del impuesto a la renta
Canon superficiario	Según superficie artículo 230 del Código de Minas
Gastos de exploración y preoperacionales	Amortización en línea recta en término no inferior a 5 años. Sí la exploración resulta infructuosa, amortización a más tardar dentro de los 2 años siguientes
Depreciación	*8 años en línea recta* Cuando el activo está disponible para su uso, la depreciación se calcula en forma lineal de acuerdo con la vida estimada del activo.
Utilización de pérdidas contra utilidades futuras	12 años

Regalías	Regalías sobre los ingresos y dependiendo del mineral explotado: entre 4% a 12% - Cobre: 5% - Oro y plata: 4% - Oro aluvial 6% - Carbón: entre 5% and 10% Se debe pagar regalías sobre cada uno de los minerales que componen los concentrados.
Impuestos sobre dividendos	0%
Impuestos sobre activos	-
Otros impuestos	En algunos casos, las empresas pueden estar sujetas a los siguientes impuestos*: impuesto a la explotación de Oro, Plata y Platino – OPP, parafiscales, ICA, alumbrado público, explosivos, de registro, predial, valorizaciones, inversión 1% y otros pagos y tasas ambientales**.

Notas: Elaborado con base en ACM, sin fecha; Chen & Perry, 2015; BID, 2020; EITI, 2019; EY, 2018; Martínez et al., 2020). * De acuerdo con EITI (2019), durante el año 2019, de las 23 empresas minero energéticas adheridas al grupo, 16 pagaron parafiscales, 20 ICA, 18 impuesto al alumbrado público, 4 impuesto de registro, 18 impuesto predial, 3 valorizaciones, 6 cobros por prestación servicios SINA, 5 inversión 1% por uso directo de aguas por hectáreas reforestadas, 3 inversión 1% por uso directo de aguas por unidades vivas sembradas, 6 pagaron tasa de aprovechamiento forestal, 12 tasa por uso del agua, 8 tasa retributiva y 6 por concepto de otros pagos ambientales. ** Incluye tasa de aprovechamiento forestal, tasa por uso del agua, tasa retributiva, entre otros.

Metodologías del cálculo del *Government take* para Colombia

Un punto importante que plantea el BID (2020) se refiere a que cada país ha desarrollado su propio y exclusivo régimen fiscal. En el caso colombiano, como se vio, hay un número importante de impuestos que gravan la minería y que permiten que una parte de las rentas mineras se transfieran al gobierno.

Es importante contrastar los regímenes fiscales y los resultados que producen, para poder identificar problemas, es especial que no desalienten la inversión, y que sean sólidos para enfrentar situaciones económicas cambiantes.

En la literatura internacional se ha desarrollado el concepto de *government take* para evaluar el desempeño de los regímenes fiscales y poder hacer comparaciones entre países. El *government take* (GT) se define como la relación entre la renta del Gobierno y la renta total del proyecto, es decir, es la participación del Gobierno en las utilidades antes de impuestos y regalías del proyecto minero. Por un lado, la renta minera se define como el ingreso percibido por la explotación del mineral,

menos los costos de su producción antes de descontar impuestos, regalías y otros pagos. Por otro lado, la renta del Gobierno es la sumatoria de impuestos, regalías y otros pagos que realiza el proyecto a cualquiera de los tres niveles de Gobierno: nacional, departamental o municipal.

En los países que tienen un régimen propietario donde el Estado es el dueño de los recursos del subsuelo, como en Colombia, las regalías constituyen una contraprestación por la explotación de los recursos naturales no renovables a favor del Estado y a cargo de quien los explote. Se diferencia entonces de los impuestos contenidos en el sistema tributario que grava a todas las actividades económicas. La suma de las regalías y los impuestos que cobran los diferentes países explica las diferencias del GT. La mejora de la atracción que puede ejercer un país sobre la inversión minera, *ceteris paribus,* en términos fiscales, reside entonces en la modificación de la carga tributaria general o en ajustes a las tasas de regalías.

Existen varias metodologías para medir el GT. La primera se refiere a la construcción de una tasa de tributación efectiva promedio, la segunda corresponde a la utilización de un modelo de flujo de fondos para un prototipo de proyecto minero.

Chen y Perry (2015) utilizan una metodología para evaluar el desempeño del régimen fiscal para la minería en Colombia, basada en el concepto de tasa de tributación efectiva marginal.

Al respecto, lo primero que hay que entender es la diferencia que existe entre los conceptos de tasa estatutaria de tributación, una tasa de tributación efectiva promedio y una tasa de tributación efectiva marginal. La primera definición corresponde a la tasa impuesta por ley en el estatuto tributario, se conoce también como la tasa nominal y normalmente hace referencia a la tasa del impuesto a la renta.

Se podría hablar de una tasa promedio de tributación, que resulta de calcular el promedio de las tasas de tributación estatutaria que afecta a una empresa minera en el tiempo. En el contexto de juzgar la competitividad tributaria, la tasa promedio se puede calcular como el promedio de las tasas estatutarias esperadas a lo largo de la vida de un proyecto de inversión.

El problema es que las tasas estatutarias usualmente no dan una idea adecuada de la carga tributaria que afecta a una empresa. En su lugar se utiliza la tasa efectiva de tributación, que es la proporción del ingreso (beneficio bruto) de la compañía que tributa. Para medirla se utiliza la información contable de la empresa en la que se declara el valor pagado en impuestos. Esta depende de varios factores, en particular el ingreso y los costos de la empresa. Si estos factores cambian a su vez se modifica la tasa efectiva. Esta tasa efectiva es una mejor medida de la carga tributaria porque combina los efectos de diferentes gravámenes y deducciones que afectan a la empresa.

La tasa de tributación efectiva marginal (METR, por sus siglas en inglés) calcula la carga tributaria por un peso adicional de ingreso. Si la estructura tributaria es simple, la tasa marginal puede ser similar a la tasa promedio; si es compleja, puede llevar a que la carga tributaria se incremente si el ingreso aumenta, entonces la METR será mayor que la tasa efectiva. Al contrario, si la carga tributaria disminuye a medida que el ingreso aumenta, la METR será menor que la efectiva.

Está, por último, la aproximación de la llamada mina tipo, que desarrollaron Otto et al (2006) para comparar la utilización de regalías y sus efectos sobre la producción de minas de oro, cobre y bauxita, examinados a partir de los flujos de fondos de los proyectos. En el trabajo reciente de Smith y Davis (2020) para el BID se sigue una metodología similar para el examen de los regímenes fiscales de varios proyectos petroleros y mineros en América Latina y el Caribe, utilizando pare ello los modelos financieros y el enfoque de Smith (2014) y de Davis y Domínguez (2017).

Mediciones del GT

En Colombia se ha calculado el GT por sector, por mineral y por proyecto, y con diferentes metodologías. Una primera aproximación consiste en el cálculo sectorial de GT minero. De acuerdo con García (2014), el GT promedio para el sector minero colombiano se encuentra en un rango de entre 39% y 54% durante el periodo 2004 a 2010. En este caso el cálculo se basa en la formula (1):

$$(1)\ Govtake = \frac{Imporenta+IVA+Patrimonio+Regalias+Parafiscales+Canon}{Ingresos-(Costos)-Gastos}$$

El autor se concentra en construir con datos agregados públicos el numerador de la ecuación (1), mientras que el denominador proviene de algunos datos contables disponibles. La metodología no es clara en cuanto se refiere al origen de la información. La ecuación se toma de un trabajo empírico de Djankov et al (2010)[10], y es una aproximación al concepto de tasa de tributación efectiva promedio, mencionado antes. Ejercicios como este no permiten diferenciar las empresas por régimen tributario ni por producto, lo cual limita su utilización para el diseño de estrategias específicas para atraer inversión en minería, la cual debe tener en cuenta el mineral y el tipo de explotación.

Un trabajo de la UPME (2011) basado también en Djankov et al (2011), calcula también un GT sectorial. Para 2010, según los cálculos del autor, la renta del Gobierno estimada está entre 3.2 y 3.3 billones corrientes. Con esos valores, la renta del Gobierno representa el 22.4% y 25% del PIB del sector minero. Los dos rubros más importantes de la renta del Gobierno son las regalías con un 40% y el impuesto de renta con 25% de aporte a la renta total de Gobierno. El restante 35% se distribuye entre el impuesto al patrimonio, 12%, otros gravámenes, 13%, aportes parafiscales, 8%, y el IVA, 2%.

El autor del estudio calcula los otros impuestos que hacen parte de los recursos que se apropia el gobierno de la renta minera, básicamente impuestos departamentales y municipales, mediante dos aproximaciones. La primera define un porcentaje arbitrario (5% del PIB), que correspondería a los impuestos locales, mientras que en la segunda hay un cálculo un poco más elaborado de estos. El denominador de la ecuación (1) corresponde en este caso al PIB minero. Lo que no es recomendable como aproximación al GT, porque el valor agregado sectorial según el DANE no corresponde al concepto contable de los ingresos netos que se expresan en la ecuación. Esto porque existen diferencias conceptuales entre las cuentas de las empresas y las cuentas nacionales. Por ejemplo, en las cuentas de las empresas se consignan tanto los gastos (basados en el comportamiento pasado) como las provisiones para cuentas incobrables,

[10] Simeon Djankov, Tim Ganser, Caralee McLiesh, Rita Ramalho, y Andrei Shleifer (2010). The Effect of Corporate Taxes on Investment and Entrepreneurship. American Economic Journal, julio.

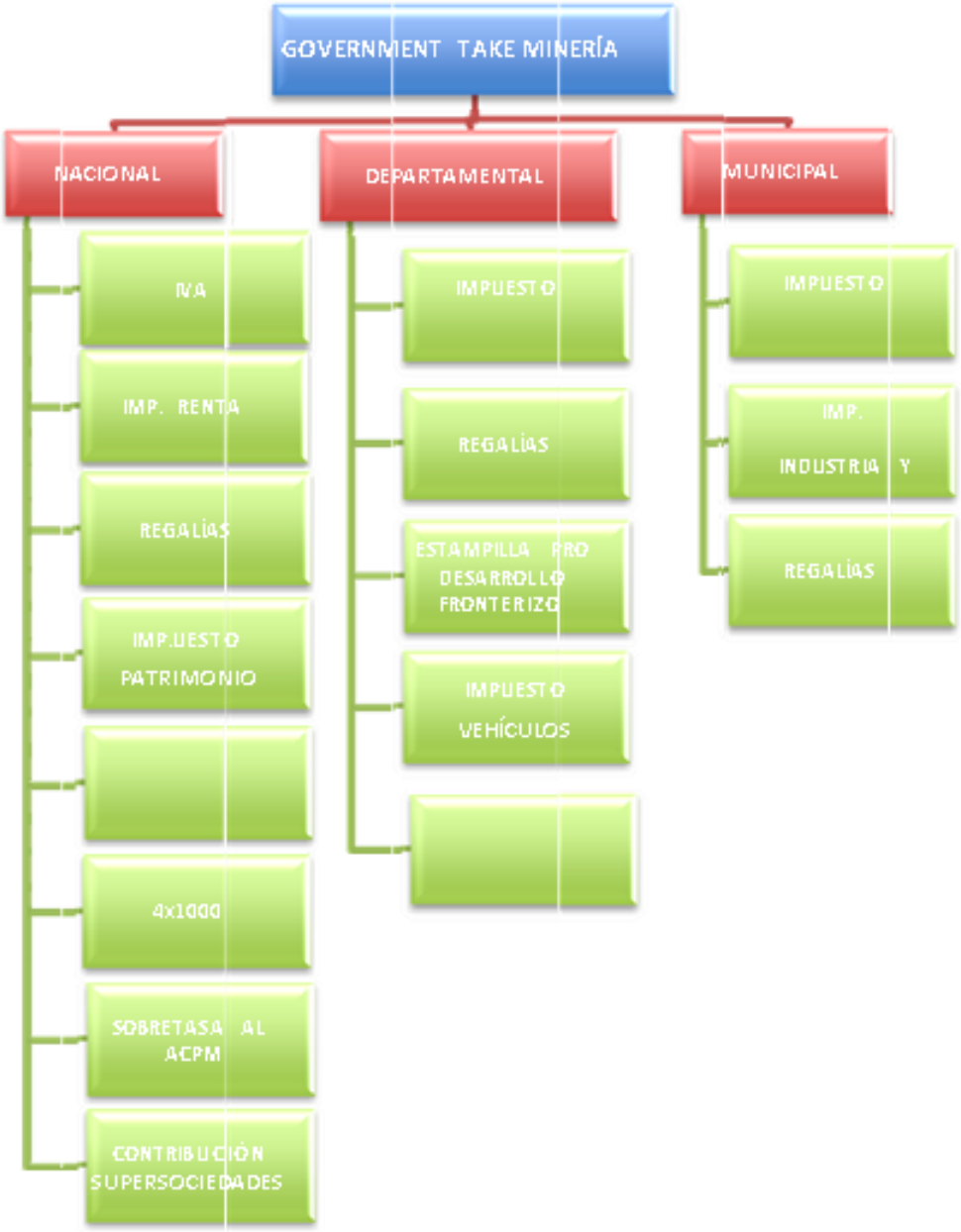
mientras que en las cuentas nacionales únicamente se registran los gastos efectivamente realizados [11].

Un aporte del trabajo de UPME (2011) es la consideración de las exenciones y beneficios que tenía la minería y afectaban la tasa efectiva de tributación de las empresas mineras. La lista era la siguiente: i) exención de IVA por importación de maquinaria pesada, ii) posibilidad de descontar el pago de regalías de la base gravable del impuesto de renta, iii) minería excluida del pago de impuesto de renta presuntiva iv) de la base del impuesto de renta también se podían descontar las inversiones necesarias realizadas en materia de minas y petróleos relacionadas con costos de adquisición o explotación de minas, distintas de las efectuadas en terrenos o bienes depreciables. (Gráfico 1).

Las estimaciones del GT para el sector minero completo, como las anteriores, son una aproximación muy general para analizar la participación del Gobierno en las rentas de los proyectos mineros. Se requiere un análisis específico para cada proyecto. El GT de los proyectos mineros varía considerablemente de un proyecto a otro y dependen del material explotado, de la tecnología, de las fluctuaciones cambiarias, de los cambios en los precios internacionales, en los regímenes de impuestos y regalías, así como también de la capacidad del operador privado de optimizar los impuestos a pagar.

[11] Es posible pasar de la secuencia contable de las cuentas de empresas a la secuencia de las cuentas nacionales haciendo varias conversiones. Ver Naciones Unidas (Vinculación de contabilidad de las empresas y la contabilidad nacional No. de venta: 00.XVII.13)).

Gráfico 1. Government take en minería según la UPME (2011)



Otro grupo de estudios en Colombia ha calculado el GT por mineral, en este caso de oro y carbón y de proyectos. En el cuadro se hace el resumen del método de cálculo, los resultados y las limitaciones identificadas para los estudios del BID (2020), Ernst &Young (2012), UPME (2015), IMF (2012), CGR (2014) y Rudas & Espitia (2013).

En términos generales, se usan dos métodos para calcular el GT por proyecto. Por un lado, se usan métodos de "mina tipo" en donde un supuesto fundamental es que la mina elegida es una buena representación no sólo de ella misma, sino también de las otras minas del sector (BID, 2020; Ernst &Young, 2012;

UPME, 2015, IFM, 2012). El segundo método estudia los pagos efectivamente realizados por las firmas que producen cada mineral.

Como se dijo arriba el trabajo pionero es el de Otto (2006) con sus modelos de minas hipotéticas para una mina subterránea de oro y para una de cielo abierto para cobre y bauxita que le permiten hacer una evaluación de los efectos de las regalías sobre los flujos financieros de varios proyectos mineros alrededor del mundo. Con los modelos es posible calcular la tasa interna del retorno del proyecto (TIR), el valor presente neto del proyecto (VPN), la tasa efectiva de impuestos y el GT conformado por impuestos y regalías.

Las estimaciones del GT para minerales, por medio de las minas representativas tienen dos limitaciones principales: primero, es necesario una considerable cantidad de supuestos para explicar por qué la mina elegida, o el perfil, es representativa del resto de minas y; segundo, incluso con supuestos con sustento teórico y empírico, es evidente que el cálculo de GT depende de factores propios para cada proyecto minero y esto hace difícil extrapolar los resultados más allá de la mina en cuestión.

El trabajo del BID (2020) si bien comparte el enfoque de mina representativa, es mucho más realista en el modelado de los proyectos mineros que examina. En su posición firme de que cada proyecto minero es un universo y tiene su propio régimen fiscal, analiza el rendimiento de cada régimen (en cada proyecto) para capturar rentas económicas para la nación en relación con factores como la solidez del régimen elegido para rendir en diversas circunstancias económicas, lo cual incluye precios altos versus precios bajos y costos altos versus costos bajos, así como bajo diversas especificaciones de proyecto tales como explotación de petróleo en aguas profundas versus en aguas poco profundas y diferentes metales y tipos de minas.

En el trabajo se hace la optimización de un modelo de ingeniería económica, como el de Otto (2006), para cada proyecto antes y después de impuestos, pero empleando la metodología que plantea Smith (2014). Como resultado encuentra que todos los regímenes generan distorsiones para el operador, con sus correspondientes pérdidas irrecuperables de eficiencia. En general, los regímenes fiscales en materia de petróleo tienden a generar mayores distorsiones que los de minería. La regalía es claramente el elemento más distorsionador que se puede imponer sobre proyectos de exploración y producción de petróleo en América Latina. La regalía genera una pérdida irrecuperable de eficiencia (PIE) varias veces superiores a las que generan otros instrumentos fiscales. La PIE de la regalía es más del doble que la de cualquier otro instrumento fiscal (BID, 2020, p. 55).

También es importante señalar la diferencia que hace el trabajo del BID entre cálculos del GT en ciclo completo y medio ciclo. En el primer caso se trata de un análisis financiero que incorpora todos los flujos de efectivo comenzando desde la fase de exploración y continuando hasta el abandono del proyecto. En el de medio ciclo, el análisis financiero incorpora flujos de efectivo comenzando no con la exploración, sino con el desarrollo inicial de un recurso minero o yacimiento de petróleo o gas conocido y continuando hasta el abandono del proyecto. Los costos de exploración se excluyen, pero no las Inversiones y operaciones destinadas a estimular y revivir un yacimiento de gas o de petróleo envejecido para aumentar la tasa de producción y generar más ganancias, que se conocen como recuperación asistida de petróleo (RAP) y que aplican a la producción de petróleo y gas. Esta

distinción es muy importante al comparar los resultados del GT en diferentes proyectos que se tienen en cuenta en el estudio.

Por otro lado, se tiene un segundo grupo de estudios por mineral (oro, carbón, níquel[12]) que utilizan métodos como el mencionado antes para el cálculo sectorial, en donde la renta del Gobierno y la renta total del proyecto se derivan de cifras sobre impuestos, regalías, pagos y utilidades reportados directamente por las empresas o entes del Gobierno (IMF, 2012; Rudas & Espitia, 2013; CGR, 2014;). En este caso, como se mencionó, las rentas se derivan a partir de las tasas y pagos efectivos de las empresas al Gobierno, y no a partir de las tasas nominales de los impuestos o regalías.

En esa metodología, un punto crucial es llegar a un cálculo de tasa efectiva de tributación, como se entiende en esos trabajos. En el de Rudas y Espitia (2013) se hace una larga lista de exenciones y beneficios que estarían vigentes en ese momento, y que según los autores explica el reducido GT (entre 6% y 16%) que obtienen para el carbón y el oro: i) descuento a imporenta (IR) por inversión en activos fijos, ii) descuento sobre IR por el pago de regalías, iii) descuento por depreciación de activos fijos y iv) descuento alícuota por amortización.

El problema con esta metodología es la dificultad para consolidar la información, que además mezcla los recaudos de empresas muy distintas y en condiciones de producción muy diferentes, también es difícil extrapolar los resultados del GT a otros proyectos o sectores debido a que los cálculos dependen de factores específicos de los proyectos y de la gestión corporativa.

Cuadro 1. Resumen de los textos que calculan GT de explotaciones de oro y carbón en Colombia

Estudio	Método de estimación	Resultados	Limitaciones
(Ernst &Young , 2012)	Estimación por medio del método de "mina representativa" en cuatro tipos de minas: (1) mina de oro de cielo abierto, (2) mina de oro subterránea, (3) mina de carbón a cielo abierto, y (4) mina de carbón subterránea. A	El GT para proyectos de oro en Colombia varía entre 42.7% y 76.9%, mientras que para los proyectos de carbón varía entre 54%% y 80.6%. Estas participaciones se ubican por encima de la media de los siete países comparados (Argentina, Australia, Canadá, Chile, Indonesia y Perú). La alta participación del Estado en la renta minera puede afectar la viabilidad del proyecto en caso de que se realicen modificaciones al sistema fiscal vigente.	Estima minas representativas, por lo cual se realizan varios supuestos fuertes para definir el escenario base. El GT depende de características específicas de cada mina y no únicamente del régimen fiscal vigente en el país.

[12] El cálculo para el níquel se hace en el trabajo de Duque et al (2017).

	partir de los escenarios base para cada tipo de mina, se realizan sensibilidades sobre las variables precio de los minerales, tasa de descuento, depreciación de activos, periodos de exploración y construcción de la mina.		
(IMF, 2012)	En ausencia de un proyecto representativo para Colombia, se usa como escenario base un ejemplo de una mina de carbón de la base de datos Fiscal Analysis of Resources Industry (FARI).	El GT para el proyecto de carbón en Colombia se estima en 57%. En Canadá, Sudáfrica, Australia, Mozambique, Indonesia y Mongolia, proyectos de carbón presentan un GT que oscila entre 40% y 67%.	Las conclusiones del GT se pueden aplicar únicamente a la mina que está siendo objeto de estudio.
(BID, 2020)	Se seleccionaron uno o más proyectos de minería representativos para cada país. Se supone que los proyectos están sujetos a las normas fiscales	El GT de medio ciclo de la mina de oro de Gramalote es 77%. Dentro de la muestra de 17 minas analizadas en América Latina, Gramalote es la segunda con mayor GT, sólo después de la mina de Hierro "Minas Río" en Brasil.	Para los proyectos mineros, se realiza un análisis de ciclo medio, es decir, sin incluir los costos de exploración. Así pues, se está subestimando el GT debido a que incluir los costos de exploración disminuiría la renta total del proyecto.

	vigentes en 2018. Se investigan sensibilidades en torno a precios, impuesto de renta y regalías. En el caso de Colombia se analizó el caso de la mina de oro de Gramalote		
(Rudas & Espitia, 2013)	Cálculos a partir de las cifras históricas reportadas por las autoridades de comercio exterior y de impuestos que manejan la información oficial del país. El GT se calcula entonces con tasas efectivas y no con tasas nominales.	Entre 2000 y 2011, el GT de oro varía entre 3% y 8%, mientras que el GT de carbón está en el rango entre 6% a 16%	El cálculo de tasas efectivas puede ser complejo y requiere de varios supuestos. Así mismo, la capacidad para obtener deducciones, o tasas efectivas menores a las nominales, puede variar considerablemente según el operador de la mina, la normativa vigente y los gobiernos.
(CGR, 2014)	Cálculos del GT en carbón a partir de las cifras históricas reportadas entre 2008 y 2012 para los proyectos Cerrejón, Drummond y Prodeco. El GT	El GT promedio de las empresas mineras de carbón es 51%, con un rango entre 44% y 65%	El cálculo de tasas efectivas puede ser complejo y requiere de varios supuestos.

	se calcula entonces con tasas efectivas y no con tasas nominales.		
(UPME, 2015)	Se usan minas representativas de grandes productores. Estimaciones de precios con modelos VAR, estimación de costos por expertos. Para la comparación internacional, se usan las tasas de impuestos y regalías vigentes para Brasil, Colombia, Chile, Perú y México. Se realizan 1000 simulaciones para obtener el GT promedio para cada país.	El GT promedio para proyectos de oro en Colombia se sitúa en 68%. Por su parte, el GT promedio para proyectos de carbón asciende a 91.4%. Ambas participaciones son las más altas dentro del grupo de países analizados (Brasil, Colombia, Chile, Perú y México).	Los resultados del estudio son únicamente aplicables a minas de grandes productores. Así mismo, debido a que las cifras de GT con promedios de grandes productores, puede existir una considerable dispersión dentro de los GT que paga cada una de las empresas.

Con el fin de analizar con mayor detalle las estimaciones de los cálculos de GT para las explotaciones de oro, el Cuadro 2 presenta un resumen del GT estimado por proyecto o tipo de explotación. El primer punto para destacar es que el GT estimado para las explotaciones de oro está sujeto a una considerable variación. De acuerdo con Ernst &Young (2012), el GT de la explotación de una mina de oro subterránea, bajo el escenario de pronóstico de precios de consenso, puede ascender hasta el 77%. Estos resultados concuerdan con la estimación de BID (2020) sobre un GT de medio ciclo del 77% en la mina de oro Gramalote. Bajo este tipo de escenarios, cambios en las tasas de regalías o de impuestos pueden tener un considerable impacto sobre la viabilidad financiera del proyecto lo cual puede distorsionar las decisiones de inversión y producción en los proyectos de oro.

Por el contrario, las estimaciones de Rudas y Espitia (2013) sugieren que la participación del Gobierno en la renta de los proyectos mineros de oro es de tan sólo el 3% al 8% durante el periodo 2000 a 2011. Los autores indican que las diferencias entre sus estimaciones y las de otros autores se deben a que los últimos no trabajan con tasas efectivas de tributación o regalías, lo cual demuestra, según ellos, los altos niveles de deducciones, e incluso evasión y elusión, a los que están sujetos los proyectos mineros en Colombia.

Cuadro 2. Cálculos de GT para explotaciones de oro en Colombia

Estudio	GT estimado	Periodo de estimación	Observación
(Ernst&Young, 2012)	67.7%	2011	Mina de oro a cielo abierto, escenario de pronósticos de precios de consenso
(Ernst&Young, 2012)	47.8%	2011	Mina de oro a cielo abierto, escenario de precios intermedios
(Ernst&Young, 2012)	42.7%	2011	Mina de oro a cielo abierto, escenario de precios actuales
(Ernst&Young, 2012)	76.9%	2011	Mina de oro subterránea, escenario de pronósticos de precios de consenso
(Ernst&Young, 2012)	50.1%	2011	Mina de oro subterránea, escenario de precios intermedios
(Ernst&Young, 2012)	44.1%	2011	Mina de oro subterránea, escenario de precios actuales
(BID, 2020)	77%	2018	Mina de oro Gramalote, estimación de medio ciclo
(Rudas & Espitia, 2013)	3%-8%	2000-2011	Oro general

A su vez, en el cuadro 3 se analizan en mayor detalle las estimaciones de los cálculos de GT para las explotaciones de carbón, por proyecto o tipo de explotación. El primer punto para resaltar es que el GT estimado para las explotaciones de carbón está sujeto a una considerable variación. De acuerdo con Ernst &Young (2012), el GT de la explotación de una mina de carbón subterránea, bajo el escenario de pronóstico de precios de consenso, puede ascender hasta el 80.6%. Bajo el mismo escenario, el GT estimado de una mina de carbón a cielo abierto es del 74.4% (Ernst &Young, 2012). En términos generales, la mayoría de las estimaciones del GT del carbón sugieren una participación del Gobierno en las rentas del proyecto de entre 51% y 57%.

Nuevamente, las estimaciones de Rudas y Espitia (2013) sugieren que la participación del Gobierno en la renta de los proyectos mineros de carbón es de tan sólo el 6% al 16% durante el periodo 2000 a 2011. Las diferencias entre sus estimaciones y las de otros autores se explican, según los autores, porque estos últimos no trabajan con tasas efectivas de tributación o regalías. No obstante, en un cálculo del mismo autor principal, se estima un GT promedio del 51% para tres de las principales minas de carbón de Colombia (CGR, 2014). Lo cual, refuerza nuestro argumento de la necesidad de calcular el GT por empresa/ proyecto para evitar que en los promedios desaparezcan situaciones especiales[13] como las que se ven en los ejercicios que hizo Fedesarrollo y que se describen más adelante.

Cuadro 3. Cálculos de GT para explotaciones de carbón en Colombia

Estudio	GT estimado	Periodo de estimación	Observación
(Ernst&Young, 2012)	74.4%	2011	Mina de carbón a cielo abierto, escenario de pronósticos de precios de consenso
(Ernst&Young, 2012)	55.5%	2011	Mina de carbón a cielo abierto, escenario de precios intermedios
(Ernst&Young, 2012)	54.4%	2011	Mina de carbón a cielo abierto, escenario de precios actuales
(Ernst&Young, 2012)	80.6%	2011	Mina de carbón subterránea, escenario de pronósticos de precios de consenso
(Ernst&Young, 2012)	55.2%	2011	Mina de carbón subterránea, escenario de precios intermedios
(Ernst&Young, 2012)	54%	2011	Mina de carbón subterránea, escenario de precios actuales
(IMF., 2012)	57%	Sin información	Mina de carbón
(UPME, 2011)	700 mil millones de pesos de 2010 (es renta del Gobierno y no GT)	2010	Carbón general

[13] Como la de la tercera y quinta firmas productoras de oro en el país que pertenecen a comunidades étnicas, con un régimen fiscal especial.

(Rudas & Espitia, 2013)	6%-16%	2000-2011	Carbón general
(Contraloría General de la República,Rudas, CGR, 2014)	51%, con un rango entre 44% y 65%	2008-2012	Minas: Cerrejón, Drummond y Prodeco

Evaluación para Colombia de la tasa de tributación efectiva marginal (METR)

Chen y Perry (2015) analizan los impuestos aplicados a la minería en Colombia y realizan sugerencias teóricas para mejorarlos. Para ello hacen una evaluación del régimen fiscal en términos de su eficiencia y competitividad a partir del concepto de tasa de tributación efectiva marginal (METR) que se definió anteriormente y se aplica para la tributación, en sí misma y para la tributación más las regalías, denominada en ese caso tasa efectiva de tributación y tasa de regalías (METRR).

La METR se calcula como una porción del costo de capital, que incluye costos tributarios y no tributarios. Mientras que los costos no tributarios incluyen principalmente costos financieros (y de reemplazamiento en el caso de activos depreciables), el costo tributario consiste en los impuestos pagados netos de subsidios y créditos. De esa forma, el METR se entiende como la diferencia entre la tasa bruta y la tasa neta de retorno del capital. La tasa que surge de ese cálculo es una medida para evaluar la eficiencia de un sistema tributario. Un sistema tributario es eficiente o neutral si la METR es idéntica entre todos los activos de capital y todas las industrias. En un sistema de ese tipo la tributación no favorece a ningún tipo de activo o de industria específicos. De otro lado, si un país tiene un METR más alto que otros con los cuales compite para atraer inversión, tendrá una desventaja en relación con la asignación de los flujos marginales de inversión. El análisis se extiende naturalmente al caso en que se consideran las regalías.

Chen y Perry (2015), enfatizan que se trata de una aproximación basada en los supuestos teóricos de la maximización de beneficios por parte de las firmas. La maximización de las firmas en presencia de impuestos ocurre cuando el ingreso marginal iguala el costo marginal. Si solo es observable el costo marginal, el METR se entiende como el costo de una tasa efectiva de una fracción del costo marginal (neto de la depreciación), que es también la tasa de retorno del capital antes de impuestos. El ejemplo de Chen y Perry (2015) aclara las cosas. Si el rendimiento del capital antes de impuestos es 20% en el máximo, y después de impuestos es 10%, el METR es 50%.

Es posible hacer comparaciones del METR dentro del país, pero acá se presentan solo las comparaciones internacionales que hacen Chen y Perry (2015). Se plantea la existencia de tres casos: (1) incluye solo la tasa del impuesto de renta que es la misma para todos los productos mineros, (2) se incluye el impuesto a la renta y las regalías, y (3) se incluyen solo las regalías. Los dos últimos casos se hacen para los cuatro principales productos mineros de Colombia (carbón, níquel, oro y otros metales básicos como hierro y cobre).

Hay que tener en cuenta que las comparaciones no son directas pues hay países como Perú y Chile que tienen una tributación minera basada en el impuesto de renta y que es progresiva, y además son países con un perfil minero diferente al de Colombia, gran productor de carbón. Esto hace

necesario incluir a grandes productores de carbón como Australia, Suráfrica y Rusia para poder hacer las comparaciones.

Los resultados son los siguientes. En el primer caso, con solo impuesto a la renta, el METR de Colombia es el segundo más alto en Suramérica, aunque cerca al punto medio de la región, y después del Perú que concede muy pocos subsidios.

Si consideran únicamente las regalías y el ejercicio se concentra, en primer lugar, en el carbón, Colombia tiene el METR más alto (36,5%) de los países comparados (Suramérica, Australia, Rusia y Suráfrica) asociado con una regalía de 10% para un volumen de producción de 3 millones de toneladas. Es una carga tributaria similar a la de Australia y mayor que la de Suráfrica y sus pares suramericanos (que tienen poco carbón). Si se consideran regalías y el impuesto a la renta, la carga en Colombia (49%) es la segunda más alta, después de Australia.

En níquel, la comparación se hace solo con Brasil y da que en el agregado (impuesto de renta más regalías) la carga en Colombia es el doble que en Brasil y en regalías es casi seis veces mayor.

En oro (y plata) en el agregado es el segundo país en términos de carga tributaria en Suramérica y en regalías el tercero después de Argentina y Perú. En los otros minerales básicos, Argentina es el que tiene un METR más alto, seguida de Perú y después Colombia.

La conclusión de Chen y Perry (2015) es que, si bien su ejercicio es una buena aproximación para examinar problemas de eficiencia y competitividad del sistema tributario, está basado en estadísticas del pasado y, por esa razón, es difícil evaluar con base en él la bondad de las propuestas de una reforma como la que proponen de adoptar una tasa a la renta de los recursos aplicada a los nuevos proyectos, junto con una tasa de regalías más baja.

En conclusión, cuando se trata de calcular el GT de proyectos existentes, la metodología de obtener las tasas efectivas parece apropiada, siempre y cuando se haga por proyecto, teniendo en cuenta los ciclos medio y completo de vida del proyecto. Cuando, se analiza el GT para proyectos por desarrollar, la metodología de mina tipo para cada mineral y tipo de explotación parece adecuada, aunque se admite que la gestión operativa y tributaria de la empresa puede mejorar su participación en la renta del proyecto. Las recomendaciones que puede hacer la ANM en su labor de promoción para atraer inversión al país se pueden basar en 1) el análisis de los incentivos y pagos específicos de la minería en países similares a Colombia en cuanto a potencial minero y marco institucional y 2) estudios que comparen las cargas impositivas generales de países que compiten por el capital de riesgo minero.

Enseguida se presentan nuestros dos ejercicios que actualizan el cálculo de GT de oro para Colombia, con datos reciente y con las metodologías que nos parecen más apropiadas para su utilización por parte de la agencia en su gestión de promoción. El primero, sobre un proyecto concreto de oro, se estima el GT con ayuda de un modelo que queda como herramienta para futuras estimaciones por parte de la ANM. El segundo, estima las contribuciones de impuestos y regalías de las empresas productoras de oro a partir de diferentes bases de datos. Es útil para identificar las limitaciones de la información disponible y recomendar su superación. También ilustra las dificultades que entraña calcular un GT por sector.

III.2 Un estimativo de Fedesarrollo del *government take* de un proyecto de oro en Colombia

En la literatura especializada (BID, 2020, p. 9) el GT se define como: “La parte que captura el Gobierno de la renta económica real generada por una inversión durante la vida de un proyecto,

calculada en términos de valor actual de los flujos de efectivo netos del Gobierno. El GT se puede calcular en función de los flujos de efectivo de ciclo completo o de medio ciclo, como se dijo antes[14].

La propuesta que se hace en esta sección consiste en construir el GT de ciclo completo para el proyecto Buriticá, a partir de la información suministrada en el informe técnico de la mina (Continental Gold, 2019), se hace también el cálculo para el ciclo medio para poder comparar con algunas mediciones internacionales. Se construye un modelo de flujo de fondos para una mina tipo, alimentado con la información anualizada de producción y precios proyectados para el proyecto Buriticá[15]. Se definen para eso varios supuestos que se explican más adelante.

Formalmente el GT se define:

Sea la renta total real generada por el proyecto (RT) la diferencia entre el ingreso bruto (IB) y los costos de producción (CP) del proyecto, como se define en la ecuación (1) a continuación.

$$RT = IB - CP \qquad (1)$$

Donde el ingreso bruto (IB) en un año corresponde a los ingresos totales provenientes de la venta de los metales producidos (Q): por ejemplo, oro y plata ($m = 2$) a precios internacionales (P), durante el periodo de producción de la mina.

$$IB = \sum_{m=1}^{2} P_m . Q_m \qquad (2)$$

Por otro lado, los costos de producción del proyecto (CP) son la sumatoria de los costos operativos (CO), costos de capital (CC) y otros costos (OC).

$$CP = CO + CC + OC \qquad (3)$$

Combinando las ecuaciones 1, 2 y 3, la renta total real del proyecto de Buriticá (RT) se puede expresar como:

$$RT = \sum_{m=1}^{2} P_m . Q_m - (CO + CC + OC) \qquad (4)$$

La renta total real del proyecto se distribuye entre el Gobierno y el operador privado de la mina. En otras palabras, la renta total del proyecto (RT) es la sumatoria de la renta del Gobierno (RG) y la renta del privado (RP).

$$RT = RG + RP \qquad (5)$$

El Government Take (GT) es la relación entre la renta del gobierno (RG) y la renta total del proyecto (RT). Es decir, GT es la parte que captura el gobierno de RT, por tanto, $0 \leq GT \leq 1$.

$$GT = \frac{RG}{RT} \qquad (6)$$

La renta del Gobierno (RG) se define como la sumatoria de los ingresos del Gobierno por concepto del impuesto de renta (IR), regalías (RE) y otros pagos (OP). El rubro OP está compuesto de: 1)

[14] ." El análisis de GT de ciclo completo considera todas las etapas del proyecto minero: 1) exploración, 2) construcción, 3) producción o explotación y, 4) cierre y post-cierre; mientras que el análisis de GT de medio ciclo no considera la etapa exploración.

[15] De acuerdo con Otto (2006).

aportes parafiscales, 2) canon superficiario y administración, 3) impuesto ICA de industria y comercio, 4) impuesto de alumbrado público, 5) impuesto de registro, 6) impuesto predial, 7) valorización y 8) otros.

$$RG = IR + RE + OP \qquad (7)$$

Combinando las ecuaciones 4, 6 y 7, el Government Take (GT) del proyecto es:

$$GT = \frac{IR+RE+OP}{\sum_{m=1}^{2} P_m.Q_m - (CO+CC+OC)} \qquad (8)$$

Así mismo, la participación de la renta del privado en la renta total del proyecto $(1 - GT)$ es la relación entre la renta del privado (RP) y la renta total del proyecto (RT). Es decir, $(1 - GT)$ es la parte con la que se queda el privado de RT, por tanto, $0 \leq (1 - GT) \leq 1$.

$$1 - GT = \frac{RP}{RT} = \frac{RT-RG}{RT} \qquad (9)$$

Combinando las ecuaciones 4, 7 y 9, la participación de la renta del privado $(1 - GT)$ equivale a:

$$1 - GT = \frac{(\sum_{m=1}^{2} P_m.Q_m - (CO+CC+OC)) - (IR+RC+RO+RPL+OP)}{\sum_{m=1}^{2} P_m.Q_m - (CO+CC+OC)} \qquad (10)$$

En este modelo financiero la renta anual del Gobierno (RG) incluye impuestos, regalías y pagos que realiza del sector minero a los gobiernos en los niveles local, regional y nacional. Se usan las tasas nominales vigentes a 2019 del impuesto de renta y las de regalías de oro y plata (Cuadro 1). El impuesto de renta es el 33% de las utilidades del año inmediatamente anterior y la tasa de regalías del oro y la plata es 4% (UPME, 2020)[16]. El modelo obtiene los ingresos anuales por regalías de oro y plata multiplicando la producción en boca de mina por la tasa nominal de regalías y por una fracción del precio internacional fijado por las normas, así: "El valor de gramo oro, plata y platino en boca de mina para liquidar las regalías, será del ochenta por ciento (80%) del precio internacional promedio del último mes, publicado por la bolsa de metales de Londres en su versión Pasado Meridiano" (UPME, 2020, p.4).

La tasa de "otros pagos (OP)" es una tasa efectiva promedio sobre los ingresos anuales del sector minero en Colombia. Esta tasa efectiva se calcula con base en la información de EITI (2019) acerca de los pagos en 2018 de las empresas mineras en cada uno de los siete componentes del rubro "otros pagos". El impuesto a dividendos, que tiene una tasa nominal del 10% en 2020, no se incluye dentro de las rentas del Gobierno de este modelo debido a dos razones: primero, el impuesto depende de una decisión discrecional de la empresa en cuanto a la repartición de dividendos; segundo, no es la empresa minera quien está sujeta al impuesto, sino que este recae sobre sus accionistas.

Cuadro 4. *Tasas contempladas en los componentes de la renta del Gobierno*

Renta del Gobierno	**Tasa**	**Descripción**
Impuesto de renta	33%	Nominal
Regalías de oro	4%	Nominal
Regalías de plata	4%	Nominal
Otros pagos*	0.4%	Efectiva, sobre los ingresos anuales

Notas: * Otros pagos incluye aportes parafiscales, canon superficiario y administración, impuesto ICA de industria y comercio, impuesto de alumbrado público, impuesto de registro, impuesto predial y valorización. La tarifa general del impuesto de renta de las personas jurídicas para el año gravable 2020 será del 32% y de 30% en 2022. El ejercicio se puede hacer para la tasa que rija en el momento de tomar la decisión.

Generalidades del proyecto

La información de esta sección es pública y proviene del reporte técnico de Continental Gold (2019) [17]sobre el proyecto Buriticá, en el departamento de Antioquia. Se trata de un yacimiento de oro de alto tenor con 3,7 millones de onzas de reservas, con un desarrollo subterráneo de 34 kilómetros.

- *Material por intervenir y minerales a explotar:* desde 2007, la empresa Continental Gold hizo presencia en la zona operando una mina a pequeña escala de 30 toneladas de material por día. Con la ampliación de la mina, se espera procesar un promedio de 974 mil toneladas anuales de material durante los 14 años de la fase de explotación del proyecto (Cuadro 2). Se producirán entre 7 y 9 toneladas al año, excepto en los dos últimos años cuando caerá la producción. El proyecto incrementará en un 20% anual la producción actual de oro de Colombia.

[17] Las acciones de Continental fueron adquiridas en 2020 por la firma china Zijin y se llama hoy Zijin.Continental Gold.

-

Cuadro 5. *Producción de minerales del proyecto*

Plan de mina	Unidad	Pre*	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13
Material Mineral extraído	Miles de toneladas	82.5	816	833	1080	1080	1073	1092	1110	1110	1092	999	1110	1055	833
Grado de oro extraído	Gramos por tonelada	6.94	12.2	11.8	8.56	7.74	8.81	8.31	8.07	8.07	7.61	7.64	7.51	6.96	7.54
Grado de plata extraído	Gramos por tonelada	22.5	37.1	34.7	28	21.4	22.2	22.6	23	24.2	22	21.5	20.8	20.3	22.9
Porcentaje de oro recuperado	Porcentaje	94	92	93	94	94	95	95	95	95	94	94	94	94	94
Porcentaje de plata recuperada	Porcentaje	60	48	52	59	63	63	62	64	63	62	62	63	63	62
Oro**	Toneladas	0.54	9.13	9.14	8.69	7.86	8.98	8.62	8.51	8.51	7.81	7.17	7.84	6.9	5.9
Plata**	Toneladas	1.11	14.5	15	17.8	14.5	15	15.3	16.3	16.9	14.9	13.3	14.5	13.5	11.8
Oro**	Onzas troy, miles	17.3	293	294	279	253	289	277	274	274	251	231	252	222	190
Plata**	Onzas troy, miles	35.8	468	483	573	467	482	493	526	545	479	428	467	434	379

Notas: tomado de Continental Gold (2019, p.158). * Pre: correspondiente al periodo de construcción de la mina. ** Cálculos propios.

- *Inversiones de capital:* las inversiones de capital requeridas para la construcción y operación del proyecto ascienden a 662 millones de dólares. Los costos iniciales de capital para el desarrollo de la mina y el sostenimiento de una producción de material de 2100 toneladas diarias son 398 millones de dólares, lo que representa el 59% del total de inversiones de capital. Por otro lado, los costos de capital de mantenimiento para expandir la producción a 3000 toneladas diarias de material extraído y realizar la renovación de activos durante los 14 años de producción son 273 millones de dólares, lo que representa el 41% del total de inversiones de capital (idem, p. 15).

- *Costos operacionales:* los costos operacionales promedio de la vida del proyecto son $100.5 dólares por tonelada procesada. Los costos operacionales relacionados con la extracción del material representan el 57%, los costos relacionados con el beneficio el 26%, los costos generales y de administración representan el 14% y, por último, los costos de la tarifa de gestión corporativa representan el 3% del total de costos operacionales (Continental Gold, 2019, p.16).

- *Costos para el cierre de la mina:* el reporte técnico de Buriticá indica que los costos netos para el cierre de la mina ascienden a 10 millones de dólares (Continental Gold, 2019, p.19). No se encontró información sobre actividades de post-cierre de la mina.

Supuestos

El modelo financiero incorpora varios supuestos. El cuadro 6 presenta un resumen de los supuestos que se enumeran a continuación

1) Duración del proyecto y periodo de análisis: De acuerdo con Continental Gold (2019), la construcción del proyecto Buriticá comenzó en 2017 y debía tardar 35 meses. No obstante, el inicio de la producción del proyecto no se hizo efectivo sino hasta diciembre de 2020. En este modelo, se supone que la construcción de la mina Buriticá comenzó en 2018 y terminó en el año 2020. A partir de allí, se estima que la etapa de producción dura 14 años, es decir, de 2021 a 2034.
   El modelo financiero de Buriticá se realiza con información anual. Por cuestiones de simplicidad, el periodo de análisis del proyecto se basa únicamente en las etapas de construcción y producción, es decir, 17 años (2018 a 2034). No obstante, los gastos asociados a las etapas de exploración y cierre se incluyen dentro del modelo del proyecto como gastos amortizados. El periodo cero "0" es el año 2020, en términos del cual se calculan los valores presentes del modelo financiero.

***Cuadro 6**. Resumen de supuestos.*

Supuesto	Explicación
Duración del proyecto y periodo de análisis	17 años, durante etapas de construcción y producción. Se supone que la construcción comenzó en 2018 y la producción termina en 2034.
Inflación estimada	3% a partir del año 2020.
Tasa de descuento	8% anual.
Precios de metales	Precios nominales promedio en 2018 y 2019. Entre 2020 y 2034 se usan las proyecciones de CRU (2018a, 2018b), ajustadas con base en el precio de 2019, y se les suma el efecto inflacionario anual del 3%.
Amortización	5 años para la etapa de exploración y 14 años para las etapas de construcción y cierre. Ambas amortizaciones son lineales.
Depreciación	Linealmente durante los primeros 10 años de producción. Depreciación sobre el 10% del total de inversiones de capital

Préstamo para apalancar la etapa de construcción	Se supone un préstamo de 40 millones de dólares corrientes durante los 3 años de la etapa de construcción, a una tasa de interés del 6% anual.
Costos de exploración	40 millones de dólares de 2017.

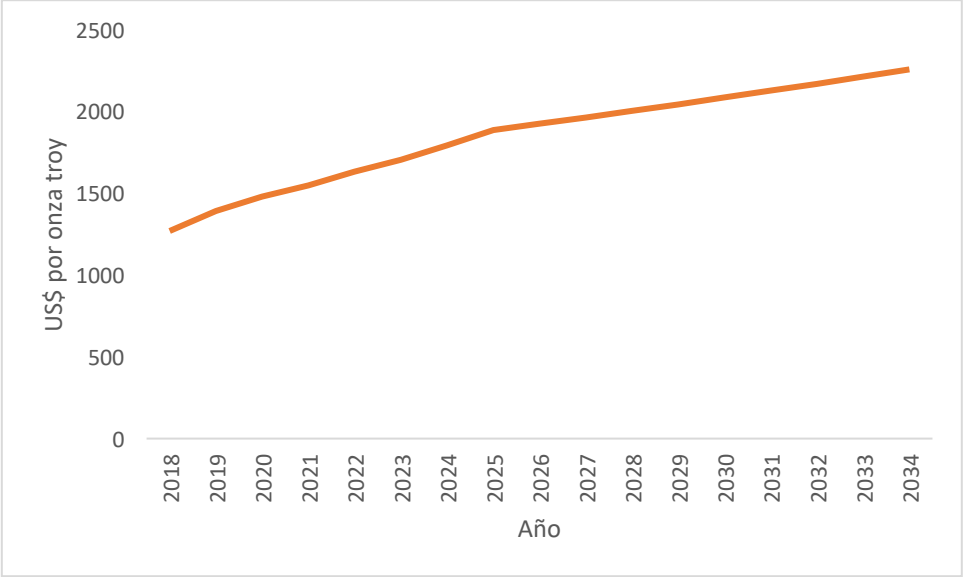
Notas: elaboración propia.

2) Inflación estimada: el modelo se realiza en dólares americanos corrientes durante el periodo de análisis y se supone una inflación del dólar del 3% anual. En los periodos anteriores a 2020, se usa la inflación anual observada en Estados Unidos, principalmente para convertir valores de costos o inversiones a valores de otros años.

3) Tasa de descuento: el modelo trabaja con una tasa de descuento del 8% anual. El 8% fue elegido debido a que tiene consistencia con la tasa de descuento usada en otros proyectos mineros, así como en el reporte técnico del proyecto indican una tasa de descuento del 5% en términos reales, a lo cual se debe sumar el 3% correspondiente al efecto inflacionario supuesto en el punto anterior (Continental Gold, p.231).

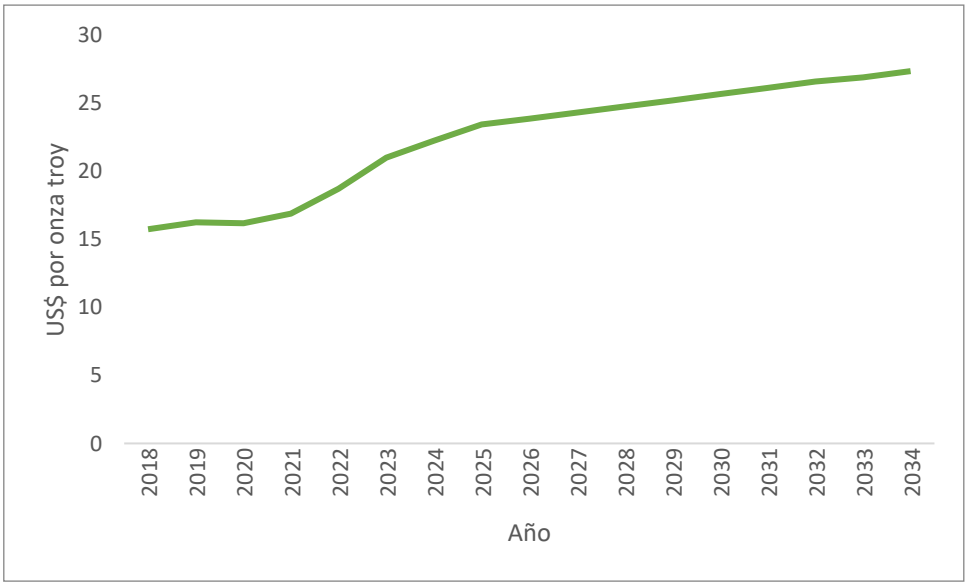
4) Precios de metales: se estiman precios corrientes de los minerales producidos: oro y plata, durante el periodo de análisis (Gráficos 1 y 2). Se usan como precios base los promedios de los precios anuales de 2018 y 2019 para cada uno de los metales de interés (Cochilco, 2020). A estos precios, y hasta el año 2034, se les aplica el crecimiento real interanual de acuerdo con las proyecciones bajo el escenario de "continuidad" de las estimaciones realizadas entre 2019 y 2034 para la UPME por CRU (2018a, 2018b). Las estimaciones de CRU (2018a, 2018b) sobre los precios reales del oro y de la plata, indican que estos minerales disminuirán su valor en 9% y 12%, respectivamente, durante el mismo periodo de referencia. Entre los años 2020 y 2034, se suma un efecto inflacionario del 3% con el objetivo de obtener series de precios a niveles corrientes.

Gráfico 10. *Precio corriente estimado del oro*



Fuente: Cálculos propios. Precios internacionales promedio para los años 2018 y 2019. Entre 2020 y 2034 se usan los crecimientos interanuales de las proyecciones del escenario de continuidad de CRU (2018b) y se les suma el efecto inflacionario anual del 3%.

Gráfico 11. *Precio corriente estimado de la plata*



Fuente: Cálculos propios. Precios internacionales promedio para los años 2018 y 2019. Entre 2020 y 2034 se usan los crecimientos interanuales de las proyecciones del escenario de continuidad de CRU (2018b) y se les suma el efecto inflacionario anual del 3%.

5) Amortización: los gastos de exploración se amortizan linealmente durante los primeros 5 años de la etapa de producción, es decir, entre 2021 y 2025. Los gastos asociados a los periodos de construcción y cierre se amortizan linealmente durante los 14 años de producción del proyecto, es decir, entre 2021 y 2034.

6) Depreciación: la depreciación se realiza linealmente durante los primeros 10 años de la etapa de producción, es decir, entre 2021 y 2030. La depreciación se realiza sobre el 10% del total de inversiones de capital (como lo hace el BID, 2020).

7) Préstamo para apalancar la etapa de construcción: se supone un préstamo de 40 millones de dólares corrientes anuales entre 2018 y 2020 para apalancar parte de los gastos asociados a la etapa de construcción del proyecto. El interés nominal es 6% anual y su tasa de retención de intereses asciende al 15%.

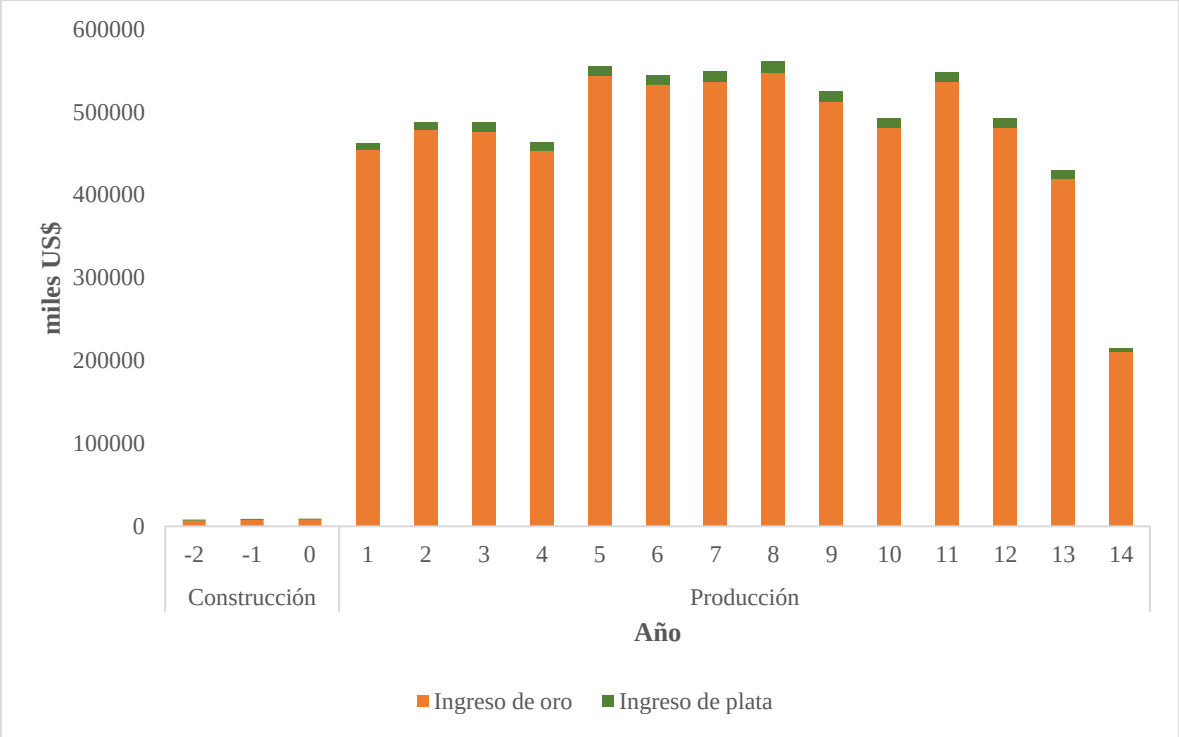
8) Costos de exploración: no se encontró información oficial sobre los costos de exploración del proyecto minero. Aquí se suponen unos costos de exploración de 40 millones de dólares de 2017, de acuerdo con datos de EIA de proyectos similares.

Escenario base

Como es usual en este tipo de ejercicios, se construye un escenario base del modelo financiero, en el cual se obtienen los resultados del GT y la tasa interna de retorno (TIR) del proyecto Buriticá. Para ello se utilizan los supuestos y la información general del proyecto definidos antes. En el escenario base se usan las tasas nominales y efectivas de impuestos y regalías presentadas en el Cuadro 1 sobre los componentes de la renta del Gobierno.

El gráfico 3 presenta la información sobre los ingresos corrientes estimados anuales del proyecto, totales y por metal, durante los 17 años del periodo de análisis. Más del 97% del total de ingresos del proyecto proviene de la venta de oro, el restante corresponde a la explotación de plata.

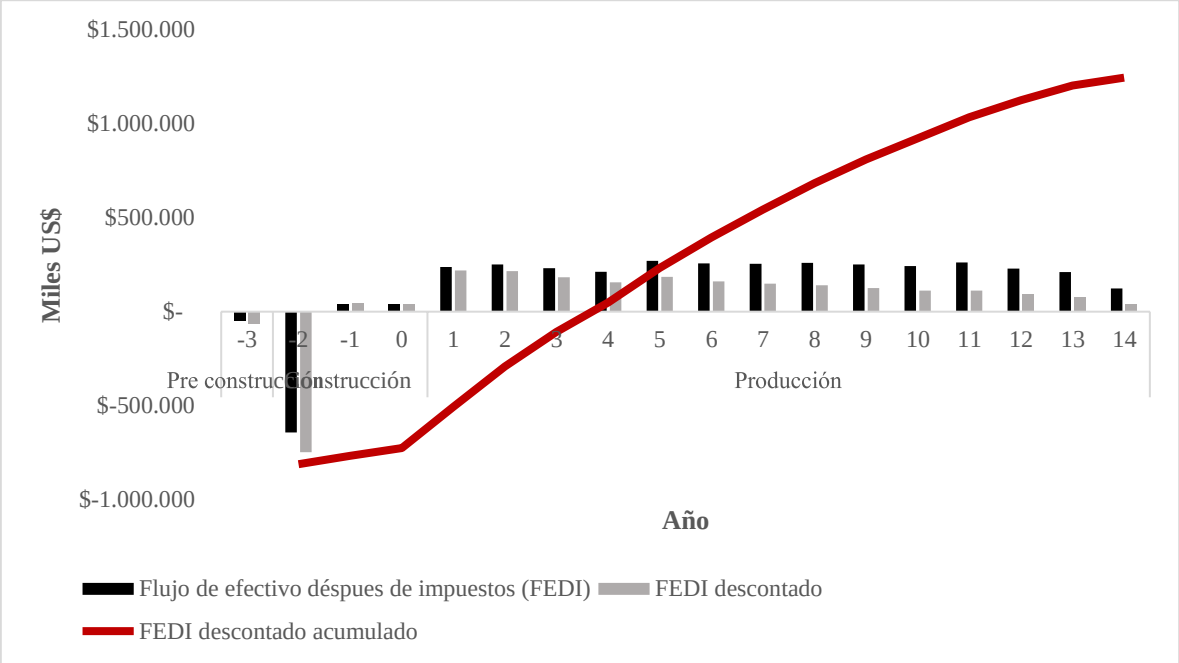
Gráfico 12. *Ingresos corrientes estimados, totales y por metal, durante la etapa de producción (escenario base).*



Fuente: elaboración propia.

El gráfico 4 corresponde al flujo de efectivo después de impuestos del proyecto Buriticá en el escenario base. El proyecto alcanza su punto de equilibrio en el cuarto año de producción. En el escenario base, el proyecto Buriticá presenta una tasa interna de retorno (TIR) de 23.4%, lo que equivale a un valor presente neto total del proyecto de $1.24 mil millones de dólares.

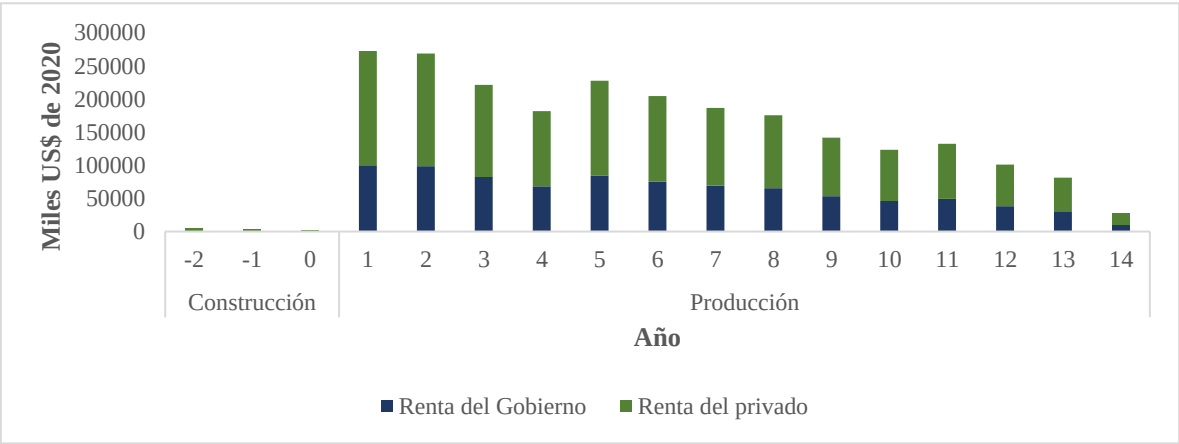
***Gráfico 13**. Flujo de efectivo después de impuestos de Buriticá*



Fuente: elaboración propia.

La renta total del proyecto es la sumatoria de las rentas del privado y del Gobierno (ecuación 5, supra). El gráfico 5 muestra la renta total, la renta del gobierno y la renta del privado con la tasa de descuento anual del 8%. A partir del primer año de producción, la renta total del proyecto, del inversionista privado y del gobierno registran valores positivos que disminuyen a medida que avanzan los años del periodo de producción.

***Gráfico 14.** Rentas del privado y del Gobierno, descontadas al 8% con la tasa de descuento referencia*

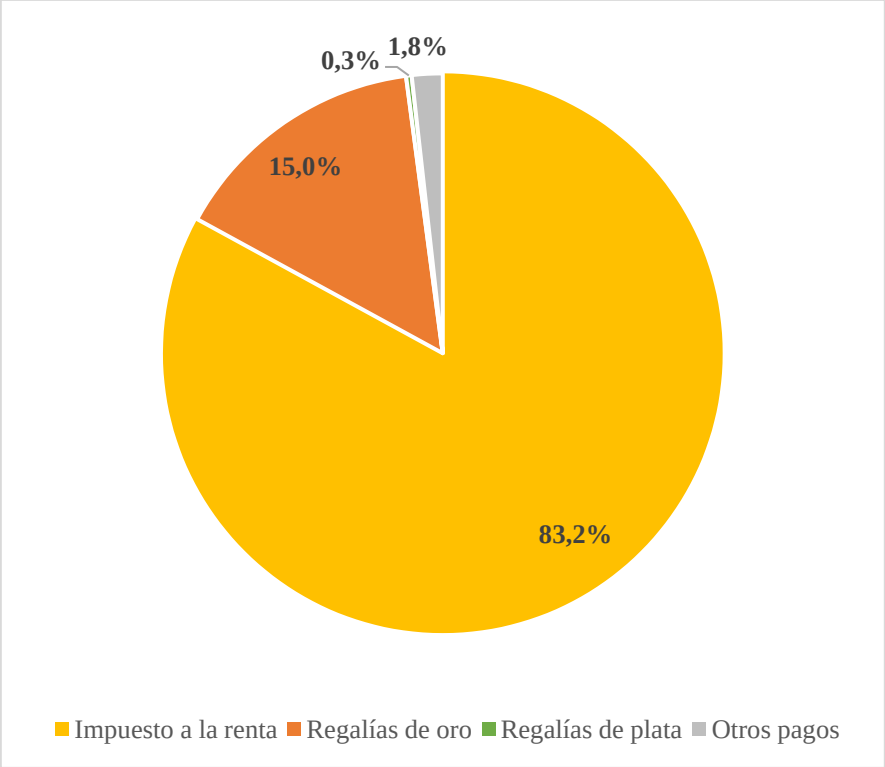


Fuente: elaboración propia.

En el escenario base, el GT del proyecto Buriticá es 37.2%, lo que equivale a un valor presente neto de la renta del Gobierno de 875 millones de dólares de 2020, con la tasa de descuento del 8%. Del

GT, 83.2% proviene de los ingresos por concepto de impuesto de renta, 15% por regalías de oro, 1.8% por otros pagos y 0.3% por regalías de plata (ver Gráfico 6).

Gráfico 15. *Composición del Government Take*



Fuente: elaboración propia.

Finalmente, la participación de la renta del inversionista asciende a 62.8% en el escenario base, lo que equivale a un valor presente neto de esa renta de $1.48 mil millones de dólares de 2020.

Sensibilidades del GT a cambios en las tasas de impuestos y las regalías

La participación gobierno en las utilidades de un proyecto de oro como el analizado cambia cuando se modifican los impuestos generales a la actividad económica, en particular el impuesto de renta, y cuando se ajustan las tasas de regalías, entre otros supuestos que se pueden modificar para recalcular el GT.

El Cuadro 7 muestra las variaciones del government take y de la tasa interna de retorno del proyecto frente a cambios en las tasas de regalías de oro y plata, en un rango comprendido entre 0% y 30%. Por ejemplo, la columna “Regalías de oro” presenta los resultados de modificaciones de la tasa de regalías de oro, *ceteris paribus* o manteniendo los impuestos y las regalías de otros metales como en el escenario base. Así pues, en caso de que la tasa de regalías de oro disminuyera de 4% a 0%, y todo lo demás se mantuviese constante, el GT del proyecto experimentaría una caída del 37% al 34%. A su vez, la tasa interna de retorno aumentaría de 23% al 24%. En el caso de que la tasa de regalías de oro aumente de 4% a 8%, el GT aumentaría hasta 41% y la tasa interna de retorno disminuiría. Igual lectura se puede hacer de la columna de regalías de plata que recoge los cambios

que se dan en la tasa de regalías del metal, dejando constantes todos los demás parámetros (*ceteris paribus*).

La columna "Regalías de oro y plata" del Cuadro 7 supone cambios simultáneos en la tasa en ambos metales. Por ejemplo, en caso de que las regalías de oro y plata disminuyan simultáneamente de 4% a 0%, el GT caería hasta 33% y la tasa interna de retorno subiría hasta 24%, muy similar a la primera simulación, en vista de la importancia del oro en el proyecto.

Cuadro 7. *Sensibilidades de la Tasa Interna de Retorno (TIR) y el Government Take (GT) a cambios en las regalías.*

Tasa	Regalías de oro		Regalías de plata		Regalías de oro y plata	
	GT	TIR	GT	TIR	GT	TIR
0%	34%	24%	37%	23%	33%	24%
2%	35%	24%	37%	23%	35%	24%
4%	37%	23%	37%	23%	37%	23%
6%	39%	23%	37%	23%	39%	23%
8%	41%	23%	37%	23%	41%	23%
10%	43%	22%	37%	23%	43%	22%
12%	44%	22%	37%	23%	45%	22%
14%	46%	21%	37%	23%	47%	21%
16%	48%	21%	37%	23%	48%	21%
18%	50%	20%	37%	23%	50%	20%
20%	52%	20%	38%	23%	52%	20%
22%	54%	20%	38%	23%	54%	19%
24%	55%	19%	38%	23%	56%	19%
26%	57%	19%	38%	23%	58%	18%
28%	59%	18%	38%	23%	60%	18%
30%	61%	18%	38%	23%	61%	17%

Notas: las celdas subrayadas corresponden al escenario base. TIR: Tasa interna de retorno. GT: Government Take. La columna "Regalías de oro y plata" supone modificaciones simultáneas de las regalías en cuestión hacia una única tasa. Elaboración propia.

En suma, tanto el GT como la TIR del proyecto son sensibles a cambios en la tasa de las regalías de oro. Cuando cae la tasa de regalías, sube la TIR del proyecto y disminuye la participación del gobierno, todas las demás cosas iguales.

La otra sensibilidad calculada es la del GT y la TIR ante cambios en las tasas impositivas. La tasa corporativa del impuesto de renta vigente en Colombia para 2019 es de 33% y es la tasa utilizada para calcular el GT y la TIR en el escenario base. En el Cuadro 9 se presenta la sensibilidad del Government Take y la Tasa Interna de Retorno ante modificaciones hipotéticas de esa tasa nominal del impuesto de renta.

El Cuadro 9 muestra los cambios del GT y la tasa interna de retorno que se producen por modificaciones en la tasa del impuesto de renta entre el 20% al 35%, manteniendo las tasas de

regalías vigentes bajo el escenario base. En 2022, por ejemplo, esa tasa impositiva habrá caído a 30% y es posible entonces anticipar el efecto que tendrá esa disposición ya prevista en el atractivo del país en este sector minero de oro. Adicionalmente, el Cuadro 8 incluye el análisis con una tasa efectiva del impuesto de renta de 18.4%, calculada con base en el impuesto de renta efectivo promedio pagado por la empresa Mineros SA Colombia durante el periodo 2015 a 2019[18]. El análisis con la tasa efectiva del impuesto de renta es relevante debido a que trabajar únicamente con la tasa nominal puede estar sobreestimando el GT. En este caso particular se obtiene un GT muy inferior (23%) al que se obtiene con la tasa nominal vigente. De acuerdo con el Cuadro 8, una caída en el impuesto de renta nominal del 33% al 30%, disminuiría el GT del proyecto del 37% a 34% y aumentaría la TIR hasta 24%.

Cuadro 8. *Sensibilidad de la Tasa Interna de Retorno (TIR) y el Government Take (GT) a cambios en el impuesto de renta.*

Impuesto de renta	GT	TIR
18.4%	23%	26%
20%	26%	25%
22%	27%	26%
24%	29%	25%
26%	31%	25%
28%	32%	24%
30%	34%	24%
32%	36%	24%
33%	37%	23%
35%	39%	23%

Notas: las celdas subrayadas corresponden al escenario base. TIR: Tasa interna de retorno. GT: Government Take. Elaboración propia.

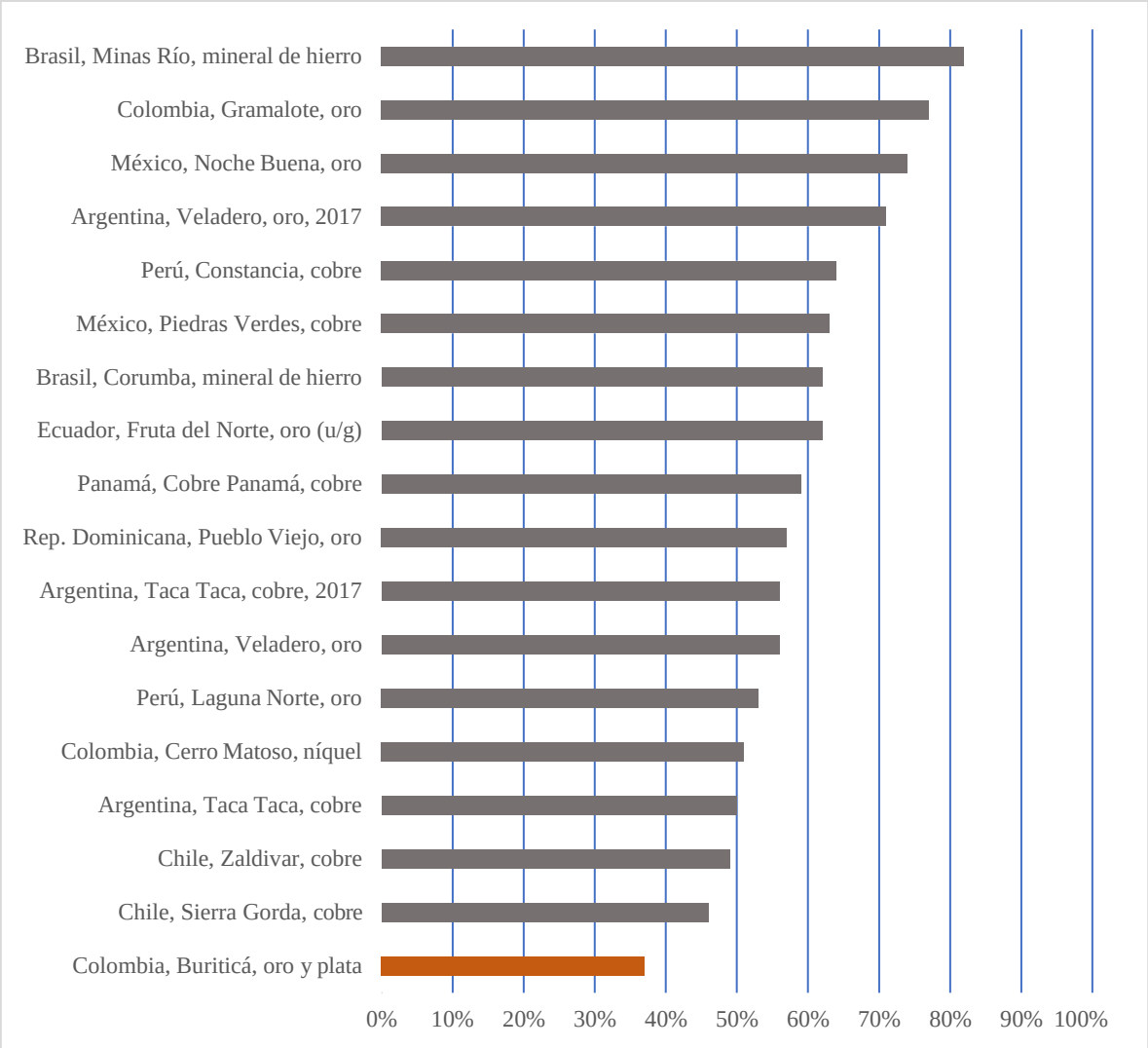
Comparación del Government Take del proyecto con otros proyectos mineros de América Latina

El resultado de GT hasta acá corresponde a un ejercicio de ciclo completo (que incluye exploración, construcción y producción). Para compararlos con los cálculos hechos para otros proyectos de América Latina (BID, 2020) que consideran solo la etapa de producción (medio ciclo) se corrió el modelo financiero de Buriticá solo para ese ciclo. En primer lugar, se observa que el cálculo del GT de medio ciclo para Buriticá es un poco menor que el de ciclo completo, 37.1% frente a 37.2%. En segundo lugar, el proyecto Buriticá tiene un GT que se ubica en la parte baja de los proyectos examinados. Un resultado que, en todo caso, debe tomarse con precaución dados todos los supuestos que se hacen

[18] Mineros SA Colombia realiza operaciones de explotación de oro aluvial. No es comparable al proyecto de veta en términos de inversiones y costos. No hay un proyecto comparable en Colombia.

para el flujo de fondos, en muchos casos para superar las limitaciones de información más detallada del proyecto real[19].

Gráfico 16. *GT del proyecto comparado con otros proyectos mineros en América Latina*



Notas: Tomado de BID (2020, p.43). * El cálculo del GT de la mina Buriticá de Colombia es de elaboración propia. Tasa de descuento de Buriticá: 8%.

[19] Lo cual se resuelve fácilmente incluyendo la información que se obtenga en el modelo, el cual queda entregado a la ANM.

ANEXO

I. Legislación minera

1. Con la expedición de la Constitución de 1991 se estableció que el Estado, en su calidad de propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, tiene, de un lado, la obligación de conservación de estos bienes y, de otro, los derechos económicos que se deriven de su explotación, y por tanto la competencia y la facultad para conceder derechos especiales de uso sobre dichos recursos, por medio de concesiones, las cuales constituyen derechos subjetivos en cuanto entrañan un poder jurídico especial para el uso del respectivo bien público.

2. Sobre esa base, el Estado se encuentra facultado para intervenir por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, con el fin de lograr la racionalización de la economía y el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes -artículo 334 de la Constitución Política-.

   Además, corresponde al Legislador determinar las condiciones para la explotación de los recursos naturales no renovables, así como los derechos de las entidades territoriales sobre los mismos.

   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 o que la misma Ley establezca; y el mismo Estado se encuentra facultado para establecer una serie de políticas de planificación dirigidas a la protección ambiental y de la biodiversidad, en armonía con el aprovechamiento de los recursos naturales -artículo 80-.

3. Ahora, a pesar de la adopción de la Constitución de 1991 y sus mandatos, fue el Decreto 2655 de 1988, expedido con fundamento en las facultades extraordinarias otorgadas al presidente de la República mediante Ley 57 de 1987, -con el propósito de expedir un Código de Minas que reglamentara integralmente la materia- el que rigiera durante los años siguientes a la expedición de aquella.

4. El mencionado Decreto 2655 prescribía que el Estado colombiano intervenía no sólo en la dirección de la economía, sino directamente en la actividad minera por medio de las empresas públicas vigentes en ese entonces (Mineralco, Ecocarbón, Econíquel), y definía sus formas de

participación, con inversiones y porcentajes sobre las utilidades, ventas y ganancias extraordinarias.

5. Los principales objetivos del Decreto 2655 de 1988 fueron: i) Fomentar la exploración en el territorio nacional y en los espacios marítimos jurisdiccionales, en orden a establecer la existencia de minerales. ii) Facilitar la racional explotación de estos y atender las necesidades de la demanda. iii) Crear oportunidades de empleo. iv) Estimular la inversión y promover el desarrollo de las regiones. v) Reglamentar las relaciones entre los organismos y entidades del Estado y de los particulares entre sí, sobre las actividades de prospección, exploración, explotación, beneficio, transporte, aprovechamiento y comercialización de los recursos no renovables que se encontraran en el suelo o subsuelo.

6. Este Código Minero definió las diferentes escalas mineras, de acuerdo con el volumen de explotación realizada dentro de los proyectos, y contempló cuatro (4) clases de títulos mineros: (i) Licencias de exploración; (ii) de explotación; (iii) contratos de concesión; y (iv) aportes mineros y reconocimiento de propiedad privada.

7. A su turno, especificó las modalidades de contratos para la exploración y explotación de diferentes minerales, sus condiciones operativas, obligaciones de los titulares, así como las reglas que debían regir las labores mineras en territorios con asentamientos indígenas.

8. La norma establecía que las actividades de exploración y explotación de carbón de propiedad de la nación, solamente se podían realizar mediante el sistema de aporte otorgado a Empresas industriales y comerciales del Estado vinculadas al Ministerio de Minas y Energía. Desde entonces se construyó el Registro Minero.

9. Conviene destacar que, en cumplimiento del mandato constitucional de proteger el medio ambiente, se expidió la Ley 99 de 1993, misma que impuso que para la realización de determinadas actividades de exploración y explotación de minerales debían obtenerse permisos y licencias ambientales. Con esto, se pretendió impedir o al menor mitigar cualquier efecto adverso que pudiera presentarse sobre aquel.

10. Disposiciones superiores expedidas posteriormente han propendido por fortalecer los controles para la protección del medio ambiente y la extracción legal de los minerales. Entre ellas, los Decretos 501 de 1996, 2520 de 2010 y 2041 de 2014.

1.1 **Ley 685 del 2001**

Con el propósito de mejorar las condiciones de competitividad del país y atraer inversión nacional y extranjera, se adoptó el Código de Minas mediante la Ley 685 de 2001. Este sustituyó integralmente el Decreto 2655 de 1988 y establece fundamentalmente:

1. La propiedad de los minerales yacentes en el suelo o subsuelo, son de exclusiva propiedad del Estado y esta es imprescriptible. El derecho a explorarlos y explotarlos solo se adquiere mediante el otorgamiento de título, sin que cualquier actividad de prospección, exploración o explotación confiera derecho o prelación alguna para adquirirlo.

2. En desarrollo del artículo 58 de la Constitución Política declara de utilidad pública e interés social la industria minera en todas sus ramas y fases.

3. Especifica la naturaleza y tipo de contrato que debe suscribir el Estado para la exploración y explotación de minerales en Colombia, además de la relación de estipulaciones que debería contener.

4. El capítulo III, artículo 31 y siguientes define las zonas reservadas, excluidas y restringidas:

   (i) Reservas especiales: El Gobierno Nacional por motivos de orden social o económico determinados en cada caso, de oficio o por solicitud expresa de la comunidad minera, en aquellas áreas en donde existan explotaciones tradicionales de minería, delimitará zonas en las cuales temporalmente no se admitirán nuevas propuestas, sobre todos o algunos minerales. Su objeto será adelantar estudios geológico-mineros y desarrollar proyectos mineros estratégicos para el país destinados a determinar las clases de proyectos mineros especiales y su puesta en marcha. La concesión solo se otorgará a las mismas comunidades que hayan ejercido las exploraciones mineras tradicionales, así hubiere solicitud de terceros.

   (ii) Áreas libres: Las áreas objeto de las reservas especiales que no hubieren quedado vinculadas a los programas y proyectos mineros comunitarios, quedarán libres para ser otorgadas a los terceros proponentes bajo el régimen ordinario de concesión.

   (iii) Zonas de seguridad nacional: El Gobierno Nacional podrá establecer sólo por razones de seguridad nacional, zonas dentro de las cuales no podrán presentarse propuestas ni celebrarse contratos de concesión sobre todos o determinados minerales. Esta reserva tendrá vigencia mientras, a juicio del Gobierno, subsistan las circunstancias que hubieren motivado su establecimiento. En caso de ser abolida o modificada dicha reserva, en el mismo acto se determinará la forma como los particulares, en igualdad de condiciones, pueden presentar propuestas para contratar la exploración y explotación de las áreas, bajo el régimen ordinario de concesión.

(iv) Zonas excluibles de la minería. No podrán ejecutarse trabajos y obras de exploración y explotación mineras en zonas declaradas y delimitadas conforme a la normatividad vigente como de protección y desarrollo de los recursos naturales renovables o del ambiente y que, de acuerdo con las disposiciones legales sobre la materia, expresamente excluyan dichos trabajos y obras.

(v) Zonas de minería restringida. Podrán efectuarse trabajos y obras de exploración y de explotación de minas en las zonas y lugares establecidos en la Ley, bajo los términos y condiciones allí establecidos.

5. A su turno prescribe que la prospección de minas es libre, excepto en los territorios definidos como zonas mineras para minorías étnicas. Este proceso consiste en la investigación en torno a la existencia de minerales con la delimitación de zonas prometedoras.

6. Relaciona los trabajos y actividades que se pueden acometer con motivo de la suscripción de contrato de concesión y los deberes y facultades operaciones por cumplir y atender, además de las obligaciones a cargo de la autoridad a la que le corresponda efectuar las labores de fiscalización y vigilancia sobre aquellos.

7. Refiere a la obtención de determinados permisos y licencias para la ejecución de actividades y trabajos.

8. Las contraprestaciones económicas a cargo del Contratista.

9. El tipo y clase de sanciones por incumplimiento al negocio jurídico que se suscriba para la exploración y explotación de minerales.

10. Forma, términos y requisitos que deben acreditar los interesados en la oportunidad de elevar solicitud para suscripción de contrato de concesión.

11. También términos y requisitos de la reversión que debe estipularse respecto de bienes adquiridos o construidos por el Contratista.

12. La duración de la concesión minera en Colombia está contenida en el capítulo VII, artículo 70, limitada por un término de treinta (30) años, con posibilidad de extenderse por treinta (30) adicionales, extensión que no será automática de conformidad con lo establecido en el Decreto 943 de 2013, sino que debe estar acompañada de la solicitud de nuevos estudios técnicos, ambientales y sociales, que sustenten la situación de los recursos en la oportunidad de presentarla , y sólo será otorgada si se demuestra el cabal cumplimiento de las obligaciones con el fin de salvaguardar los intereses del Estado.

1.2 Contrato de concesión minera en Colombia

Como se expuso en el acápite anterior, los términos, condiciones y requisitos para la suscripción de contrato de concesión minera se encuentran dispuestos en la Ley 685 de 2001. Solamente podrán adelantar actividades de exploración y explotación mineral aquellos que celebren negocio jurídico con la autoridad competente.

Precisamente, la citada Ley 685 de 2001 establece:

> Artículo 14.- Título minero. A partir de la vigencia de este Código, únicamente se podrá constituir, declarar y probar el derecho a explorar y explotar minas de propiedad estatal, mediante el contrato de concesión minera, debidamente otorgado e inscrito en el Registro Minero Nacional. Lo dispuesto en el presente artículo deja a salvo los derechos provenientes de las licencias de exploración, permisos o licencias de explotación, contratos de explotación y contratos celebrados sobre áreas de aporte, vigentes al entrar a regir este Código. Igualmente quedan a salvo las situaciones jurídicas individuales, subjetivas y concretas provenientes de títulos de propiedad privada de minas perfeccionadas antes de la vigencia del presente estatuto.

Seguidamente los artículos 15 y 16 prescriben:

> Artículo 15. Naturaleza del derecho del beneficiario. El contrato de concesión y los demás títulos emanados del Estado de que trata el artículo anterior, no transfieren al beneficiario un derecho de propiedad de los minerales "in situ" sino el de establecer, en forma exclusiva y temporal dentro del área otorgada, la existencia de minerales en cantidad y calidad aprovechables, a apropiárselos mediante su extracción o captación y a gravar los predios de terceros con las servidumbres necesarias para el ejercicio eficiente de dichas actividades.
>
> Artículo 16. Validez de la propuesta. La primera solicitud o propuesta de concesión, mientras se halle en trámite, no confiere, por si sola, frente al Estado, derecho a la celebración del contrato de concesión, Frente a otras solicitudes o frente a terceros, solo confiere al interesado, un derecho de prelación o preferencia para obtener dicha concesión si reúne para el efecto los requisitos legales.

Los artículos 45 a 53 señalan:

> Artículo 45. Definición. El contrato de concesión minera es el que se celebra entre el Estado y un particular para efectuar, por cuenta y riesgo de este, los estudios, trabajos y obras de exploración de minerales de propiedad estatal que puedan encontrarse dentro de una zona determinada y para explotarlos en los términos y condiciones establecidos en este Código. Este contrato es distinto al de obra pública y al de concesión de servicio público. El contrato de concesión

comprende dentro de su objeto las fases de exploración técnica, explotación económica, beneficio de los minerales por cuenta y riesgo del concesionario y el cierre o abandono de los trabajos y obras correspondientes.

Artículo 46. Normatividad del contrato. Al contrato de concesión le serán aplicables durante el término de su ejecución y durante sus prorrogas, **las leyes mineras vigentes al tiempo de su perfeccionamiento,** sin excepción o salvedad alguna. Si dichas leyes fueren modificadas o adicionadas con posterioridad, al concesionario le serán aplicables estas últimas en cuanto amplíen, confirmen 0 mejoren sus prerrogativas exceptuando aquellas que prevean **modificaciones de las contraprestaciones económicas** previstas en favor del Estado o de las de Entidades Territoriales.

Artículo 47. Los trabajos y obras. Los estudios, trabajos y obras a que por virtud de la concesión queda comprometido el concesionario por causa del contrato, son los que expresamente se enumeran en este Código. No habrá lugar a modificarlos ni adicionarlos, ni a agregar otros por disposición de las autoridades. Los reglamentos, resoluciones, circulares, documentos e instructivos que le señalen o exijan trabajos, estudios y obras de carácter minero, distintas, adicionales o complementarias que hagan más gravosas sus obligaciones, carecerán de obligatoriedad alguna y los funcionarios que los ordenen se harán acreedores a sanción disciplinaria y serán responsables civilmente con su propio pecunio de los perjuicios que por este motivo.

Artículo 48. Permisos adicionales. El concesionario de minas para proyectar, preparar y ejecutar sus estudios, trabajos y obras no requerirá licencias, permisos o autorizaciones distintas de las relacionadas en este Código o en las disposiciones legales a que este haga remisión expresa, sin perjuicio de la competencia de la autoridad ambiental.

Artículo 49. Contrato de adhesión. La concesión minera es un contrato de adhesión en cuanto que, para celebrarse, no da lugar a pre negociar sus términos, condiciones y modalidades, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 31, 248 Y 355 del presente Código.

Artículo 50. Solemnidades. El contrato de concesión debe estar contenido en documento redactado en idioma castellano y estar a su vez suscrito por las partes. Para su perfeccionamiento y su prueba solo necesitara inscribirse en el Registro Minero Nacional.

Artículo 51. Cláusulas exorbitantes. El contrato de concesión minera, con excepción de lo previsto sobre la declaración de su caducidad, no podrá ser modificado, terminado o interpretado unilateralmente por parte de la entidad pública concedente. Para cualesquiera de estas actuaciones se deberá recurrir al juez competente o al empleo de árbitros o peritos.

Artículo 52. Fuerza mayor o caso fortuito. A solicitud del concesionario ante la autoridad minera las obligaciones emanadas del contrato podrán suspenderse

temporalmente ante la ocurrencia de eventos de fuerza mayor o caso fortuito. A petición de la autoridad minera, en cualquier tiempo, el interesado deberá comprobar la continuidad de dichos eventos.

Artículo 53. Leyes de Contratación Estatal. Las disposiciones generales sobre contratos estatales y las relativas a procedimientos precontractuales, no serán aplicables a la formulación y trámite de las propuestas de concesión minera, ni a la suscripción, perfeccionamiento, validez, ejecución y terminación de esta, salvo las referentes a la capacidad legal a que se refiere el artículo 17 del presente Código. En todas estas materias se estará a las disposiciones de este Código y a las de otros cuerpos de normas a las que el mismo haga remisión directa y expresa.

Las disposiciones citadas ponen de presente:

1.- La disposición legal prevé que para la exploración y explotación de minerales, el Estado debe suscribir contrato de concesión, el cual se define -artículo 32 de la Ley 80 de 1993- como aquellos que celebran las entidades estatales con el objeto "de otorgar a una persona llamada concesionario, la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad contratante, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valoración, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden."

2.- De esta definición se deducen los siguientes elementos: (i) son aquellos celebrados entre una persona, grupo de personas o asociación y entidades estatales; (ii) tienen como fin actividades tales como la prestación, operación, funcionamiento, explotación, organización, gestión o construcción; (iii) estas actividades se refieren a un servicio público, a una obra o bien destinados al mismo; (iv) la responsabilidad de estas actividades recae en el concesionario; (v) la vigilancia y control de estas actividades corresponde a la entidad pública contratante; (vi) la contraprestación en estos contratos consiste en derechos, tarifas, tasas, valoración, en un canon periódico, único y porcentual, en la participación que se le otorgue al concesionario en la explotación del bien, o en otra modalidad de contraprestación acordada.

3.- El contrato de concesión para la explotación de recursos naturales no renovables tiene dos aspectos primordiales, (i) el derecho de explotación que nace con la inscripción del acto que otorga el título minero en el registro minero correspondiente, de conformidad con el código de minas, y (ii) la actividad propiamente dicha de exploración o explotación del bien público.

4.- Así mismo, además de las características propias del contrato de concesión, ya mencionadas, este tipo de negocio jurídico (i) comprende un conjunto amplio de deberes y derechos del concesionario; (ii) facultades y obligaciones de la autoridad pública, (iii) tales derechos, facultades y obligaciones deben estar expresamente reguladas por la ley, (iv) la concesión no transfiere el dominio sobre los recursos al concesionario, y (v) las autoridades deben ejercer una permanente vigilancia sobre el concesionario con el fin de que cumpla adecuadamente sus obligaciones, dentro del marco constitucional y legal fijado para la explotación de los recursos naturales no renovables y con respeto de las normas ambientales.

5.- El contrato de concesión otorga fundamentalmente la facultad de efectuar, en el marco de la zona concedida, los estudios, trabajos y obras para establecer la existencia de minerales objeto del contrato y para explotarlos de acuerdo con los principios, reglas y criterios propios de las técnicas de geología e ingeniería de minas.

6.- El otorgamiento de derechos de explotación minera se realiza según el principio de "primero en tiempo, primero en derecho", con la excepción de las zonas declaradas como estratégicas por la Agencia Nacional de Minería (ANM), según establecen los artículos 108 de la Ley 1450 de 2011 y el 20 de la 1753 de 2015. Las áreas estratégicas mineras se adjudicarán mediante procesos de selección objetiva lanzados por la misma entidad.

7.- Pueden acceder a la suscripción de contratos de concesión aquellas personas naturales o jurídicas que demuestren capacidad en los términos de ley. También las organizaciones de economía solidaria, los proyectos mineros comunitarios, los mineros asociados o cooperados y las asociaciones comunitarias de mineros.

8.- El contrato de concesión comprende tres (3) fases: de exploración -hasta de tres (3) años-; construcción y montaje -también de máximo tres (3) años- y explotación por un término de veinticuatro (24).

9.- El negocio jurídico se suscribe para la exploración y eventual explotación del mineral sobre el que se haya presentado y aprobado la solicitud. Empero, cuando en los trabajos de exploración o explotación se encuentran minerales distintos de los que son objeto del contrato, el interesado podrá solicitar que su concesión se extienda a dichos minerales. Esta adición no modificará ni extenderá los plazos establecidos en el contrato original y si a ello hubiere lugar se solicitará la correspondiente ampliación o modificación de la Licencia Ambiental que cubra los minerales

objeto de la adición en caso de que los impactos derivados de su explotación sean diferentes a los impactos de la explotación original.

10.- El mismo puede terminarse por vencimiento de términos, de mutuo acuerdo, por muerte o renuncia del concesionario o por declaratoria de caducidad.

11.- El contrato de concesión minera es de adhesión. Es preparado por la Agencia Nacional de Minería y quien pretenda explorar y eventualmente explotar minerales debe simplemente adherir a sus estipulaciones. Es decir que estas no son susceptibles de ajuste ni de discusión.

12.- Además de lo anteriormente presentado y como instrumento de política pública minera, en el año 2010, mediante Ley 1382, el Congreso de la República reformó la 685 de 2001, con el propósito de modernizar la industria, promocionar la inversión, abreviar los trámites requeridos para obtención de título minero y fundamentalmente ajustar la normatividad a nuevas y trascedentes consideraciones en materia ambiental que propendían por la protección de áreas y zonas especiales.

No obstante, la Corte Constitucional, mediante sentencia C-366 de 2011 declaró inexequible la reforma adoptada. Para el alto Tribunal, sobre la base del respeto del derecho fundamental de consulta previa, la norma debía haberse discutido y concertado con comunidades étnicas y afrodescendientes que permitiera preservarlas e involucrarlas en el establecimiento de criterios y parámetros que podría llegar a impactarlas.

1.3 Áreas de reserva para el desarrollo minero.

1.- El artículo 20 de la Ley 1753 de 2015 “por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014- 2018 ´Todos por un nuevo país´” dispuso:

> **ARTÍCULO 20. Áreas de reserva para el desarrollo minero.** Las áreas de reserva para el desarrollo minero serán las siguientes:
>
> Áreas de Reserva Estratégica Mineras: La Autoridad Minera Nacional determinará los minerales de interés estratégico para el país, respecto de los cuales, con base en la información geocientífica disponible, podrá delimitar <u>indefinidamente</u> áreas especiales que se encuentren libres.

NOTA: El texto subrayado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-298 **de 2016.**

Estas áreas serán objeto de evaluación sobre su potencial minero, para lo cual se deberán adelantar estudios geológicos mineros por parte del Servicio Geológico Colombiano y/o por terceros contratados por la Autoridad Minera Nacional. Con base en dicha evaluación, esta Autoridad seleccionará las áreas que presenten un alto potencial minero.

Estas áreas se otorgarán mediante proceso de selección objetiva. En los términos de referencia de este proceso, la Autoridad Nacional Minera establecerá los requisitos mínimos de participación, los factores de calificación, las obligaciones especiales del concesionario y podrá establecer las contraprestaciones económicas mínimas adicionales a las regalías. Sobre estas áreas no se recibirán nuevas propuestas ni se suscribirán contratos de concesión minera. Para estos efectos la Autoridad Minera contará con la colaboración del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.

La Autoridad Nacional Minera dará por terminada la delimitación, cuando las áreas evaluadas no sean seleccionadas, caso en el cual quedarán libres para ser otorgadas mediante el régimen ordinario del Código de Minas. Cuando no se presente licitante u oferente la Autoridad Nacional Minera podrá mantener la delimitación para un futuro proceso de selección sin perjuicio de darla por terminada en cualquier tiempo.

El Gobierno Nacional reglamentará la materia a que aluden los incisos anteriores. En los Contratos Especiales de Exploración y Explotación que se deriven de estas delimitaciones, se podrán establecer reglas y obligaciones especiales adicionales o distintas a las establecidas en el Código de Minas.

Por su parte, la información geológica, geoquímica y geofísica que el Servicio Geológico Colombiano genere a partir de la declaratoria de las áreas estratégicas mineras por parte de la Autoridad Minera y que permita evaluar el potencial mineral de tales áreas, tendrá el carácter de reservada por el mismo término en que la Autoridad Minera declare dichas zonas como estratégicas mineras o hasta tanto deba darse a conocer en desarrollo de los procesos de selección objetiva que adelante

la Autoridad Minera para el otorgamiento de contratos de concesión especial en estas áreas.

NOTA: Inciso declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-221 y C-298 **de 2016.**

Áreas de Reserva para la formalización: La Autoridad Minera Nacional podrá delimitar áreas de Reserva Estratégica Minera para la formalización de pequeños mineros, sobre áreas libres o aquellas que sean entregadas a través de la figura de devolución de áreas para la formalización minera.

Áreas de Reserva para el desarrollo minero-energético: El Ministerio de Minas y Energía delimitará las zonas estratégicas para el desarrollo minero-energético en un término no mayor de doce (12) meses, contados a partir de la entrada en vigencia de la presente ley. Estas zonas se declaran por un término de dos (2) años prorrogables por el mismo término y su objetivo es permitir el manejo ordenado de los recursos naturales no renovables propendiendo por la maximización del uso de los recursos ajustándose a las mejores prácticas internacionalmente aceptadas.

Sobre estas áreas no se recibirán nuevas propuestas ni se suscribirán contratos de concesión minera de carbón. Lo anterior con el fin de que estas áreas sean otorgadas por la autoridad correspondiente a través de un proceso de selección objetiva, en el cual dicha autoridad establecerá los términos de referencia.

En casos de superposiciones de áreas entre yacimientos no convencionales y títulos mineros, en virtud de un acuerdo operacional, la Autoridad Minera Nacional autorizará la suspensión de los títulos mineros sin afectar el tiempo contractual.

Ante la suspensión del título minero por la causal antes señalada, el titular minero podrá solicitar la modificación del instrumento de control ambiental, incluyendo un capítulo de cierre temporal. La autoridad ambiental tramitará dicha modificación.

> No podrán ser áreas de reserva para el desarrollo minero las áreas delimitadas como páramos y humedales.
>
> **PARÁGRAFO PRIMERO.** Las áreas estratégicas mineras creadas con base en el artículo 108 de la Ley 1450 de 2011 mantendrán su vigencia, pero se sujetarán al régimen previsto en el presente artículo.
>
> **PARÁGRAFO SEGUNDO.** No podrán declararse áreas de reserva para el desarrollo minero en zonas de exclusión de conformidad con lo dispuesto por la normatividad vigente.

Puede apreciarse que si bien el artículo fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencias C-221 y C-298 de 2016, algunas de sus partes fueron declaradas inconstitucionales.

A juicio de la Corte, i) la autoridad competente para definir las áreas de reserva minera deberá concertar previamente con las autoridades locales de los municipios donde van a estar ubicadas, para garantizar que no se afecte su facultad constitucional para reglamentar los usos del suelo, conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad, ii) si la autoridad competente definió las áreas de reserva minera con anterioridad a la notificación de la presente sentencia, deberá concertar con las autoridades locales de los municipios donde se encuentran ubicadas, con anterioridad al inicio del proceso de selección objetiva de las áreas de concesión minera y iii) la Autoridad Nacional Minera y el Ministerio de Minas y Energía, según el caso, deberán garantizar que la definición y oferta de dichas áreas sean compatibles con los respectivos planes de ordenamiento territorial.

2.- Mediante Sentencia Unificadora distinguida con el número 095 de 2018, la Corte Constitucional se ratificó en lo expuesto en las sentencias C-221 y C-298 de 2016 y manifestó:

> En primer lugar, en virtud de las reglas jurisprudenciales establecidas en las sentencias C-123 de 2014 y C-389 de 2016, las autoridades estatales competentes para otorgar un título minero o conceder un contrato de concesión, han fortalecido los espacios de participación y socialización en la etapa precontractual y contractual. Igualmente, se han garantizado escenarios de concertación con las entidades territoriales, con el fin de que se conozcan los proyectos que se ejecutarán en determinados territorios y se tengan en cuenta los intereses de las autoridades locales. De igual manera, a lo largo del proceso de licenciamiento se observan diferentes momentos en los que se exige la socialización del proyecto.

No obstante (i) estos mecanismos se limitan a reuniones informativas con las comunidades, (ii) los resultados de dichas reuniones son simplemente insumos para la autoridad ambiental, quien no se encuentra obligada a tenerlos en consideración al momento de otorgar las autorizaciones ambientales y por tanto, ello implica que (iii) ninguno es efectivo para llegar a acuerdos vinculantes y compromisos con las comunidades asentadas en las zonas de operación y que puedan ser afectadas por la misma.

(…)

Ahora bien, el reconocimiento de las competencias de la nación y del gobierno nacional central respecto al subsuelo y los RNNR, no puede desconocer el hecho de que para la extracción de éstos se requiere realizar actividades en la superficie, es decir, en el suelo. Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia C-035 de 2016[240] advirtió que: *"aun cuando la regulación de la explotación de recursos mineros le corresponde al Congreso, y aun cuando es perfectamente posible desde el punto de vista constitucional que una entidad del orden nacional regule la explotación de recursos del subsuelo,* ***en la práctica no es factible extraer recursos mineros sin afectar la superficie.*** *En esa medida, es imposible definir la vocación minera de un área sin afectar el ejercicio de competencias sobre el uso del suelo que le corresponden a las autoridades del orden territorial (…) En tales casos, están de por medio, por un lado, la* ***autonomía de las entidades*** *territoriales para desempeñar sus funciones de planeación y ordenamiento territorial, competencias que constituyen elementos fundamentales de su autonomía, y por el otro, la necesidad de garantizar que la* ***explotación de los recursos del subsuelo*** *beneficie a todas las entidades territoriales, incluyendo aquellas que no poseen dichos recursos".*

Para la Sala resultan relevantes los postulados constitucionales en materia de ordenamiento territorial y regulación del suelo, contenidos esencialmente en los artículos 101, 102 y 288 y su desarrollo en las Leyes 388 de 1997 y 1454 de 2011. Allí se ha entendido el ordenamiento territorial como un instrumento de planificación y gestión de las entidades territoriales, que tiene como finalidad lograr una adecuada organización político-administrativa del Estado, incentivando el desarrollo institucional, la identidad cultural y el desarrollo económico,

social, ambiental y físico. El ordenamiento territorial busca promover la capacidad de descentralización, el traslado de competencias y poder de decisión de los órganos centrales o descentralizados del gobierno en el orden nacional hacia los de nivel territorial, asignándoles recursos para tales efectos[241]; lo anterior fundado en el pilar de autonomía de las entidades territoriales, como se analizó en acápites precedentes.

(…)

Una vez identificadas las conclusiones anteriores y teniendo presente que en razón de los límites competenciales, la consulta popular como mecanismo de participación ciudadana no puede utilizarse para definir si en un territorio se desarrollan o no actividades que conduzcan a la explotación del subsuelo o de los RNNR, la Sala considera relevante indicar que de acuerdo con la normativa constitucional y la jurisprudencia todas aquellas actividades que se desarrollen con el fin de explorar y explotar el subsuelo y los RNNR, deben respetar, garantizar y proteger los postulados constitucionales de participación ciudadana y de coordinación y concurrencia nación territorio, en el marco del Estado unitario y la autonomía territorial.

(…)

Del análisis realizado, la Sala encuentra que en los sectores de hidrocarburos y de minería el ordenamiento jurídico define procedimientos de concesión diferentes para cada caso. De tal modo, en el sector hidrocarburos las concesiones se realizaron antes del año 2003, mediante contrato de Asociación con la Empresa Colombiana de Petróleos –ECOPETROL-, regulado por los Decretos 2310 de 1974 y 743 de 1975. Actualmente el trámite de determinación, clasificación, delimitación y/o regulación de Áreas susceptibles de asignación para Exploración y Explotación de Hidrocarburos y el de concesión de Contratos de Evaluación Técnica – TEA – y Contratos de Exploración y Producción – E&P – se suscriben con la ANH y se encuentran regulados por el Decreto Ley 714 de 2012, la Ley 1753 de 2015, el Acuerdo 02 de 2017, entre otras normas.

Así, la Sala encuentra que en el caso del *sector hidrocarburos* los trámites previstos para la *determinación, clasificación, delimitación y/o regulación*

de áreas susceptibles de asignación para exploración y explotación de hidrocarburos, definidos por la Ley 80 de 1993, el Decreto Ley 714 de 2012, la Ley 1753 de 2015, el Acuerdo 02 de 2017 y otras normas concomitantes, o leyes estatutarias u orgánicas, respectivamente, no establecen un mecanismo de participación ciudadana en el que las comunidades ubicadas en las zonas de operaciones de exploración y explotación del subsuelo y de RNNR puedan contar con información, presentar sus inquietudes o manifestar su oposición a proyectos del sector. En la misma línea, no existe un instrumento en el que se aplique el artículo 288 constitucional que permita la concurrencia y coordinación del nivel nacional y territorial en las competencias que cada uno de estos detentan respecto al suelo y/o el subsuelo.

La Sala Plena evidencia que en el proceso para determinar, delimitar y clasificar áreas para el desarrollo de actividades de exploración y producción de hidrocarburos, que ha sido definido por la ANH en el Acuerdo 02 de 2017, si bien se menciona la importancia de que la delimitación y clasificación de las áreas esté sujeta al ordenamiento constitucional, en lo relacionado con el ordenamiento territorial, los recursos naturales renovables y la protección del medio ambiente, y que se indica que, en el proceso, deben tomarse en consideración los procedimientos de consulta y de coordinación con los entes territoriales y con las comunidades o grupos étnicos, no se evidencia una regulación específica que dé cuenta de la implementación vigorosa de los principios de democracia participativa, (artículos 1,40, 79, 130, 105 y 95 Constitucionales) coordinación y concurrencia nación territorio (artículo 288 constitucional).

Por otra parte, en lo relacionado con el *sector minero*, la Sala evidencia que en el trámite para el otorgamiento de un contrato único de concesión minera el Código de Minas (Ley 685 de 2001), las leyes estatutarias u orgánicas, los procedimientos administrativos u otras normas concomitantes no establecen un mecanismo de participación ciudadana, ni un instrumento de en el que se aplique el artículo 288 constitucional que permita la concurrencia y coordinación del nivel nacional y territorial. Sin embargo, y en cumplimiento de lo dispuesto en las sentencias C-123 de 2014 y C -389 de 2016 la ANM[280] diseñó e implementó el *programa de relacionamiento con el territorio* y en tal marco creó dos procedimientos específicos denominados: i) concertación con alcaldes como primera autoridad del municipio y, ii) audiencias de participación mineras previo al otorgamiento del título minero. Tales procedimientos fueron presentados en acápites precedentes.

(…)

De lo expuesto, se concluye como se indicó en las consideraciones anteriores de esta providencia que: i) en virtud de las reglas jurisprudenciales establecidas en las sentencias C-123 de 2014 y C-389 de 2016, las autoridades estatales competentes en otorgar un título minero o conceder un contrato de concesión, han fortalecido los espacios de participación y socialización en la etapa precontractual y contractual. Igualmente se han garantizado escenarios de concertación con las entidades territoriales, con el fin de que se conozcan los proyectos que se ejecutaran en determinados territorios y se tenga en cuenta los intereses de las autoridades locales. No obstante, estos instrumentos no están regulados adecuadamente mediante leyes estatutarias, ni son lo suficientemente vigorosos y robustos para garantizar la participación efectiva de la comunidad.

Así, el MME, MADS, ANLA, ANM, ANH, UPME, SGC deben revisar con detalle los instrumentos, mecanismos, estrategias existentes en los sectores minero energético y ambiental para la participación ciudadana y posteriormente definir un plan de mejoramiento y fortalecimiento tanto institucional como técnico que fortalezca y mejore los instrumentos de participación ambiental, las estrategias como la Estrategia Territorial de Hidrocarburos de la ANH y el Programa de Territorio de la ANM – o los que hagan sus veces-, manteniendo siempre la existencia, sostenibilidad y permanencia de los mismos, mediante la ampliación de cobertura en el mayor número de municipios del país.

La Sala Plena advierte que el fortalecimiento de las estrategias referidas debe propender por la participación ciudadana y la concurrencia de la nación y el territorio, tanto en los contratos de concesión que se suscriban a futuro, y como en los contratos de asociación o concesión vigentes, con el fin de evitar y prevenir riesgos sociales o ambientales que afecten en forma negativa el ambiente y a las comunidades asentadas en los municipios de operación de actividades para la explotación de recursos de hidrocarburos y de minería. Para ello, deben también mejorarse y fortalecerse las cláusulas contenidas en los contratos de concesión de la ANH y de la ANM que se refieren a inversiones sociales, como son los Programas en Beneficio de las Comunidades, en contratos de la ANH y los Planes de Gestión Social, de los contratos de la ANM, o las cláusulas que

hagan sus veces; en tal sentido, el MME, la ANH y la ANM deber realizar un seguimiento estricto al cumplimiento por parte de los contratistas a tales obligaciones y adicionalmente verificar que las inversiones sociales se articulen con las políticas públicas tanto del nivel nacional, como de las entidades territoriales, por ejemplo, los Planes Nacional, Municipal y Departamental de Desarrollo.

En tal contexto, la Sala Plena hace un llamado al MME, a la ANH y a la ANM para que apoyen y también exijan rigurosamente a las empresas o personas contratistas de concesiones de hidrocarburos o de minería, la debida diligencia ambiental y social, y el respeto de los derechos humanos en cumplimiento de los postulados constitucionales y de la implementación de referentes como los principios de empresas y derechos humanos[289], desarrollados en el país mediante el plan de acción de derechos humanos y empresas[290] o las estrategias que los apliquen.

Igualmente, la Corte Constitucional hace también un llamado a las personas y empresas que han suscrito o suscribirán contratos de concesión del subsuelo o de RNNR para que en sus operaciones respeten los derechos humanos, e introduzcan en sus políticas corporativas estrategias que conduzcan al cumplimiento de los principios constitucionales de participación ciudadana y de relacionamiento permanente con autoridades locales, en el marco del Estado Social de Derecho, de la Ley y el ordenamiento jurídico vigente. Ello por cuanto es indispensable que quienes realicen actividades encaminadas a la exploración y explotación de recursos del subsuelo y RNNR actúen con debida diligencia para prevenir, reducir y mitigar los impactos sociales, ambientales y económicos en territorio de sus operaciones y con ello, desplegar todas las labores y gestiones necesarias para tales fines, en el marco de sus obligaciones constitucionales, legales y contractuales, con la finalidad de que las operaciones del sector minero energético al realizarse en forma sostenible conjuren sus efectos negativos, generando un aprovechamiento benéfico de recursos que, son incluso imprescindibles para la realización de las actividades humanas.

En tal sentido, la ANH y la ANM, como entidades con funciones de vigilancia y supervisión de los contratos de concesión, deben vigilar y supervisar con mayor seguimiento y exigencia a sus contratistas, y el cumplimiento de su parte de las obligaciones sociales y ambientales que se les exigen.

En suma:

(i) Si bien las entidades del Estado que tienen a su cargo la asignación de áreas para la exploración y explotación de minerales y de hidrocarburos han fortalecido los espacios de participación y socialización, estos aún deben fortalecerse para alcanzar acuerdos vinculantes y compromisos con las comunidades que habitan las zonas de operación.

(ii) El ordenamiento territorial es un instrumento de planificación y gestión de las entidades territoriales que tiene como propósito lograr una adecuada organización político-administrativa del Estado. Por consiguiente, la autonomía de la que estas disponen para la utilización del suelo debe coordinarse y concertarse con el deber de la Nación de promover la exploración y explotación de los recursos del subsuelo. Una y otra función no pueden entenderse y aplicarse de manera separada.

(iii) En el caso concreto del sector de hidrocarburos, la Corte Constitucional advierte que sus reglamentos de contratación no prevén mecanismos de participación ciudadana en el que las comunidades ubicadas en las zonas de operaciones de exploración y explotación puedan disponer de información, presentar las inquietudes o manifestar oposición al proyecto. En la misma línea, no existe un instrumento en el que se aplique el artículo 288 constitucional que permita la concurrencia y coordinación del nivel nacional y territorial en las competencias que cada uno de estos detentan respecto al suelo y/o el subsuelo.

(iv) En lo que atañe al sector minero, si bien se han adoptado mecanismos de participación, se adolecería de una ley orgánica o estatutaria que expresamente los establezca y que permita desarrollar los conceptos de concurrencia entre los niveles central y territorial.

(v) Tanto el Ministerio de Minas y Energía, como el de Ambiente y de Desarrollo Sostenible, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA-, la Unidad de Planeación Minero Energética -UPME-, el Servicio Geológico Colombiano -SGC- y las Agencias Nacional de Minería y de Hidrocarburos están en el deber de revisar los instrumentos y estrategias existentes para llevar a cabo la participación ciudadana y ambiental y la concurrencia de la Nación el Territorio tanto en los negocios jurídicos suscritos como los que se proyecten celebrar.

(vi) La definición de las áreas para efectos de explorar y explotar los recursos naturales no renovables debe darse en el marco de la concertación y coordinación entre los niveles nacional y territorial, además con precisa identificación y adelantamiento del proceso de consulta previa, cuando corresponda.

(vii) La asignación de las áreas de reserva minera estratégicas debe darse mediante proceso de selección objetiva y el contrato de concesión que se adjudique podrá convenir

contraprestaciones económicas distintas de las regalías, según ofrecimiento de los interesados.

(viii) El Ministerio de Minas y Energía determinó los siguientes minerales como de interés estratégico para el país: Oro, platino, cobre, minerales de fosfatos, minerales de potasio, minerales de magnesio, carbón metalúrgico, uranio, hierro y minerales de coltan. Esto obedece a estudios adelantados por Ingeominas -hoy Servicio Geológico Colombiano-.

Además, el Plan Nacional de Desarrollo Minero con visión 2025 preparado por la Unidad de Planeación Minero-Energética -UPME- destacó el potencial de algunos de los minerales establecidos como estratégicos y sostuvo que, en la medida que se obtenga mayor información geológica en el país, podrán ubicarse nuevos yacimientos de los que se obtengan importantes beneficios.

1.4 Competencia de la Agencia Nacional de Minería para definir las áreas de reserva mineras estratégicas

El Decreto Ley 4134 de 2011 creó la Agencia Nacional de Minería y le asignó las siguientes funciones:

> **ARTÍCULO 4o. FUNCIONES.** Son funciones de la Agencia Nacional de Minería, ANM las siguientes:
>
> 1. Ejercer las funciones de autoridad minera o concedente en el territorio nacional.
>
> 2. Administrar los recursos minerales del Estado y conceder derechos para su exploración y explotación
>
> 3. Promover, celebrar, administrar y hacer seguimiento a los contratos de concesión y demás títulos mineros para la exploración y explotación de minerales de propiedad del Estado cuando le sea delegada esta función por el Ministerio de Minas y Energía de conformidad con la ley.
>
> 4. Diseñar, implementar y divulgar estrategias de promoción de la exploración y explotación de minerales.
>
> 5. Proponer y apoyar al Ministerio de Minas y Energía en la formulación de la política gubernamental y en la elaboración de los planes sectoriales en materia de minería, dentro del marco de sostenibilidad económica, social y ambiental de la actividad minera.
>
> 6. Administrar el catastro minero y el registro minero nacional.
>
> 7. Mantener actualizada la información relacionada con la actividad minera.

8. Liquidar, recaudar, administrar y transferir las regalías y cualquier otra contraprestación derivada de la explotación de minerales, en los términos señalados en la ley.

9. Determinar la información geológica que los beneficiarios de títulos mineros deben entregar, recopilarla y suministrarla al Servicio Geológico Colombiano.

10. Desarrollar estrategias de acompañamiento, asistencia técnica y fomento a los titulares mineros con base en la política definida para el sector y en coordinación con las autoridades competentes.

11. Administrar y disponer de los bienes muebles e inmuebles que pasen al Estado por finalización de los contratos de concesión y demás títulos mineros en que aplique cláusula de reversión.

12. Promover la incorporación de la actividad minera en los planes de ordenamiento territorial.

13. Apoyar la realización de los procesos de consulta previa a los grupos étnicos en coordinación con las autoridades competentes.

14. Dar apoyo al Ministerio de Minas y Energía en la formulación y ejecución de la política para prevenir y controlar la explotación ilícita de minerales.

15. Fomentar la seguridad minera y coordinar y realizar actividades de salvamento minero sin perjuicio de la responsabilidad que tienen los particulares en relación con el mismo.

16. Reservar áreas con potencial minero, con el fin de otorgarlas en contrato de concesión.

17. Ejercer las demás actividades relacionadas con la administración de los recursos minerales de propiedad estatal.

18. Las demás que le sean asignadas y que le delegue el Ministerio de Minas y Energía, de conformidad con las normas vigentes.

En consonancia con estas funciones, particularmente la 1 y 4, es que la Ley 1753 de 2015 en el artículo 20 arriba citado le impone la determinación de los minerales de interés estratégico, respecto de los cuales podrá delimitar áreas que se encuentren libres para la exploración y explotación de estos.

Como se puso de presente antes, para la definición e identificación de esas áreas y someterlas a consideración de interesados en el marco del procedimiento competitivo que corresponda, la autoridad nacional minera, en este caso la Agencia debe -previamente a su lanzamiento- haber efectuado la coordinación y concertación con la entidad territorial en cuyo terreno se llevarán a cabo las actividades, garantizado los mecanismos de participación y socialización del proyecto y, cuando corresponda, haber

surtido el procedimiento de consulta previa que garantice la preservación de las comunidades indígenas o afrodescendientes, en los casos que correspondan.

Los términos de referencia del certamen deben ser preparados por la administración, así como adelantar la labor de promocionarlo y naturalmente suscribir los negocios jurídicos que se deriven de aquel.

1.5 Condiciones económicas del contrato de concesión minera

El capítulo XXII de la Ley 685 de 2001 establece:

> Artículo 226. Contraprestaciones económicas. Las contraprestaciones económicas son las sumas o especies que recibe el Estado por la explotación de los recursos naturales no renovables.
>
> Artículo 227. La Regalía. De conformidad con los artículos 58, 332 Y 360 de la Constitución Política, toda explotación de recursos naturales no renovables de propiedad estatal genera una regalía como contraprestación obligatoria. Esta consiste en un porcentaje, fijo o progresivo, del producto bruto explotado objeto del título minero y sus subproductos, calculado o medido al borde o en boca de mina, pagadero en dinero o en especie.
>
> Modificado por el artículo 330 de la Ley 1955 de 2019. Establézcanse para las regalías de que trata el inciso 2 del artículo 227 del Código de Minas, por la explotación de recursos naturales no renovables de propiedad privada, sobre el valor de la producción en boca o borde de mina según corresponde para cada explotación, los siguientes porcentajes:

Mineral y Tipo de Minería	Regalía de propiedad privada
Carbón a cielo abierto con producción igual o mayor a 3 millones de toneladas anuales	3.27%
Carbón a cielo abierto con producción menor a 3 millones de toneladas anuales	1.64%
Oro y plata veta	0.4%
Oro y plata aluvión	2.0%
Platino	1.0%

> El precio base para la liquidación de regalías generadas por cada explotación u operación minera del carbón se calculará anualmente según la producción y se regirá según lo establecido en el artículo 15 de la Ley 1530 de 2012.
>
> El titular de las minas de Reconocimiento de Propiedad Privada, deberá declarar, liquidar y demostrar el pago de las regalías de cada explotación u operación minera a partir del 2019 ante la Agencia Nacional de Minería, de conformidad con lo señalado en el presente artículo.

La Agencia Nacional de Minería deberá recaudar y transferir las regalías generadas por cada explotación u operación minera de los recursos naturales no renovables de propiedad privada, conforme lo estipulado en la Ley 1530 de 2012 y demás normas que la modifiquen o adicionen a partir de 2019.

Para la aplicación del porcentaje para las explotaciones con producción igual o mayor a 3 millones de toneladas anuales se establece un periodo de transición de tres (3) años para permitir un aumento escalonado y progresivo.

Artículo 228. Estabilidad de las regalías. El monto de las regalías y el sistema para liquidarlas y reajustarlas, serán los vigentes a la época del contrato de concesión y se aplicarán durante toda su vigencia. Las modificaciones que sobre estas materias adopte la ley, solo se aplicarán a los contratos que se celebren y perfeccionen con posterioridad a su promulgación.

Artículo 229. Incompatibilidad. La obligación de pagar regalías sobre la explotación de recursos naturales no renovables es incompatible con el establecimiento de impuestos nacionales, departamentales y municipales sobre esa misma actividad, sean cuales fueren su denominación, modalidades y características. Lo anterior sin perjuicio de los impuestos que el Congreso fije para otras actividades económicas.

Artículo 230. Cánones superficiarios. El canon superficiario se pagará anualmente y de forma anticipada, sobre la totalidad del área de la concesión minera durante la etapa de exploración, acorde con los siguientes valores y periodos:

Número de hectáreas	0 a 5 años	Más de 5** años hasta 8 años	Más de 8** años hasta 11 años
	SMDLV/h*	SMDLV/h	SMDLV/h
0-150	0.5	0.75	1
	0.75	1.25	2
	1.0	1.75	3
*Salario mínimo diario legal vigente/hectárea ** A partir de cumplido el año más un día (5 A + 1 D . 8 A + 1 D)			

Estos valores son compatibles con las regalías y constituyen una contraprestación que se cobrará por la autoridad contratante sin consideración a quien tenga la propiedad o posesión de los terrenos de ubicación del contrato.

Para las etapas de construcción y montaje o exploración adicional, si a ello hay lugar, se continuará cancelando el valor equivalente al último canon pagado durante la etapa de exploración.

Artículo 231. Prohibición. La exploración y explotación mineras, los minerales que se obtengan en boca o al barde de mina, las maquinarias, equipos y demás elementos que se necesiten para dichas actividades y para su acopio y beneficio, no podrán ser gravados con impuestos departamentales y municipales, directos o indirectos.

Artículo 232. Recursos para la Minería. Los recursos que, de acuerdo con el artículo 361 de la Constitución y de conformidad con el artículo 1° parágrafo 2° de la Ley 141 de 1994, se destinen para la promoción de la minería, se invertirán de manera preferente en la financiación de los proyectos especiales y comunitarios a que hacen referencia los artículos 249 y 248 Y los programas de promoción y apoyo contenidos en los artículos 224 y 225 del presente Código. Aquellos recursos que se asignen a la exploración se podrán invertir en estudios geológico-mineros regionales.

Artículo 233. Exclusión de renta presuntiva a la minería. El artículo 189 del Estatuto Tributario quedara así. "Articulo 189. Depuración de la base de cálculo y determinación: ... d) A partir del año gravable 2002 el valor patrimonial neto de los bienes vinculados directamente a empresas cuyo objeto social exclusivo sea la minería distinta de la explotación de hidrocarburos líquidos y gaseosos".

Artículo 234. Excepción de retención en la fuente. Se exceptúan de la retención en la fuente prevista en el estatuto tributario, los pagos o abonos en cuenta que se efectúen a favor de las organizaciones de economía solidaria productoras de carbón par concepto de la adquisición de dicho combustible, cuando la compra respectiva se destine a la generación térmica de electricidad.

Artículo 235. Acreditación de exportaciones mineras como productos verdes. Los exportadores mineros que inviertan no menos de un 5% del valor FOB de sus exportaciones anuales en proyectos forestales destinados a la exportación, tendrán derecho a que dichas inversiones estén exentas de todo tipo de impuestos y gravámenes por un término de 30 años,

Artículo 236. Sistema de Amortización. Modificase el inciso segundo del artículo 91 de la Ley 223 de 1995 (hoy artículo 143 del Estatuto Tributario), el cual quedará así: "Cuando se trate de los costos de adquisición o exploración y explotación de recursos naturales no renovables, la amortización podrá hacerse con base en el sistema de estimación técnica de costa de unidades de operación o por el de amortización en línea recta en un término no inferior a cinco (5) años, Cuando las inversiones realizadas en exploración resulten infructuosas, su monto podrá ser amortizado en el año en que se determine tal condición y en todo caso a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes".

Respecto de este aparte de la norma proceden las siguientes consideraciones:

1.- A diferencia de lo ocurrido en sectores como el petrolero, donde las contraprestaciones económicas se convienen en el negocio jurídico a partir de un Acuerdo adoptado por el Consejo Directivo de la Agencia Nacional de Hidrocarburos -ANH-, en el minero aquellas obedecen estrictamente a lo establecido en la Ley. No obstante, para el caso de las áreas de reserva estratégicas, si podrán pactarse obligaciones económicas distintas a las previstas en el Código de Minas que son las regalías -que solamente se causan en la etapa de explotación- y el canon superficiario.

2.- Además, toda persona natural o jurídica titular de un contrato de concesión minera estará en la obligación de asumir las obligaciones tributarias dispuestas en el ordenamiento jurídico superior.

3.- Empero, mediante Ley 1819 de 2016 desarrollada por el Decreto 2253 de 2017 que adicionó el 1075 de 2015, se dispuso como incentivo al incremento de las inversiones de exploración y explotación de hidrocarburos y exploración en minería, el otorgamiento de un Certificado de Reembolso Tributario -CERT- a los contribuyentes que aumenten aquellas, el cual corresponderá a un porcentaje del valor del incremento.

4.- Concretamente, las del sector minero serán las que tienen por objeto mantener o incrementar la producción de los proyectos actuales, acelerar los que están en transición (de construcción y montaje a explotación) e incrementar los proyectos de exploración minera.

5.- Justamente, el Decreto 2253 de 2017 establece que el incentivo al incremento de las inversiones en los sectores de hidrocarburos y minería deben considerar, entre otros, los siguientes criterios: (i) los niveles de precios internacionales de referencia; (ii) niveles de inversiones y (iii) metas de reservas de producción.

6.- A tono con lo anterior, mediante Resolución No. 614 de 2019, la Agencia Nacional de Minería determinó los minerales que podrían ser objeto de la solicitud -carbón térmico y metalúrgico, níquel, cobre y oro-.

7.- Conviene precisar que el Código de Minas prevé para los contratos de concesión minera el pago solamente del derecho por el uso del subsuelo -canon superficiario- y de las regalías. También la Agencia Nacional de Minería ha incorporado en las estipulaciones contractuales la obligación a cargo del Contratista de cancelar por concepto de inversión social y gestión ambiental el valor correspondiente al uno por ciento (1%) de aquella correspondiente a la etapa que le corresponda ejecutar.

8.- La Agencia Nacional de Minería en los procesos de selección para otorgar AEM deberá establecer los factores de escogencia que permitirían la selección de la oferta más favorable. Estos podrían propender por una mayor participación del Estado en la producción del mineral que corresponda o una inversión que en exploración que supere la inicialmente prevista por la entidad, según el área de que se trate.

9.- Claramente que lo anterior debe examinarse en consideración del conocimiento que tenga el Estado

respecto de las áreas reservadas.

10.- Una fórmula posible -en el marco de los principios de coordinación y concurrencia que asisten a la Nación y a las entidades territoriales- es la de dividir los ingresos por concepto de los ingresos obtenidos del derecho económico que se plantearía como factor de escogencia y que consistiría en el mayor ofrecimiento para el Estado de la producción del mineral de propiedad del Contratista.

11.- Esta alternativa se fundamenta en la autonomía que la Ley establece para la Agencia Nacional de Minería respecto de la preparación de los términos de referencia del procedimiento de selección que tendría por objeto la asignación de áreas estratégicas mineras seleccionadas. Es decir que se encuentra facultada para proyectar este tipo de estipulaciones que entonces serian de orden convencional y no legal como las regalías y el canon superficiario.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto y con sujeción a lo establecido en el artículo 108 de la Ley 1450 de 2011 y al 10 del Decreto Ley 4134 del mismo año, para la definición y asignación de áreas especiales, le corresponderá al presidente de la Agencia Nacional de Minería adoptar los términos y condiciones sobre los cuales se suscribirán negocios jurídicos para la exploración y explotación de minerales que reposen en ellas.

En este particular aspecto, las funciones que debe cumplir se asemejan a las que le fueron asignadas al Consejo Directivo de la Agencia Nacional de Hidrocarburos prescritas en el artículo 8 del Decreto Ley 4137 de 2011. A este, se le impone definir los criterios de administración y asignación de las áreas hidrocarburíferas de la Nación para su exploración y explotación. Precisamente, la labor que le asiste cumplir al presidente de la Agencia Nacional de Minería respecto de aquellas especiales estratégicas.

Empero, está claro que las formas de funcionar y conducir una y otra entidad guardan diferencias. La más notoria es respecto de los términos y condiciones aplicables a cada uno de sus sectores. Mientras que, en materia de hidrocarburos, los únicos asuntos que están contenidos en la Ley son los que atañen a las regalías -al margen de algunas definiciones-, en minería inclusive las estipulaciones del contrato de concesión se encuentran en disposiciones legales.

Solamente en el caso de las áreas estratégicas mineras, la Agencia Nacional de Minería, está facultada para establecer de manera convencional las condiciones para la exploración y explotación de aquellas. De ahí que se plantee la posibilidad de establecer un derecho económico por concepto de participación en la producción o incluso otorgar mayor puntaje al proponente que ofrezca inversión adicional a la mínima requerida. Esto, se insiste, está supeditado al conocimiento que se tenga sobre cada una de las áreas seleccionadas.

1.6 Organización y funcionamiento del Sistema General de Regalías

El 30 de septiembre de 2020, el presidente de la República sancionó la ley que reglamenta la reforma al sistema general de regalías -2056 de 2020-. Esta tiene por objeto establecer la metodología de distribución, así como objetivos, fines, administración, ejecución, control, uso eficiente y destinación de los ingresos provenientes de la explotación de los recursos naturales no renovables, con precisión de las condiciones de participación de sus beneficiarios.

Con esta norma, se ha pretendido fortalecer la descentralización de las entidades territoriales -se redujeron a ocho (8) los Órganos Colegiados de Administración y Decisión (OCAD)- y se aumentó el porcentaje de asignación directa del 11% al 25%.

En cuanto a los conceptos de distribución, la norma asigna más recursos para los municipios con mayores necesidades básicas insatisfechas, los cuales serán beneficiados con asignaciones que pasan del 10,7 % al 15 %. Igualmente, se mantiene la inversión regional del 34 % para proyectos de impacto regional con criterios de población, pobreza y desempleo.

Durante los veinte (20) años siguientes a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 04 del 2017 -acuerdo de paz-, el 7 % de los ingresos se destinará a una asignación para la paz que tendrá como objeto financiar proyectos de inversión para la implementación del Acuerdo Final de Paz, incluyendo la financiación de proyectos destinados a la reparación de víctimas.

Se asigna a su turno un 5 % de los recursos de regalías para el medioambiente, los cuales permitirán financiar proyectos relacionados con la conservación de áreas ambientales estratégicas y la lucha nacional contra la deforestación.

Finalmente, se deberá destinar un porcentaje no inferior al 5 % de las asignaciones directas a infraestructura educativa o a proyectos para mejorar la cobertura, la permanencia y la calidad de la

educación superior pública. En el mismo sentido, los recursos de Ciencia, Tecnología e Innovación aumentan del 9,5 % al 10 %.

Cabe destacar que la reforma a la organización y funcionamiento del Sistema General de Regalías, especialmente respecto del criterio de asignaciones directas que beneficia a las regiones productoras contribuye en el cometido de concertar con los representantes de estas el alcance de los proyectos de exploración y eventual explotación de recursos naturales no renovables. Esto puede resultar de suma importancia para efectos de la definición de las áreas de reserva para el desarrollo minero, a las que refiere el artículo 20 de la Ley 1753 de 2015.

También conviene anotar que el detalle sobre la distribución de los recursos del sistema general de regalías de que trata el artículo 20 de la referida Ley 2056 de 2020 debe ser definido mediante acto administrativo por el Ministerio de Minas y Energía, quien debe publicarlo para comentarios previamente a su expedición.

2.- **Tributos, regalías y compensaciones**

Previamente reseñar de manera particular los impuestos, regalías, compensaciones, contraprestaciones convenidas contractualmente y en general las obligaciones de tipo económico que deben asumir quienes el Estado les ha concedido el derecho, en este aparte del documento se presenta la relación de entidades encargadas de establecer y fijar cada uno de ellos y el concepto que el ordenamiento jurídico superior les ha asignado.

2.1.- Impuestos: Con sujeción a los artículos 150 numeral 7 y 338 de la Constitución Política de Colombia, el establecimiento y fijación de impuestos es de exclusiva competencia del Congreso

de la República. Esta Corporación es la encargada de establecer el concepto, el sujeto activo y pasivo del tributo.

Al respecto, la Corte Constitucional ha manifestado:

> "El artículo 338 de la Constitución Política desarrolla el postulado de que no existe impuesto sin representación. Este precepto superior es así una expresión de los principios de representación popular y democrático representativo en el ámbito tributario, como quiera que establece una restricción expresa, en el sentido que, salvo los casos específicos de potestad impositiva del Gobierno en los estados de excepción, solo los organismos de representación popular podrán imponer tributos. De este modo, la norma constitucional, además de enunciar el principio de reserva legal en materia fiscal, objeto de posterior desarrollo, consagra el de legalidad tributaria que preside la creación de los gravámenes. En este sentido estipula que "la ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos y bases gravables, y las tarifas de los impuestos". Solo excepcionalmente, respecto de la tarifa de las tasas y contribuciones, este mismo artículo de la Carta autoriza que la competencia para fijarla sea atribuida a otras autoridades, siempre que, en la ley, la ordenanza o el acuerdo respectivo, se fije el sistema y el método para determinarla. Del principio de legalidad tributaria se deriva el de certeza del tributo, conforme al cual no basta con que sean los órganos colegiados de representación popular los que fijen directamente los elementos del tributo, sino que es necesario que al hacerlo determinen con suficiente claridad y precisión todos y cada uno de esos componentes esenciales. Esta exigencia adquiere relevancia a la hora de dar aplicación y cumplimiento a las disposiciones que fijan los gravámenes, pues su inobservancia puede dar lugar a diversas situaciones nocivas para la disciplina tributaria como son la generación de inseguridad jurídica; propiciar los abusos impositivos de los gobernantes; o el fomento de la evasión "pues los contribuyentes obligados a pagar los impuestos no podrían hacerlo, lo que repercute gravemente en las finanzas públicas y, por ende, en el cumplimiento de los fines del Estado".

Ahora bien, el artículo 338 de la Constitución Política autoriza a los concejos municipales o distritales para imponer contribuciones fiscales o parafiscales y fijar los elementos del tributo mediante los respectivos acuerdos. El artículo anterior se interpreta en armonía con el artículo 313, numeral 4 de la misma Constitución, porque Colombia es un Estado social de derecho organizado en forma de República unitaria, y el Congreso es el competente para expedir las leyes que crean los impuestos (artículos 1° y 150, numeral 12 de la Constitución Política).

El artículo 72 de la Ley 136 de 1994 establece que los proyectos de acuerdo municipal deben ir acompañados de una exposición de motivos en la que se expliquen sus alcances y las razones que los sustentan.

La exigencia indicada en la norma anterior no constituye un mero requisito de forma. Es un requisito fundamental en la medida que garantiza el principio de publicidad y el principio democrático, pues permite que los miembros del Concejo municipal conozcan, de antemano a los debates, las razones que motivan la iniciativa del mandatario local.

- La distinción entre contribuciones fiscales y parafiscales.

Contribuciones fiscales. La expresión "contribuciones fiscales" que utiliza el artículo 338 constitucional (incisos 1 y 3), quiere decir "tributos" en sentido genérico y comprende: (i) el impuesto propiamente dicho, (ii) la tasa y (iii) la contribución de carácter especial.

Los municipios solo pueden: (i) Establecer impuestos, contribuciones o tasas que hayan sido creados previamente por la ley [principio de legalidad]. (ii) Señalar los elementos del tributo cuando la ley no los indica, pero deben hacerlo dentro de las pautas, finalidad y contexto de la ley que crea el impuesto, la contribución o la tasa, 5 previa discusión democrática en el respectivo concejo [principio de representación], y (iii) Permitir que las autoridades fijen las tarifas de las tasas, es decir, las tablas o catálogos de los precios de esas tasas o derechos, y las tarifas de las contribuciones, por medio de acuerdo (principio de representación) en el que previamente se señale el sistema y método para definir sus costos y beneficios. El impuesto, la contribución o la tasa se crean a partir de una expresión clara de la ley que dispone cuál es el hecho que los origina.

Por consiguiente, los acuerdos que establezcan los tributos creados en la ley deben fijar sus elementos en forma clara y precisa, cuando les corresponda hacerlo.

Además, el inciso 2 del citado artículo 338 constitucional autoriza a los municipios para que mediante acuerdos permitan a las autoridades municipales fijar las tarifas de las tasas y contribuciones que cobren a los contribuyentes: (i) como recuperación de los costos incurridos por la prestación de servicios, o (ii) participación en los beneficios que les proporcionen, pero los acuerdos deben fijar el sistema y método para definir esos costos y beneficios y la forma de hacer su reparto [entre los usuarios o beneficiarios]. La única facultad que la ley puede delegar en la autoridad administrativa es la de ajustar el monto del tributo a los costos de un servicio o a los precios de un beneficio, según los criterios que el legislador defina.

En relación con las tasas y contribuciones, la jurisprudencia define el sistema como las formas específicas de medición económica, de valoración y ponderación de los distintos factores que convergen en la determinación de la tarifa, son las directrices a las que se sujeta la autoridad administrativa para fijarla, y constituyen a la vez una garantía del contribuyente frente a la administración. En cuanto al método está referido a las pautas técnicas encaminadas a la previa definición de los criterios que tienen relevancia en materia de tasas y contribuciones para determinar los costos y beneficios que inciden en una tarifa.

Sobre la misma base, las exenciones y beneficios dispuestos para el sector, entre ellos el Certificado de Reembolso Tributario (CERT) o descuentos por donaciones solamente pueden ser definidos y fijados por el Congreso de la República, sin perjuicio que este en la ley respectiva asigne funciones y competencias para que aquellos puedan ser desarrollados por el Gobierno Nacional.

2.2- Regalías: Según el artículo 360 de la Constitución Política, las regalías son "una contraprestación económica de propiedad del Estado que se causa por la explotación de un recurso natural no renovable".

Justamente, el artículo 227 de la Ley 685 de 2001 establece:

> "ARTÍCULO 227. LA REGALÍA. De conformidad con los artículos 58, 332 y 360 de la Constitución Política, toda explotación de recursos naturales no renovables de propiedad estatal genera una regalía como contraprestación obligatoria. Esta consiste en un porcentaje, fijo o progresivo, del producto bruto explotado objeto del título minero y sus subproductos, calculado o medido al borde o en boca de mina, pagadero en dinero o en especie. También causará regalía la captación de minerales provenientes de medios o fuentes naturales que técnicamente se consideren minas. En el caso de propietarios privados del subsuelo, estos pagarán no menos del 0.4% del valor de la producción calculado o medido al borde o en boca de mina, pagadero en dinero o en especie. (…)"

Las regalías no son un tributo. Corresponden a una contraprestación económica que deben cancelar los productores de recursos naturales no renovables.

En materia minera, toda persona natural o jurídica que explote recursos minerales de propiedad nacional, a cualquier título está obligado a presentar ante la Agencia Nacional de Minería -ANM- dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la terminación de cada trimestre calendario, una declaración de producción del mineral explotado, con indicación de la jurisdicción municipal de donde se extrajo el mineral y liquidación de la regalía que le corresponde pagar de acuerdo con la producción declarada, el precio del mineral para la liquidación de regalías fijado por la Unidad de Planeación Minero Energética -UPME- y el porcentaje establecido en la ley 141 de 1994 o en las normas que la modifiquen, adicionen o sustituyan.

2.3.- Obligaciones contractuales: Como arriba se puso de presente, la Ley 685 de 2001 establece las condiciones que deben cumplirse en ejecución del Contrato de Concesión minera, que se define como de adhesión.

En el caso particular de las áreas de reserva para el desarrollo minero, a las que refiere el artículo 20 de la Ley 1753 de 2015, aparte de las regalías y las contraprestaciones económicas definidas por el ordenamiento jurídico superior, la autoridad -ANM- podrá definir unas distintas o adicionales.

A su turno, el negocio jurídico debe prever compensaciones en materia ambiental e inversiones en beneficio de las comunidades del área de influencia de las operaciones. Las primeras están relacionadas con los permisos y licencias ambientales expedidos por las Corporaciones Autónomas Regionales -CAR- y la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA- y que apuntan tanto a la preservación de las áreas asignadas como a su recuperación y restablecimiento, una vez culminadas las actividades de exploración y explotación convenidas.

En suma, tanto para la definición y determinación de las contraprestaciones económicas pactadas en el negocio jurídico como de los impuestos y contribuciones establecidos por el ordenamiento jurídico superior convergen distintas entidades estales y actores. Por ejemplo:

(i) Al Congreso de la República le corresponde establecer los impuestos y contribuciones; a las entidades territoriales aquellos tributos que la misma Constitución le autoriza, con sujeción a los criterios y parámetros definidos por aquel;

(ii) También por ley debe adoptarse la metodología para el pago de regalías y los responsables de su liquidación, distribución y pago;

(iii) A la Unidad de Planeación Minero-Energética -UPME- fijar el precio base de liquidación de regalías; a la Agencia Nacional de Minería, como máxima autoridad sectorial, hacer seguimiento al cumplimiento de los contratos, además de convenir las obligaciones que en materia económica la ley le autorice;

(iv) O, a la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA- emitir las autorizaciones que correspondan y las compensaciones que deben hacer frente los titulares mineros para preservar las áreas y restablecerlas una vez se cumplan las condiciones para abandonarlas.

(v) Al Banco de la República como autoridad monetaria, cambiaria y crediticia.

A partir de funciones y potestades reseñadas anteriormente de manera genérica, es que se han fijado impuestos, contribuciones, compensaciones, contraprestaciones económicas e incentivos a cargo o en beneficio de los titulares mineros, entre ellos el impuesto a la renta, el canon superficiario o el impuesto al oro, las mismas regalías o el Certificado de Reembolso Tributario -CERT- y que ahora serán objeto de revisión y examen, para efectos de evaluar las condiciones que podrían aplicarse a las áreas dispuestas para la explotación de oro, en aras a la competitividad del país y búsqueda de mayores ingresos.

2.4.- Competencias de la ANM

Como autoridad minera y concedente y con el propósito de promover y celebrar contratos de concesión para explorar y eventualmente explotar minerales, la Agencia Nacional de Minería proyecta la realización de estudios y exámenes que le permitan establecer condiciones y términos favorables en la fijación de contraprestaciones económicas a cargo de los titulares mineros en aquellos casos en las que el ordenamiento jurídico la autoriza para delimitar áreas especiales.

Se ha planteado en este caso particular que se analicen todos los conceptos que debe sufragar y que le son retenidos al titular minero en el caso de la explotación de oro e identificar medidas que propendan por la obtención de rentas futuras para el Estado.

Sobre esa base, a continuación, se presenta una reseña en torno a las competencias de la Agencia Nacional Minera respecto de la selección de áreas estratégicas mineras y estratégicas mineras para la formalización para posteriormente presentar algunos lineamientos y criterios que podrían servirle a la entidad para la definición de los términos y condiciones tendientes a su asignación:

1.- Los artículos 108 de las Ley 1450 de 2011 y 20 de la 1753 de 2015 -ambos examinados por la Corte Constitucional y declarados exequibles- facultan a la Agencia Nacional de Minería para la determinación de minerales de interés estratégico para el país, respecto de los cuales podrá delimitar áreas especiales sobre aquellas que se encuentren libres. En ellas no se recibirán nuevas propuestas ni se suscribirán los contratos de concesión minera previstos en la Ley 685 de 2001.

2.- Precisamente, las áreas referidas serán otorgadas en contrato de concesión especial mediante proceso de selección objetiva, en el cual la autoridad minera deberá adoptar unos términos de referencia y en ellos establecer las contraprestaciones económicas distintas a las regalías que los interesados deben ofrecer.

3.- Corresponde al Servicio Geológico Colombiano adelantar los estudios geológicos mineros con base en los cuales se delimitarán las áreas objeto del certamen.

4.- En los Contratos Especiales de Exploración y Explotación que se deriven de esta delimitación se podrán establecer reglas y obligaciones especiales adicionales o distintas a las establecidas en el Código de Minas.

5.- Sobre esa base, lo que se propone para el denominado proceso de selección objetiva, en este caso para la exploración y eventual explotación de oro, es lo siguiente:

- Le correspondería a la Presidencia de la Agencia Nacional preparar unos Términos de Referencia en los que establezca: (i) Requisitos de capacidad -jurídica, financiera, técnica, ambiental y social empresarial- que deben acreditar los proponentes: (ii) los programas exploratorios o inversiones mínimos que deben acometer o realizar quienes resulten adjudicatarios de contratos; (iii) Lo anterior, en función de la clasificación y basados en la información geológica disponible de las áreas ofrecidas; (iv) el texto de la minuta del contrato de concesión especial que se suscribiría; (v) los factores de escogencia que apuntarían a obtener el mejor ofrecimiento.

- Se recomienda que estos factores de escogencia versen, en primer término, sobre la mayor contraprestación económica ofrecida y en segundo en torno a la inversión adicional propuesta que supere la mínima requerida.

- La información técnica disponible debe ser sometida a consideración de los interesados. La entidad puede preparar -igual que lo hace la ANH- lo que se denominan paquetes de datos organizados y divulgados en talleres y cuartos, respecto de los cuales podrá requerir la

cancelación de determinado pago. La cifra se establecería según la calidad, cantidad y utilidad de aquellos. La falta de adquisición de estos impediría la presentación de documentos para la habilitación y posterior presentación de propuesta.

- Las etapas del proceso de selección objetiva serían: (i) De divulgación e información; (ii) De habilitación; (iii) de presentación y validación de propuestas y adjudicación de contratos; (iv) de celebración de contratos.

- La minuta de contrato debe fijar las condiciones a las que debería someterse el proponente y eventual contratista para efectos de la oportunidad en la cancelación de la contraprestación económica ofrecida.

6.- Nótese que conforme a los referidos artículos 108 de la Ley 1450 de 2011 y 20 de la 1753 de 2011, la Agencia Nacional de Minería está facultada tanto para preparar los términos de referencia como para delimitar las áreas estratégicas y establecer reglas, términos y condiciones especiales adicionales o distintos de los establecidos en el Código de Minas.

7.- Es decir que el ordenamiento jurídico autoriza a la Agencia Nacional de Minería o bien a apartarse de las disposiciones del Código de Minas o bien adicionarlas o complementarlas en los términos de referencia que también aquel le permite preparar y definir su contenido.

8.- Sobre este asunto conviene anotar que la función que le asigna la Ley a la Agencia Nacional de Minería es semejante a la que tiene la de Hidrocarburos. En este caso, el Consejo Directivo de la entidad a partir de unos acuerdos que él mismo expide autoriza al presidente de la entidad para la adopción de unos Términos de Referencia para la celebración de un procedimiento de selección, con la correspondiente fijación de requisitos de capacidad jurídica, programas exploratorios mínimo y adicional, derechos económicos que debe cancelar el contratista y todos los demás compromisos, prestaciones y obligaciones que este debe satisfacer.

9.- Ergo, en estos eventos las entidades disponen de amplias facultades para establecer condiciones que permitan favorecer la inversión y competitividad del país. Concretamente, por ejemplo, en materia de contraprestaciones económicas, estas ya no estarían definidas por la Ley como aplica en el caso del contrato de concesión minera común, sino que serían de orden convencional, esto es pactadas por las partes en el negocio jurídico que se adjudique en desarrollo del proceso de selección objetiva que se celebre.

10.- Cuando el artículo 20 de la Ley 1753 de 2015 establece que en los Contratos Especiales de Exploración y Explotación que se suscriban sobre las áreas delimitadas y definidas como estratégicas mineras, se podrán establecer reglas y obligaciones especiales adicionales o distintas a las establecidas en el Código de Minas, es que justamente faculta a la Agencia Nacional de Minería a convenir contraprestaciones económicas -salvo las regalías que son de orden constitucional- distintas a las fijadas en aquel. Esto incluye la posibilidad de definir unas que no previstas en este o de variar las condiciones respecto de los montos por cancelar y la oportunidad para ese efecto en torno a las allí establecidas.

En esos términos y puntualmente para el caso del canon superficiario, la ley habilita a la autoridad minera a convenir montos y plazos distintos a los requeridos o fijados en el Código de Minas.

11.- Los pronunciamientos de la Corte Constitucional -sentencias C-035, C-221 y C-298 todas de 2016- no refieren a limitación alguna que tenga la Agencia Nacional de Minería en cuanto al establecimiento de contraprestaciones económicas. Cuando declaró la inexequibilidad del término "indefinidamente" contenido en el artículo 20 de la Ley 1753 de 2015, se pronunció respecto de la preservación del medio ambiente y de, como se estudió antes, el deber que tienen las entidades de la Nación de concertar o coordinar con las territoriales la disposición y uso del suelo y subsuelo.

13.- En suma, para la iniciación del proceso de selección objetiva la Agencia Nacional de Minería expedirá los Términos de Referencia que contengan los requisitos de capacidad que los proponentes deben acreditar; los programas exploratorios por acometer; las contraprestaciones económicas exigidas; la información geológica disponible; y el proyecto de minuta de contrato por suscribir, según su naturaleza. Le corresponderá a la entidad también realizar labores de promoción y divulgación del certamen.

14.- Justamente, la naturaleza del Contrato por suscribir se define en función de la información geológica que se disponga sobre las áreas ofrecidas. Y en este sentido se ha recomendado tomar como referencia el modelo previsto por la Agencia Nacional de Hidrocarburos para aquellas con escaso o nulo conocimiento.

15.- Para estos casos, se proyecta la celebración de Contratos denominados de Evaluación Técnica, en los que el contratista se obliga a acometer puntuales programas de exploración, no dispone del derecho de explotar los hidrocarburos que puedan reposar en el área, no obstante, SI un derecho exclusivo para convertir el negocio jurídico en otro que si le permita llegar a esa etapa.

16.- Por las inversiones que el Contratista debe realizar y ante la ausencia de la posibilidad de acometer actividades de explotación, la Agencia Nacional de Hidrocarburos ha previsto que en este tipo de negocios jurídicos solamente se cancele el derecho económico por el uso del subsuelo -concepto semejante al del canon superficiario-. Este varía en función de si las áreas son continentales o costa afuera y también según el certamen o modalidad sobre las que hayan sido asignadas.

Para efectos de ilustración, los valores previstos sobre áreas costa afuera asignadas en el Procedimiento Competitivo Ronda Caribe 2007 son distintos a los requeridos para esas mismas áreas en el certamen de 2014.

17.- Lo que se ha propuesto a partir de la información recogida y remitida es que para la asignación de las áreas especiales delimitadas a las que refieren los artículos 108 de la Ley 1450 de 2011 y 20 de la 1753 de 2015 se proyecte la suscripción de un contrato con un esquema similar al previsto por la Agencia Nacional de Hidrocarburos y denominado Contrato de Evaluación Técnica -TEA-.

18.- Para ese propósito, la Agencia Nacional de Minería no requiere de adopción de disposiciones de orden legal o reglamentario. Ya estas confirieron, como se expuso arriba, en el presidente de la entidad la adopción de unos Términos de Referencia en los que naturalmente debe definir el tipo de contrato por suscribir.

19.- Para estos efectos, se otorgaría entonces un derecho exclusivo al Contratista para que acometa actividades exclusivamente de exploración según el programa mínimo requerido por la entidad y adicional ofrecido por él contraprestación de disponer de un derecho exclusivo para que de ser así su decisión pueda realizar nuevas actividades exploratorias y eventualmente explote los minerales que encuentre en el área asignada.

20.- Como las facultades de la Agencia Nacional de Minería son amplias para determinar el tipo de contrato por suscribir, los términos y condiciones que contendría, así como las etapas que comprendería, se plantean las siguientes recomendaciones:

(i) Celebración de negocio jurídico de única fase que autorice al Contratista acometer actividades únicamente de exploración, pero que a su turno le otorgue un derecho exclusivo para convertir el contrato a otro que le permita realizar otras inversiones exploratorias y disponer de la posibilidad de explotar los minerales que encuentre.

(ii) A su turno, se sugiere examinar la posibilidad de preparar un contrato que prevea una etapa para acometer actividades de conocimiento preliminar que a su conclusión le permita al Contratista decidir si opta por acceder a otra siguiente donde realice mayores inversiones en exploración y eventualmente explote los minerales que encuentre.

(iii) En cualquier caso, se sugiere que establecer una sola contraprestación económica, que bien podría ser el canon superficiario, pero con valores y tiempos de cancelación particulares distintos a los previstos en el Código de Minas.

(iv) Además de la mencionada contraprestación económica, se recomienda que para los programas en beneficio de las comunidades del área de influencia de las operaciones se destine, como mínimo, el uno por ciento (1%) de la inversión mínima requerida y adicional ofrecida. Precisamente así lo ha convenido en sus contratos la Agencia Nacional de Hidrocarburos y ya lo ha hecho así también la de Minería.

(v) Podría valorarse también la posibilidad de validar las inversiones realizadas para aumentar el conocimiento del subsuelo en la etapa siguiente de exploración. Toda aquella que supere la mínima requerida y adicional ofrecida podrá ser acreditada en desarrollo de una fase del contrato o compensada con las contraprestaciones económicas requeridas.

(vi) Al igual que se prevé en los reglamentos de contratación de la Agencia Nacional de Hidrocarburos podría pactarse la figura del traslado de inversión. Esta aplica en los casos de restricciones ambientales forzosas, problemas de orden público, conflictividad social y de baja prospectividad del área asignada, en los que claramente se demuestre que no es posible llevar a cabo la actividad pactada.

El traslado puede darse sobre áreas en las que el contratista sea titular o tenga participación o incluso sobre libres de su interés.

(vii) Particularmente, para el caso de la baja prospectividad se exige el aporte de concepto preparado y suscrito por tercero independiente que certifique la condición del área que alega el Contratista.

(ix) Este supuesto puede resultar de utilidad, pues en el caso que superada esa primera etapa que se ha denominado de conocimiento preliminar, el Contratista que encuentre que el área no es prospectiva, pero que ha realizado importantes inversiones, contaría con la posibilidad de optar por la asignación de otra que sea de su interés. Esto a su turno serviría como incentivo.

(x) Además, lo anterior resultaría también beneficioso para el Estado, pues recibe o aumenta el conocimiento de áreas sobre las que este era nulo o escaso. Empero, por eso mismo, previamente al lanzamiento de cualquier concurso público, se requiere contar con los mecanismos adecuados para recibir la información materia de los negocios jurídicos que suscriba y clasificarla, reservarla y analizarla adecuadamente.

(xi) Podría explorarse la alternativa de fijar, en función de eventuales circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito -caída de precios internacionales, aspectos sociales, ambientales o de seguridad- y como incentivo para efectos de reactivación económica montos y valores progresivos y graduales para las contraprestaciones económicas. Por ejemplo, respecto del canon superficiario establecer para los primeros años de ejecución contractual descuentos sobre esta obligación, siempre que se garanticen inversiones mínimas determinadas por la entidad.

21.- Está claro que, para la eventual explotación de oro, se requiere disponer de estudios y análisis geológicos que permitan a los interesados conocer la prospectividad de las áreas definidas como estratégicas. Por tanto, si la información es escasa o nula, el modelo planteado anteriormente puede ser de utilidad.

En este caso, la coordinación con entidades como el Servicio Geológico Colombiano resulta medular. Le correspondería a esta preparar, organizar y clasificar toda la información disponible y absolver las consultas tanto de la Agencia como de los interesados; disponer de los recursos físicos, técnicos e informáticos para el efecto; propender por la interlocución y facilitar sinergias y acercamientos.

22.- También podría evaluarse la posibilidad de que, a tono con facultades y competencias que le asigna el ordenamiento jurídico a la Agencia Nacional de Minería respecto de las áreas estratégicas mineras y para la formalización y según elconocimiento con el que se cuente para la delimitación de aquellas, se podría optar por adoptar un esquema semejante al que define la Ley 1508 de 2012 en torno a las asociaciones público- privadas.

(i) La Agencia Nacional de Minería define unas condiciones generales en función del tamaño de minería.

(ii) Establece a su turno las condiciones jurídicas, técnicas, financieras y en materia de contraprestaciones económicas mínimas que deberían cumplir los interesados en optar por la celebración de contrato de concesión minera.

(iii) Será responsabilidad del interesado presentar el alcance técnico del proyecto, definir las actividades que en materia de exploración que acometería, según programas e inversiones mínimos establecidos por la Agencia Nacional de Minería.

(iv) Correspondería a la Agencia Nacional de Minería realizar el examen, estudio y valoración de propuestas e iniciativas presentadas.

(v) En aras de publicidad y transparencia, la Agencia revela la oferta que recibió, lo que permite que terceros la superen.

(vi) En todo caso, quien la haya presentado en primer término se le concederá un plazo para que analice si está en disposición o no de igualar o superar la oferta del tercero.

(vii) También según el tipo de información y tamaño de minería se definirían las condiciones de los programas por adelantar y condiciones por cumplir. Y, según esto se define el tipo de negocio jurídico que se suscribiría.

(viii) Conviene precisar que sería la entidad la que define unas actividades mínimas que los interesados se comprometerían a adelantar y para efectos de la evaluación de la propuesta a cada una se le asignaría un puntaje que serviría de referencia.

(ix) La clasificación de las áreas; las actividades que se debería adelantar; las contraprestaciones económicas por cancelar; el tamaño de los interesados que podrían aspirar debe estar contenido -junto con otros aspectos-, en el documento de Términos de Referencia y Minuta de Contrato que debe preparar la entidad.

23.- Resulta de la mayor importancia que para los efectos arriba previstos, cualquiera fuera la medida adoptada, se cuente con el apoyo de la Unidad de Planeación Minero-Energética -UPME- y con sus representantes elaborar las proyecciones sectoriales correspondientes.

24.- Claramente que cualquier medida relacionada con impuestos, tributos, compensaciones y rentas debe ser concertada y evaluada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

25.- Finalmente, las medidas propuestas refieren a contratos por suscribir, no a los ya celebrados. Esto, en razón a que no se recomienda modificar -ni para aumentar ni disminuir- las condiciones económicas convenidas en ellos. Razones de seguridad jurídica, confianza legítima y buena fe, además de elementales de conveniencia en términos de régimen fiscal impediría afectarlos. Empero, sobre estos procede un examen y análisis detallado para definir las prestaciones que se establecerían en los negocios jurídicos que se celebrarían como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 1753 de 2015.

3.- **Marco normativo Government Take**

El Government Take para el caso de la explotación de oro está compuesto por más de diez (10) impuestos, contribuciones y contraprestaciones económicas de distinta naturaleza. Algunos son específicos de la actividad minera y los demás son comunes a cualquier actividad económica en el territorio nacional:

1.- Contraprestaciones: Regalías
2.- Canon superficiario
3.- Impuesto social a los explosivos
4.- Impuesto al oro y plata en algunas explotaciones
5.- Impuesto a la Renta
6.- Impuesto al patrimonio
6.- Gravamen Movimiento Financiero
7.- IVA no recuperable
8.- Aportes parafiscales
9.- Aranceles
Pago de derechos de aduana
10.- Impuesto a vehículos automotores
11.- Impuesto de Industria y Comercio
12.- Impuesto predial
13.- Contribución Superintendencia de Sociedades
14.- Contribuciones ambientales
15.- Sobretasa a la gasolina y el diésel

A continuación, se presenta la reseña de normas que imponen la asunción y el monto de las obligaciones antes referidas:

1.- **Regalías.**

Artículos 16, 17, 18 y 19 de la Ley 756 de 2002

> **Artículo 16**. *Monto de las regalías*. El artículo 16 de la Ley 141 de 1994 quedará así:
>
> "Artículo 16. Establécese como regalía por la explotación de recursos naturales no renovables de propiedad nacional, sobre el valor de la producción en boca o borde de mina o pozo, según corresponda, el porcentaje que resulte de aplicar la siguiente tabla:

Carbón (explotación mayor a 3 millones de toneladas anuales)	10%
Carbón (explotación menor a 3 millones de toneladas anuales)	5%
Níquel	12%
Hierro y cobre	5%

Oro y plata	4%
Oro de aluvión en contratos de concesión	6%
Platino	5%
Sal	12%
Calizas, yesos, arcillas y grava	1%
Minerales radioactivos	10%
Minerales metálicos	5%
Minerales no metálicos	3%
Materiales de construcción	1%

Establécese como regalía por la explotación de hidrocarburos de propiedad nacional sobre el valor de la producción en boca de pozo, el porcentaje que resulte de aplicar la siguiente escala:

Producción diaria promedio mes	**Porcentaje**
Para una producción igual o menor a 5 KBPD	8%
Para una producción mayor a 5 KBPD e inferior o igual a 125 KBPD	X%
Donde X = 8 + (producción KBPD - 5 KBPD)* (0.10)	
Para una producción mayor a 125 KBPD	
e inferior o igual a 400 KBPD	20%
Para una producción mayor a 400 KBPD	
e inferior o igual a 600 KBPD	Y%
Donde Y = 20 + (Producción KBPD - 400 KBPD)* (0.025)	
Para una producción mayor a 600 KBPD	25%

Parágrafo 1°. Para todos los efectos, se entiende por "producción KBPD" la producción diaria promedio mes de un campo, expresada en miles de barriles por día. Para el cálculo de las regalías aplicadas a la explotación de hidrocarburos gaseosos, se aplicará la siguiente equivalencia:

Un (1) barril de petróleo equivale a cinco mil setecientos (5.700) pies cúbicos de gas.

El régimen de regalías para proyectos de explotación de gas quedará así:
Para explotación en campos ubicados en tierra firme y costa afuera hasta a una profundidad inferior o igual a mil (1.000) pies, se aplicará el ochenta por ciento (80%) de las regalías equivalentes para la explotación de crudo; para explotación en campos ubicados costa afuera a una profundidad superior a mil (1.000) pies, se aplicará una regalía del sesenta por ciento (60%) de las regalías equivalentes a la explotación de crudo.

Parágrafo 2°. La presente norma se aplicará para los nuevos descubrimientos de hidrocarburos de conformidad con el artículo 2º de la Ley 97 de 1993, o las normas que la complementen, sustituyen o deroguen, que sean realizados con posterioridad a la fecha de promulgación de la presente ley.

Parágrafo 3°. Reglamentado por el Decreto Nacional 3176 de 2002. Igualmente se aplicará esta disposición a la producción incremental proveniente de los contratos de producción incremental aprobados previamente por el Ministerio de Minas y Energía y a los campos descubiertos no desarrollados. Se entenderá por producción incremental a aquella proveniente de los contratos firmados por Ecopetrol con terceros que tengan como objeto obtener de los campos ya existentes, nuevas reservas provenientes de nuevas inversiones orientadas a la aplicación de tecnologías, para el recobro mejorado en el subsuelo que aumenten el factor de recobro de los yacimientos, o para adición de nuevas reservas. También se entenderá por producción incremental los proyectos adelantados por Ecopetrol con los mismos propósitos.

Parágrafo 4°. Del porcentaje por regalías y compensaciones pactadas en el contrato vigente para la explotación del níquel en Cerromatoso, municipio de Montelíbano, se aplicará el primer cuatro por ciento (4%) a regalías y el cuatro por ciento (4%) restante a compensaciones. Para los contratos futuros o prórrogas, si las hubiere, se aplicará el porcentaje de regalías establecido en este artículo y se distribuirá de la siguiente manera: El siete por ciento (7%) a título de regalías y el cinco por ciento (5%) restante, a compensaciones.

Parágrafo 5°. En el contrato de asociación entre Carbocol e Intercor, la regalía legal será de un quince por ciento (15%) a cargo de Intercor o de la empresa adquirente de sus acciones, conforme a lo estipulado por dicho contrato, la cual se distribuirá según lo establecido en el artículo 32 de la presente ley. En el evento en que la empresa Carbocol sea liquidada, privatizada o sea objeto de un proceso de capitalización privada, la entidad que adquiera los derechos de dicha empresa deberá pagar un diez por ciento (10%) sobre el valor de la producción en boca de mina, el cual se liquidará así: el primer cinco por ciento (5%) se aplicarán como regalías y se distribuirán en los términos del artículo 32 de la presente ley; el cinco por ciento (5%) restante se

aplicarán como compensaciones que se distribuirán así: un cincuenta por ciento (50%) para la Corporación Autónoma Regional en cuyo territorio se efectúen las explotaciones; un veinticinco por ciento (25%) para la región administrativa de planificación o la región como entidad territorial a la que pertenezca el departamento respectivo, y un veinticinco por ciento (25%) para los municipios productores de carbón del mismo departamento. La liquidación, recaudo y distribución de estas regalías y compensaciones corresponde al Ministerio de Minas y Energía o a la entidad que éste delegue.

Mientras se crea la Región Administrativa de Planificación o la región como entidad territorial, los recursos asignados a ella serán administrados y ejecutados por la Corporación Autónoma Regional en cuyo territorio se efectúan las explotaciones.

Parágrafo 6°. El impuesto estipulado en los contratos o licencias vigentes para la explotación de carbón será sustituido por una regalía cuyo monto equivaldrá al de dicho tributo, a cargo del contratista, concesionario o explotador.

Parágrafo 7°. En los casos en los cuales opere la integración de títulos mineros de pequeña minería antes del 31 de diciembre del año 2005, los titulares de dicha integración estarán obligados a pagar durante los veinticinco (25) años siguientes a la fecha de la misma, el treinta por ciento (30%) del porcentaje total de regalías y compensaciones a que están obligados por aplicación de esta ley.

Parágrafo 8°. Para efectos de liquidar las regalías por la explotación de minas de sal se tomará el precio de realización del producto, neto de fletes y costos de procesamiento. Se tomará por precio de realización, el precio de venta de la Concesión Salinas o de la empresa que haga sus veces.

Parágrafo 9°. El valor de gramo oro, plata y platino en boca de mina para liquidar las regalías, será del ochenta por ciento (80%) del precio internacional promedio del último mes, publicado por la bolsa de metales de Londres en su versión Pasado Meridiano.

Parágrafo 10. Reglamentado por el Decreto Nacional 3176 de 2002. . Para la explotación de hidrocarburos pesados de una gravedad API igual o menor a quince grados (15º), las regalías serán del setenta y cinco por ciento (75%) de la regalía aplicada para hidrocarburos livianos y semilivianos. Esta disposición se aplicará a la producción proveniente de nuevos descubrimientos, contratos de producción incremental o a los campos descubiertos no desarrollados.

Con el propósito de fomentar la formalización y establecer algunas medidas en materia del seguimiento que le corresponde a la autoridad minera adelantar, la Ley 1955 de 2019 prescribe:

Artículo 30. *Fortalecimiento de la Fiscalización, Seguimiento y Control de Actividades Mineras*. Las labores de exploración y explotación que se desarrollen a través de las figuras de reconocimientos de propiedad privada, autorizaciones temporales, áreas de reserva especial declaradas y delimitadas por la autoridad minera nacional, solicitudes

de legalización y formalización minera y mecanismos de trabajo bajo el amparo de un título minero serán objeto de fiscalización.

Para la fiscalización de las actividades mineras que se desarrollan en los reconocimientos de propiedad privada, los beneficiarios deberán presentar en el mes de noviembre de cada año, un informe de las labores mineras ejecutadas en dicha anualidad y el programa de las que se realizarán en la siguiente. Así mismo, deberán cumplir con las normas de seguridad e higiene minera, con la declaración de producción de minerales y con la liquidación y pago de las regalías de manera trimestral. La autoridad minera establecerá el detalle de la información a presentar y los requisitos para su entrega.

Los beneficiarios de autorizaciones temporales deberán contar con la aprobación por parte de la autoridad minera, de un Plan de Trabajo de Explotación para la ejecución de sus actividades mineras y para su fiscalización. Los términos de referencia para la elaboración, contenido, evaluación y aprobación de este Plan se expedirán por la autoridad minera.

Mientras obtienen el contrato de concesión minera, las actividades mineras realizadas en las Áreas de Reserva Especial declaradas, en las solicitudes de legalización y de formalización minera, y en las devoluciones de áreas para la formalización minera, serán objeto de fiscalización respecto del cumplimiento de los reglamentos de seguridad e higiene minera y el pago de las regalías que genere la explotación. Las Áreas de Reserva Especial que cuenten con condiciones de seguridad e higiene minera y con instrumento ambiental diferencial, luego de su declaratoria, podrán ejecutar operaciones mineras sin restricción. El incumplimiento de las obligaciones establecidas en este inciso ocasionará la suspensión inmediata de las actividades de explotación y el rechazo de la solicitud o la terminación de la declaratoria de Área de Reserva Especial.

El incumplimiento de las obligaciones señaladas en los incisos segundo y tercero del presente artículo, serán objeto de multa en los términos previstos por los artículos 115 y 287 de la Ley 685 de 2001, sin perjuicio de las sanciones que, de acuerdo con la normativa ambiental, sean aplicables.

(…)

ARTÍCULO 330 de la Ley 1955 de 2019. MONTO DE LAS REGALÍAS PARA RECONOCIMIENTOS DE PROPIEDAD PRIVADA. Establézcanse para las regalías de que trata el inciso 2° del artículo 227 del Código de Minas, por la explotación de recursos naturales no renovables de propiedad privada, sobre el valor de la producción en boca o borde de mina según corresponde para cada explotación, los siguientes porcentajes:

Mineral y Tipo de Minería	Regalía
Carbón a cielo abierto con producción igual o mayor a 3	3,27%

millones de toneladas anuales	
Carbón a cielo abierto con producción menor a 3 millones de toneladas anuales	1,64%
Oro y plata veta	0,4%
Oro y Plata aluvión	2,0%
Platino	1.0 %

El precio base para la liquidación de regalías generadas por cada explotación u operación minera del carbón se calculará anualmente según la producción y se regirá según lo establecido en el artículo 15 de la Ley 1530 de 2012.

El titular de las minas de Reconocimiento de Propiedad Privada deberá declarar, liquidar y demostrar el pago de las regalías de cada explotación u operación minera a partir del 2019 ante la Agencia Nacional de Minería, de conformidad con lo señalado en el presente artículo.

La Agencia Nacional de Minería deberá recaudar y transferir las regalías generadas por cada explotación u operación minera de los recursos naturales no renovables de propiedad privada, conforme lo estipulado en la Ley 1530 de 2012 y demás normas que la modifiquen o adicionen a partir de 2019.

Para la aplicación del porcentaje para las explotaciones con producción igual o mayor a 3 millones de toneladas anuales se establece un periodo de transición de tres (3) años para permitir un aumento escalonado y progresivo.

Artículo 17. Al artículo 62 de la Ley 141 de 1994 se le adiciona el siguiente parágrafo:

"Parágrafo. Para los efectos de la presente ley, se entenderá además por promoción de la minería, la que se hace a través de las transferencias de recursos provenientes de regalías, destinadas preferentemente a los proyectos de integración de títulos de pequeña minería, dadas sus condiciones sociales, económicas y ambientales, con el objeto de hacer de dichos proyectos, una minería sostenible".

Artículo 18. Para los efectos de la presente ley, no obstante no existir diferencias entre distintos volúmenes de producción en la actual legislación minera, se entenderán por proyectos de pequeña minería, los siguientes:

a) Para metales y piedras preciosas. Cuando la capacidad total de extracción de materiales útiles y estériles por año sea hasta doscientos cincuenta mil metros cúbicos (250.000 mts^3), si se trata de minería a cielo abierto, o hasta ocho mil toneladas (8.000 tm), si se trata de minería subterránea;

b) Para carbón. Cuando la capacidad total de extracción de materiales útiles y estériles por año sea hasta veinticuatro mil toneladas (24.000 tm) de carbón, si se

trata de minería a cielo abierto, o hasta treinta mil toneladas (30.000 tm) de carbón, si se trata de minería subterránea;

c) Para materiales de construcción. Cuando la capacidad total de extracción de materiales útiles y estériles por año sea hasta diez mil metros cúbicos (10.000 mts^3) de material si se trata de minería a cielo abierto, o hasta treinta mil toneladas (30.000 tm) de material si se trata de minería subterránea.

Para otros materiales no comprendidos en los literales anteriores: Cuando la capacidad total de extracción de materiales útiles y estériles por año sea hasta cien mil toneladas (100.000 tm) de material, si se trata de minería a cielo abierto, o hasta treinta mil toneladas (30.000 tm.) de material, si se trata de minería subterránea.

Artículo 19. El artículo 17 de la Ley 141 de 1994 quedará así:

"Artículo 17. *Regalías correspondientes a esmeraldas y demás piedras preciosas.* Las regalías correspondientes a la explotación de esmeraldas y demás piedras preciosas será del uno punto cinco por ciento (1.5%) del valor del material explotado puesto en boca o borde de mina, se liquidará por parte del Ministerio de Minas y Energía o por la entidad que éste designe y se declararán y pagarán de acuerdo con la distribución que establece el artículo 35 de la presente ley".

2.- **Impuesto a la renta**

La tarifa se divide según se trate de personas naturales o jurídicas, según lo establece la Ley 2010 de 2019, de acuerdo con las disposiciones que se citan a continuación:

El artículo 34 de la Ley 2010 de 2019 prescribe:

Artículo 34. Modifíquese el artículo 241 del Estatuto Tributario, el cual quedará así: Artículo 241. Tarifa para las personas naturales residentes y asignaciones y donaciones modales.

El impuesto sobre la renta de las personas naturales residentes en el país, de las sucesiones de causantes residentes en el país, y de los bienes destinados a fines especiales, en virtud de donaciones o asignaciones modales, se determinará de acuerdo con la siguiente tabla:

Rangos en UVT		Tarifa Marginal	Impuesto
Desde	hasta		
0	*1090*	*0%*	0
>1090	1700	19%	(Base Gravable en UVT menos 1090 UVT) x 19%
>1700	4100	28%	(Base Gravable en UVT menos 1700 UVT) x 28% + 116 UVT
>4100	8670	33%	(Base Gravable en UVT menos 4100 UVT) x 33% + 788 UVT
>8670	18970	35%	(Base Gravable en UVT menos 8670 UVT) x 35% + 2296 UVT
>18970	31000	37%	(Base Gravable en UVT menos 18970 UVT) x 37% + 5901 UVT
>31000	En adelante	39%	(Base Gravable en UVT menos 31000 UVT) x 39% + 10352 UVT

Por su parte, el artículo 240 dispone:

> Artículo 240. Tarifa general para personas jurídicas. La tarifa general del impuesto sobre la renta aplicable a las sociedades nacionales y sus asimiladas, los establecimientos permanentes de entidades del exterior y las personas jurídicas extranjeras con o sin residencia en el país, obligadas a presentar la declaración anual del impuesto sobre la renta y complementarios, será del treinta y dos por ciento (32%) para el año gravable 2020, treinta y uno por ciento (31%) para el año gravable 2021 y del treinta por ciento (30%) a partir del año gravable 2022.
>
> Parágrafo 5°. Las siguientes rentas están gravadas a la tarifa del 9%:

a) Servicios prestados en nuevos hoteles que se construyan en municipios de hasta doscientos mil habitantes, tal y como lo certifique la autoridad competente a 31 de diciembre de 2016, dentro de los diez (10) años siguientes a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1943 de 2018, por un término de 20 años;

b) Servicios prestados en hoteles que se remodelen y/o amplíen en municipios de hasta doscientos mil habitantes, tal y como lo certifique la autoridad competente a 31 de diciembre de 2016, dentro de los diez (10) años siguientes a la entrada en vigencia de la Ley 1943 de 2018, por un término de 20 años. El tratamiento previsto en este numeral corresponderá a la proporción que represente el valor de la remodelación y/o ampliación en el costo fiscal del inmueble remodelado y/o ampliado, para lo cual se requiere aprobación previa del proyecto por parte de la Curaduría Urbana o en su defecto de la Alcaldía Municipal del domicilio del inmueble remodelado y/o ampliado.

c) A partir del 1° de enero de 2019, servicios prestados en nuevos hoteles que se construyan en municipios de igual o superior a doscientos mil habitantes, tal y como lo certifique la autoridad competente a 31 de diciembre de 2018, dentro de los cuatro

(4) años siguientes a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1943 de 2018, por un término de diez (10) años.

d) A partir del 1° de enero de 2019, servicios prestados en hoteles que se remodelen y/o amplíen en municipios de igual o superior a doscientos mil habitantes, tal y como lo certifique la autoridad competente a 31 de diciembre de 2018, dentro de los cuatro (4) años siguientes a la entrada en vigencia de la Ley 1943 de 2018, por un término de diez (10) años, siempre y cuando el valor de la remodelación y/o ampliación no sea inferior al cincuenta por ciento (50%) del valor de adquisición del inmueble remodelado y/o ampliado, conforme a las reglas del artículo 90 de este Estatuto.

e) Para efectos de la remodelación y/o ampliación, se requiere aprobación previa del proyecto por parte de la Curaduría Urbana o en su defecto de la Alcaldía Municipal del domicilio del inmueble remodelado y/o ampliado.

f) Las rentas exentas a las que tengan derecho las personas naturales que presten servicios hoteleros conforme a la legislación vigente en el momento de la construcción de nuevos hoteles, remodelación y/o ampliación de hoteles, no estarán sujetas a las limitantes previstas en el numeral 3 del artículo 336 de este Estatuto.

g) A partir del 1° de enero de 2019, los nuevos proyectos de parques temáticos, nuevos proyectos de parques de ecoturismo y agroturismo y nuevos muelles náuticos, que se construyan en municipios de hasta 200.000 habitantes, tal y como lo certifique la autoridad competente a 31 de diciembre de 2018, dentro de los diez (10) años siguientes a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1943 de 2018 por un término de veinte (20) años.

h) A partir del 1° de enero de 2019, los nuevos proyectos de parques temáticos, nuevos proyectos de parques de ecoturismo y agroturismo y nuevos muelles náuticos, que se construyan en municipios de igual o superior a 200.000 habitantes, tal y como lo certifique la autoridad competente a 31 de diciembre de 2018, dentro de los cuatro (4) años siguientes a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1943 de 2018, por un término de diez (10) años.

i) Lo previsto en este parágrafo no será aplicable a moteles y residencias.

j) A partir del 1° de enero de 2020, los servicios prestados en parques temáticos, que se remodelen y/o amplíen, dentro de los cuatro (4) años siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley, por un término de diez (10) años, siempre y cuando el valor de la remodelación y/o ampliación no sea inferior al cincuenta por ciento (50%) de sus activos. Los activos se deberán valorar conforme al artículo 90 del Estatuto Tributario. Dicha remodelación y/o ampliación debe estar autorizada por la Curaduría Urbana o en su defecto de la Alcaldía Municipal del domicilio del parque temático.

Parágrafo 7°. Las instituciones financieras deberán liquidar unos puntos adicionales al impuesto de renta y complementarios durante los siguientes periodos gravables:

1. Para el año gravable 2020, adicionales, de cuatro (4) puntos porcentuales sobre la tarifa general del impuesto, siendo en total del treinta y seis por ciento (36%).

2. Para el año gravable 2021, adicionales, de tres (3) puntos porcentuales sobre la tarifa general del impuesto, siendo en total del treinta y cuatro por ciento (34%).

3. Para el año gravable 2022, adicionales, de tres (3) puntos porcentuales sobre la tarifa general del impuesto, siendo en total del treinta y tres por ciento (33%).

Los puntos adicionales de los que trata el presente parágrafo solo son aplicables a las personas jurídicas que, en el año gravable correspondiente, tengan una renta gravable igual o superior a 120.000 UVT.

La sobretasa de que trata este parágrafo está sujeta, para los tres periodos gravables aplicables, a un anticipo del ciento por ciento (100%) del valor de la misma, calculado sobre la base gravable del impuesto sobre la renta y complementarios sobre la cual el contribuyente liquidó el mencionado impuesto para el año gravable inmediatamente anterior. El anticipo de la sobretasa del impuesto sobre la renta y complementarios deberá pagarse en dos cuotas iguales anuales en los plazos que fije el reglamento.

Con el fin de contribuir al bienestar general y al mejoramiento de la calidad de vida de la población, el recaudo por concepto de la sobretasa de que trata este parágrafo se destinará a la financiación de carreteras y vías de la Red Vial Terciaria. El Gobierno nacional determinará las condiciones y la forma de asignación de los recursos recaudados, así como el mecanismo para la ejecución de los mismos.

3.- **Gravamen a los movimientos financieros**

La Ley 633 de 2000 creó el impuesto denominado gravamen a los movimientos financieros.

ARTÍCULO 870. Gravamen a los Movimientos Financieros, GMF. Créase como un nuevo impuesto, a partir del primero (1º) de enero del año 2001, el Gravamen a los Movimientos Financieros, a cargo de los usuarios del sistema financiero y de las entidades que lo conforman.

ARTÍCULO 871. Hecho Generador del GMF. El hecho generador del Gravamen a los Movimientos Financieros lo constituye la realización de las transacciones financieras, mediante las cuales se disponga de recursos depositados en cuentas corrientes o de ahorros, así como en cuentas de depósito en el Banco de la República, y los giros de cheques de gerencia.

En el caso de cheques girados con cargo a los recursos de una cuenta de ahorro perteneciente a un cliente, por un establecimiento de crédito no bancario o por un establecimiento bancario especializado en cartera hipotecaria que no utilice el mecanismo de captación de recursos mediante la cuenta corriente, se considerará que constituyen una sola operación el retiro en virtud del cual se expide el cheque y el pago del mismo.

PARÁGRAFO. Para los efectos del presente artículo, se entiende por transacción financiera toda operación de retiro en efectivo, mediante cheque, con talonario, con tarjeta débito, a través de cajero electrónico, mediante puntos de pago, notas débito o mediante cualquier otra modalidad que implique la disposición de recursos de cuentas de depósito, corrientes o de ahorros, en cualquier tipo de denominación, incluidos los débitos efectuados sobre los depósitos acreditados como "saldos positivos de tarjetas de crédito" y las operaciones mediante las cuales los establecimientos de crédito cancelan el importe de los depósitos a término mediante abono en cuenta.

ARTÍCULO 872. Tarifa del GMF. La tarifa del Gravamen a los Movimientos Financieros será del tres por mil (3 x 1.000). En ningún caso este valor será deducible de la renta bruta de los contribuyentes.

ARTÍCULO 873. Causación del GMF. El Gravamen a los Movimientos Financieros es un impuesto instantáneo y se causa en el momento en que se produzca la disposición de los recursos objeto de la transacción financiera.

ARTÍCULO 874. Base gravable del GMF. La base gravable del Gravamen a los Movimientos Financieros estará integrada por el valor total de la transacción financiera mediante la cual se dispone de los recursos.

ARTÍCULO 875. Sujetos pasivos del GMF. Serán sujetos pasivos del Gravamen a los Movimientos Financieros, los usuarios del sistema financiero, las entidades que lo conforman y el Banco de la República.

Cuando se trate de retiros de fondos que manejen ahorro colectivo, el sujeto pasivo será el ahorrador individual beneficiario del retiro.

ARTÍCULO 876. Agentes de Retención del GMF. Actuarán como agentes retenedores y serán responsables por el recaudo y el pago del GMF, el Banco de la República y los establecimientos de crédito en los cuales se encuentre la respectiva cuenta, así como los establecimientos de crédito que expiden los cheques de gerencia.

Conviene precisar que, en el año 2003, el Congreso de la República aumentó la tarifa del impuesto de 3 a 4x1000.

4.- **Impuesto sobre vehículos automotores**

La Ley 488 de 1998 creó el impuesto que deben cancelar los propietarios de vehículos, en los siguientes términos:

ARTÍCULO 138. Impuesto sobre vehículos automotores. Créase el impuesto sobre vehículos automotores el cual sustituirá a los impuestos de timbre nacional sobre vehículos automotores, cuya renta se cede, de circulación y tránsito y el unificado de

vehículos del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, y se regirá por las normas de la presente ley.

El Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá podrá mantener el gravamen a los vehículos de servicio público que hubiere establecido antes de la vigencia de esta ley.

ARTÍCULO 139. Beneficiarios de las rentas del impuesto. La renta del impuesto sobre vehículos automotores, corresponderá a los municipios, distritos, departamentos y el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, en las condiciones y términos establecidos en la presente ley.

PARÁGRAFO. Para los efectos de este impuesto, el departamento de Cundinamarca no incluye el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá.

ARTÍCULO 140. Hecho generador. Constituye hecho generador del impuesto, la propiedad o posesión de los vehículos gravados.

ARTÍCULO 141. Vehículos gravados. Están gravados con el impuesto los vehículos automotores nuevos, usados y los que se internen temporalmente al territorio nacional, salvo los siguientes:

a. Las bicicletas, motonetas, y motocicletas con motor hasta de 125 c.c. de cilindrada;

b. Los tractores para trabajo agrícola, trilladoras y demás maquinaria agrícola;

c. Los tractores sobre oruga, cargadores, mototrillas, compactadoras, motoniveladoras y maquinaria similar de construcción de vías públicas;

c. Vehículos y maquinaria de uso industrial que por sus características no estén destinados a transitar por las vías de uso público o privadas abiertas al público;

e. Los vehículos de transporte público de pasajeros y de carga.

PARÁGRAFO 1º.- Para los efectos del impuesto, se consideran nuevos los vehículos automotores que entran en circulación por primera vez en el territorio nacional.

PARÁGRAFO 2º.- En la internación temporal de vehículos al territorio nacional, la autoridad aduanera exigirá, antes de expedir la autorización, que el interesado acredite la declaración y pago del impuesto ante la jurisdicción correspondiente por el tiempo solicitado. Para estos efectos la fracción de mes se tomará como mes completo. De igual manera se procederá para las renovaciones de las autorizaciones de internación temporal.

ARTÍCULO 142. Sujeto pasivo. El sujeto pasivo del impuesto es el propietario o poseedor de los vehículos gravados.

ARTÍCULO 143. Base gravable. Está constituida por el valor comercial de los vehículos gravados, establecido anualmente mediante resolución expedida en el mes de

noviembre del año inmediatamente anterior al gravable, por el Ministerio de Transporte.

Para los vehículos que entran en circulación por primera vez, la base gravable está constituida por el valor total registrado en la factura de venta, o cuando son importados directamente por el usuario propietario o poseedor, por el valor total registrado en la declaración de importación.

PARÁGRAFO. Para los vehículos usados y los que sean objeto de internación temporal, que no figuren en la resolución expedida por el Ministerio de Transporte, el valor comercial que se tomará para efectos de la declaración y pago será el que corresponda al vehículo automotor incorporado en la resolución que más se asimile en sus características.

ARTÍCULO 144. Causación. El impuesto se causa el 1° de enero de cada año. En el caso de los vehículos automotores nuevos, el impuesto se causa en la fecha de solicitud de la inscripción en el registro terrestre automotor, que deberá corresponder con la fecha de la factura de venta o en la fecha de solicitud de internación.

ARTÍCULO 145. Tarifas. Las tarifas aplicables a los vehículos gravados serán las siguientes, según su valor comercial:

1. Vehículos particulares:

a) Hasta $ 20.000.000 1,5%
b) Más de $ 20.000.000 y hasta $ 45.000.000 2,5%
c) Más de $ 45.000.000 3.5%

Ver el Decreto Nacional 4839 de 2010.

2. Motos de más de 125 c.c. 1.5%

PARÁGRAFO 1º.- Los valores a que se hace referencia en el presente artículo, serán reajustados anualmente por el Gobierno Nacional. Ver el Decreto Nacional 4909 de 2011, Ver Decreto Nacional 2580 de 2012

PARÁGRAFO 2º.- Cuando el vehículo automotor entre en circulación por primera vez, el impuesto se liquidará en proporción al número de meses que reste del respectivo año gravable. La fracción de mes se tomará como un mes completo. El pago del impuesto sobre vehículos automotores constituye requisito para la inscripción inicial en el registro terrestre automotor.

PARÁGRAFO 3º.- Todas las motos independientemente de su cilindraje, deberán adquirir el seguro obligatorio de accidentes de tránsito. El incumplimiento de esta obligación dará lugar a la imposición de las sanciones establecidas para los vehículos que no porten la calcomanía a que se refiere la presente ley. Las compañías aseguradoras tendrán la obligación de otorgar las pólizas del seguro obligatorio de accidentes de tránsito.

PARÁGRAFO 4º.- Los municipios que han establecido con base en normas anteriores a la sanción de esta ley el impuesto de circulación y tránsito o rodamiento a los vehículos de servicio público podrán mantenerlo vigente.

Ver: Decreto 2583 de 1999, Decreto 2666 de 2000, Ver el Decreto Nacional 3262 de 2002 , Ver el Decreto Nacional 3809 de 2003, Ver el Decreto Nacional 4716 de 2005

ARTÍCULO 146. Modificado por el art. 106 Ley 633 de 2000Declaración y pago. El impuesto de vehículos automotores se declarará y pagará anualmente, ante los departamentos o el Distrito Capital según el lugar donde se encuentre matriculado el respectivo vehículo.

5.- Contribución Superintendencia de Sociedades

La Ley 1116 de 2006 modificada por la 1429 de 2010 establece que los recursos necesarios para cubrir los gastos de funcionamiento e inversión de la Superintendencia de Sociedades provendrán de la contribución a cargo de las sociedades sometidas a su vigilancia y control.

"Artículo 44. El artículo 121 de la Ley 1116 de 2006 quedará así:

Artículo 121. ***Contribuciones.*** Los recursos necesarios para cubrir los gastos de funcionamiento e inversión que requiera la Superintendencia de Sociedades provendrán de la contribución a cargo de las Sociedades sometidas a su vigilancia o control, así como de las tasas de que trata el presente artículo.

La contribución consistirá en una tarifa que será calculada sobre el monto total de los activos, incluidos los ajustes integrales por inflación, que registre la sociedad a 31 de diciembre del año inmediatamente anterior. Dicha contribución será liquidada conforme a las siguientes reglas:

1. El total de las contribuciones corresponderá al monto del presupuesto de funcionamiento e inversión que demande la Superintendencia en la vigencia anual respectiva, deducidos los excedentes por contribuciones y tasas de la vigencia anterior.

2. Con base en el total de activos de las sociedades vigiladas y controladas al final del período anual anterior, la Superintendencia de Sociedades, mediante resolución, establecerá la tarifa de la contribución a cobrar, que podrá ser diferente según se trate de sociedades activas, en período preoperativo, en concordato, en reorganización o en liquidación.

3. La tarifa que sea fijada no podrá ser superior al uno por mil del total de activos de las sociedades vigiladas o controladas.

4. En ningún caso, la contribución a cobrar a cada sociedad podrá exceder del uno por ciento del total de las contribuciones, ni ser inferior a un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

5. Cuando la sociedad contribuyente no permanezca vigilada o controlada durante toda la vigencia, su contribución será proporcional al período bajo vigilancia o control. No obstante, si por el hecho de que alguna o algunas sociedades no permanezcan bajo vigilancia o control durante todo el período, se genera algún defecto presupuestal que requiera subsanarse, el Superintendente podrá liquidar y exigir a los demás contribuyentes el monto respectivo en cualquier tiempo durante la vigencia correspondiente.

6. Las contribuciones serán liquidadas para cada sociedad anualmente con base en el total de sus activos, multiplicados por la tarifa que fije la Superintendencia de Sociedades para el período fiscal correspondiente.

7. Cuando una sociedad no suministre oportunamente los balances cortados a 31 de diciembre del año inmediatamente anterior, la Superintendencia hará la correspondiente liquidación con base en los activos registrados en el último balance que repose en los archivos de la entidad. Sin embargo, una vez recibidos los estados financieros correspondientes a la vigencia anterior, deberá procederse a la reliquidación de la contribución.

8. Cuando una sociedad presente saldos a favor producto de la reliquidación, estos podrán ser aplicados, en primer lugar, a obligaciones pendientes de pago con la entidad, y, en segundo lugar, para ser deducidos del pago de la vigencia fiscal que esté en curso.

La Superintendencia de Sociedades podrá cobrar a las sociedades no vigiladas ni controladas o a otras entidades o personas, tasas por los servicios que les preste, según sean los costos que cada servicio implique para la entidad, determinados con base en la remuneración del personal dedicado a la actividad, en forma proporcional al tiempo requerido; el costo de su desplazamiento en términos de viáticos y transporte terrestre y aéreo, cuando a ello hubiere lugar; y gastos administrativos tales como correo, fotocopias, certificados y peritos.

Las sumas por concepto de contribuciones o tasas por prestación de servicios que no sean canceladas en los plazos fijados por la Superintendencia causarán los mismos intereses de mora aplicables al impuesto de renta y complementarios.

Mediante Resolución que le corresponde expedir de manera anual al señor Superintendente de Sociedades se fija la tarifa que deben cancelar las sociedades vigiladas, según las consideraciones plasmadas precisamente en el acto administrativo expedido para el año en curso:

“SEGUNDO.- Que dicha contribución consiste en una tarifa calculada sobre el monto de los activos totales, que registren las sociedades a 31 de diciembre del año inmediatamente anterior o que figuren en el último balance general con corte 31 de

diciembre que repose en los archivos de la Superintendencia de Sociedades, sin perjuicio de la reliquidación de la contribución una vez recibidos los estados financieros correspondientes a la vigencia anterior.

TERCERO.- Que la tarifa de la contribución a cobrar podrá ser diferente, según se trate de sociedades activas, en concordato, en reorganización, en acuerdo de reestructuración o en liquidación judicial o voluntaria. En todo caso, la tarifa a cobrar por contribución no podrá ser superior al uno por mil (1×1.000) del total de activos de las sociedades vigiladas o controladas.

CUARTO.- Que la contribución a cobrar a cada sociedad no podrá exceder del 1% del total de las contribuciones, ni ser inferior a 1 salario mínimo legal mensual vigente.

QUINTO.- Que mediante la Ley 2008 del 27 de diciembre de 2019, "Por la cual se decreta el presupuesto de rentas y recursos de capital y ley de apropiaciones para la vigencia fiscal del 1º de enero al 31 de diciembre de 2020" y el Decreto 2411 del 30 de diciembre de 2019, "Por el cual se liquida el Presupuesto General de la Nación para la vigencia fiscal de 2020, se detallan las apropiaciones y se clasifican y definen los gastos", se apropió la suma de $141.259.925.000, para atender los gastos de funcionamiento e inversión de la Superintendencia de Sociedades y se fijó como aforo, por concepto de contribuciones, la suma de $127.420.998.000.

SEXTO.- Que en armonía con la política de austeridad del gasto público y considerando su aporte al sector real de la economía, en especial a las sociedades vigiladas y controladas por la Superintendencia de Sociedades, se ha considerado establecer una tarifa de doce sesenta y siete centavos por cada mil pesos ($0.1267 x $1.000) de los activos totales para las sociedades en estado de vigilancia y control.

Para las sociedades en Reorganización Empresarial, en Acuerdo de Restructuración, en Concordato y en Estado de Liquidación Judicial y Voluntaria, se establece la tarifa en la suma de ochocientos setenta y siete mil ochocientos tres pesos ($877.803) M/cte., considerando que, en ningún caso, la contribución podrá ser inferior a un salario mínimo legal mensual vigente.

Para las sociedades que sean admitidas en procesos de insolvencia después del 1 de abril del año 2020, la tarifa preferencial se verá reflejada en la contribución de la siguiente vigencia.

SÉPTIMO.- Que de acuerdo con el artículo 44 de la Ley 1429 de 2010, corresponde al Superintendente de Sociedades fijar el monto de las contribuciones que los vigilados o controlados deben pagar a la Superintendencia de Sociedades en los términos señalados en la ley.

OCTAVO.- Que como medidas de alivio a los empresarios, atendiendo la situación de emergencia sanitaria generada por el COVID-19, la Superintendencia considera necesario ampliar de 20 a 30 días calendario, el periodo de gracia para el pago sin intereses.

> NOVENO.- Que el proceso de cobro de la contribución normalmente inicia entre los meses de junio y julio de cada vigencia, pero que en el mismo sentido, como una consideración al sector empresarial, el proceso dará inicio a partir del mes de agosto de la presente vigencia.

A partir de lo anterior, la tarifa fijada para el 2020 se estableció en doce sesenta y siete ($0.1267) centavos por cada mil pesos ($1.000) de activos totales, la tarifa de la contribución a cobrar correspondiente al año 2020, a las sociedades sometidas a la vigilancia y control de la Superintendencia de Sociedades, que no estén en las situaciones previstas en el artículo siguiente.

En ningún caso la contribución podrá exceder del 1% del total de las contribuciones, ni ser inferior a 1 salario mínimo legal mensual vigente.

Y, se fijó la tarifa en la suma de $877.803, para las sociedades en Reorganización Empresarial, en Acuerdo de Restructuración, Sociedades en Concordato y en Estado de Liquidación Judicial y Voluntaria.

6.- **Impuesto predial**

La Ley 44 de 1990 establece:

> **ARTÍCULO 1º.-** *Impuesto Predial Unificado.* A partir del año de 1990, fusiónanse en un solo impuesto denominado "Impuesto Predial Unificado", los siguientes gravámenes:
>
> El Impuesto Predial regulado en el Código de Régimen Municipal adoptado por el Decreto 1333 de 1986 y demás normas complementarias, especialmente las Leyes 14 de 1983, 55 de 1985 y 75 de 1986;
>
> El impuesto de parques y arborización, regulado en el Código de régimen Municipal adoptado por el Decreto 1333 de 1986;
>
> El impuesto de estratificación socioeconómica creado por la Ley 9 de 1989;
>
> La sobretasa de levantamiento catastral a que se refieren las Leyes 128 de 1941, 50 de 1984 y 9 de 1989.
>
> NOTA. Declarado exequible mediante sentencia C-517 de 2007.
>
> **ARTÍCULO 2º.-** *Administración y recaudo del impuesto.* El Impuesto Predial Unificado es un impuesto del orden municipal.
>
> La administración, recaudo y control de este tributo corresponde a los respectivos municipios.

Los municipios no podrán establecer tributos cuya base gravable sea el avalúo catastral y cuyo cobro se efectúe sobre el universo de predios del municipio, salvo el Impuesto Predial Unificado a que se refiere esta Ley.

NOTA. Declarado exequible mediante sentencia C-517 de 2007.

ARTÍCULO 3º.- *Base gravable*. La base gravable del Impuesto Predial Unificado será el avalúo catastral, o el autoavalúo cuando se establezca la declaración anual del impuesto predial unificado.

ARTÍCULO 4º.- *Tarifa del impuesto.* La tarifa del Impuesto Predial Unificado, a que se refiere la presente Ley, será fijada por los respectivos concejos y oscilará entre el 1 por mil y 16 por mil del respectivo avalúo.

Las tarifas deberán establecerse en cada municipio de manera diferencial y progresiva, teniendo en cuenta:

Los estratos socioeconómicos;

Los usos del suelo, en el sector urbano;

La antigüedad de la formación o actualización del catastro;

A la vivienda popular y a la pequeña propiedad rural destinada a la producción agropecuaria se les aplicarán las tarifas mínimas que establezca el respectivo Concejo.

Las tarifas aplicables a los terrenos urbanizables no urbanizados teniendo en cuenta lo estatuido por la Ley 9 de 1989, y a los urbanizados no edificados, podrán ser superiores al límite señalado en el primer inciso de este artículo, sin que excedan del 33 por mil.

NOTA. Declarado exequible mediante sentencia C-517 de 2007.

(Modificado por el art. 23, Ley 1450 de 2011)

ARTÍCULO 5º.- *Formación parcial.* En los municipios donde los predios se hayan formado catastralmente de conformidad con lo dispuesto en la Ley 14 de 1983, sólo en una parte del municipio, se deberán adoptar en una proporción adecuada tarifas diferenciales más bajas para los predios formados, en relación con los correspondientes no formados.

7.- Canon superficiario

El artículo 230 de la Ley 685 de 2001 dispone:

ARTÍCULO 230. CÁNONES SUPERFICIARIOS. <Artículo modificado por el artículo 27 de la Ley 1753 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> El canon superficiario se pagará anualmente y de forma anticipada, sobre la totalidad del área de la concesión minera durante la etapa de exploración, acorde con los siguientes valores y periodos:

Número hectáreas	de 0 a 5 años	Más de 5** años hasta 8 años	Más de 8** años hasta 11 años
SMDLV/h*	**SMDLV/h**	**SMDLV/h**	
0 -150	0,5	0,75	1
151 - 5.000	0,75	1,25	2
5.001 - 10.000	1,0	1,75	2

- Salario mínimo diario legal vigente/ hectárea.

** A partir de cumplido el año más un día (5 A + 1 D, 8 A + 1 D).

Estos valores son compatibles con las regalías y constituyen una contraprestación que se cobrará por la autoridad contratante sin consideración a quien tenga la propiedad o posesión de los terrenos de ubicación del contrato.

Para las etapas de construcción y montaje o exploración adicional, si a ello hay lugar, se continuará cancelando el valor equivalente al último canon pagado durante la etapa de exploración.

Como se puso de presente antes, esta contraprestación económica debe estar consignada en los Contratos de Concesión minera y solamente en los casos de las áreas estratégicas minero energéticas se permite convenir montos distintos e incluso suprimirla.

8.- **Impuesto social a los explosivos**

El artículo 224 de la Ley 1438 de 2011 establece:

> Artículo 224. *Impuesto social a las armas y municiones.* A partir del 1o de enero de 1996, créase el impuesto social a las armas de fuego que será pagado por quienes las porten en el territorio nacional, y que será cobrado con la expedición o renovación del respectivo permiso y por el término de este. El recaudo de este impuesto se destinará al fondo de solidaridad previsto en el artículo 221 de esta ley. El impuesto tendrá un monto equivalente al 30% de un salario mínimo mensual. Igualmente, créase el impuesto social a las municiones y explosivos, que se cobrará como un impuesto ad - valorem con una tasa del 20%. El gobierno reglamentará los mecanismos de pago y el uso de estos recursos: el Plan de Beneficios, los beneficiarios y los procedimientos necesarios para su operación
> .

PARÁGRAFO. Se exceptúan de este impuesto las armas de fuego y municiones y explosivos que posean las Fuerzas Armadas y de Policía y las entidades de seguridad del Estado".

9.- Impuesto al oro

El artículo 152 de la Ley 488 de 1998 establece:

> ARTÍCULO 152. La explotación de los recursos naturales no renovables a saber, oro, plata y platino de propiedad de la Nación generarán una regalía y en las minas de reconocimiento de propiedad privada un impuesto, los cuales se liquidarán sobre los precios internacionales que certifique en moneda legal el Banco de la República con las tarifas que se señalan a continuación. En ambos casos, el impuesto y la regalía se destinarán con exclusividad para los municipios productores.
>
> Oro y plata 4% (regalía o impuesto)
>
> Platino 4% (regalía o impuesto)
>
> Los aspectos relacionados con la liquidación, retención, recaudo, distribución y transferencias del impuesto y demás aspectos tributarios, continuarán rigiéndose por la Ley 366 de 1997.
>
> PARÁGRAFO. Las regalías mínimas por la explotación de recursos naturales no renovables de propiedad nacional, distintas del oro, plata y el platino, continuarán rigiéndose por la Ley 141 de 1994.

10.- **Aranceles**

Las Leyes 6 de 1971, 7 de 1991 y 1309 de 2013 establece el concepto de aranceles y su causación. En concepto de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-:

> "La base gravable sobre la cual se aplica la tarifa del gravamen arancelario, es el valor en aduanas de la mercancía, esto es, el precio pagado o por pagar informado por el importador (el que aparece en la factura de venta) de las mercancías más el valor de los fletes y seguros hasta su entrega en el lugar de importación a Colombia."[1]

Con arreglo al ordenamiento jurídico superior, especialmente a las facultades del Gobierno Nacional para desarrollar Las leyes marco de Comercio Exterior se ha establecido que existen dos (2) tipos de aranceles, ad-valorem y los aranceles específicos. A partir de la combinación de ellos, se genera el arancel mixto.

[1] Concepto emitido por la Oficina Asesora Jurídica de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN- identificado con el número 99 de 2003.

- Arancel ad-valorem: se calcula como un porcentaje del valor de la importación CIF (cuyo valor incluye costo, seguro y flete).

- Arancel específico: se calcula como una determinada cantidad de unidades monetarias por unidad de volumen de importación.

- Arancel mixto: es el que está compuesto por un arancel ad-valorem y un arancel específico.

Según la mercancía de que se trate y la clasificación de la partida arancelaria correspondiente, el importador debe asumir el pago determinado.

11.- **Impuesto de Industria y Comercio**

Los artículos 32 al 40 de la Ley 14 de 1983 disponen:

> **Artículo 32º.-** El Impuesto de Industria y Comercio recaerá, en cuanto a materia imponible, sobre todas las actividades comerciales, industriales y de servicio que ejerzan o realicen en las respectivas jurisdicciones municipales, directa o indirectamente, por personas naturales, jurídicas o por sociedades de hecho, ya sea que se cumplan en forma permanente u ocasional, en inmuebles determinados, con establecimientos de comercio o sin ellos. **Él texto subrayado fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante** Sentencia C-121 de 2006
>
> **Artículo 33º.-** Modificado por el art. 342, Ley 1819 de 2016. El Impuesto de Industria y Comercio se liquidará sobre el promedio mensual de ingresos brutos del año inmediatamente anterior, expresados en moneda nacional y obtenidos por las personas y sociedades de hecho indicadas en el artículo anterior, con exclusión de: Devoluciones ingresos proveniente de venta de activos fijos y de exportaciones, recaudo de impuestos de aquellos productos cuyo precio esté regulado por el Estado y percepción de subsidios.
>
> Sobre la base gravable definida en este artículo se aplicará la tarifa que determinen los Concejos Municipales dentro de los siguientes límites:
>
> 1.- Del dos al siete por mil (2-7 x 1.000) mensual para actividades industriales, y
> 2.- Del dos al diez por mil (2-10 x 1.000) mensual para actividades comerciales y de servicios.
>
> Los municipios que tengan adoptados como base del impuesto los ingresos brutos o ventas brutas podrán mantener las tarifas que en la fecha de la promulgación de esta Ley hayan establecido por encima de los límites consagrados en el presente artículo.
>
> **Parágrafo 2º.-** Las Agencias de Publicidad, Administradoras y Corredoras de Bienes Inmuebles y Corredores de Seguros, pagarán el Impuesto de que trata este artículo

sobre el promedio mensual de ingresos brutos entendiendo como tales el valor de los honorarios, comisiones y demás ingresos propios percibido para sí.

Parágrafo 3º.- Los distribuidores de derivados del petróleo pagarán el impuesto de que trata el presente artículo sobre el margen bruto fijado por el Gobierno para la comercialización de los combustibles.

Artículo 34º.- Para los fines de esta Ley, se consideran actividades industriales las dedicadas a la producción, extracción, fabricación, confección, preparación, transformación, reparación, manufactura y ensamblaje de cualquier clase de materiales o bienes.

Artículo 35º.- Se entienden por actividades comerciales, las destinadas al expendio, compraventa, o distribución de bienes o mercancías, tanto al por mayor como al por menor, y las demás definidas como tales por el Código de Comercio siempre y cuando no estén consideradas por el mismo Código o por esta Ley, como actividades industriales o de servicios.

Artículo 36º.- Son actividades de servicios las dedicadas a satisfacer necesidades de la comunidad mediante la realización de una o varias de las siguientes o análogas actividades: expendio de bebidas y comidas; servicio de restaurante, cafés, hoteles, casas de huéspedes, moteles, amoblados, transporte y aparcaderos, formas de intermediación comercial, tales como el corretaje, la comisión, los mandatos y la compra - venta y administración de inmuebles; servicios de publicidad, interventoría, construcción y urbanización, radio y televisión, clubes sociales, sitios de recreación, salones de belleza, peluquerías, portería, servicios funerarios, talleres de reparaciones eléctricas, mecánica, automoviliarias y afines, lavado, limpieza y teñido, salas de cine y arrendamiento de películas y de todo tipo de reproducciones que contengan audio y vídeo, negocios de montepios y los servicios de consultoría profesional prestados a través de sociedades regulares o de hecho.

Artículo 37º.- El impuesto de avisos y tableros, autorizado por la Ley 97 de 1913 y la Ley 84 de 1915, se liquidará y cobrará en adelante a todas las actividades comerciales, industriales y de servicios como complemento del impuesto de industria y comercio, con una tarifa de un quince por ciento (15%) sobre el valor de éste, fijada por los Concejos Municipales.

Artículo 38º**.-** Los municipios sólo podrán otorgar exenciones de impuestos municipales por plazo limitado, que en ningún caso excederá de diez años, todo de conformidad con los planes de desarrollo municipal.

Artículo 39º.- No obstante lo dispuesto en el artículo anterior continuarán vigentes:

1.- Las obligaciones contraídas por el Gobierno en virtud de tratados o convenios internacionales que haya celebrados en el futuro, y las contraídas por la Nación, los Departamentos o los Municipios, mediante contratos celebrados en desarrollo de la legislación anterior.

2.- Las prohibiciones que consagra la Ley 26 de 1904; además, subsisten para los Departamentos y Municipales las siguientes prohibiciones:

a. La de imponer gravámenes de ninguna clase o denominación a la producción primaria, agrícola, ganadera y avícola, sin que se incluyan en esta prohibición las fábricas de productos alimenticios o toda industria donde haya un proceso de transformación por elemental que ésta sea;

b. La de gravar los artículos de producción, transformación por elemental que esta sea;

c. La de gravar con el impuesto de Industria y Comercio la explotación de canteras y minas diferentes de sal, esmeraldas y metales preciosos, cuando las regalías o participaciones para el municipio sean iguales o superiores a lo que corresponderá pagar por concepto del impuesto de Industria y Comercio;

d. La de gravar con el impuesto de Industria y Comercio, los establecimientos educativos públicos, las entidades de beneficencia, las culturales y deportivas, los sindicatos, las asociaciones de profesionales y gremiales sin ánimo de lucro, los partidos políticos y los hospitales adscritos o vinculados al sistema nacional de salud;

e. La de gravar la primera etapa de transformación realizada en predios rurales cuando se trate de actividades de producción agropecuaria, con excepción de toda industria donde haya una transformación por elemental que ésta sea;

f. La de gravar las actividades del Instituto de Mercadeo Agropecuario, Idema;

Artículo 40º.- Este capítulo de la presente Ley se aplicará también al Distrito Especial de Bogotá.

12.- IVA no recuperable

Con arreglo a la Ley 1819 de 2016, el Impuesto al valor agregado grava la prestación de servicios y la venta e importación de bienes. Este tributo puede ser descontado cuando se pague sobre bienes y servicios destinados a operaciones gravadas, como es el caso de la minería. Varía según la clase de aquellos, no obstante que la tarifa general, de acuerdo con el artículo 468 de la citada Ley, es del diecinueve por ciento (19%).

13.- **Aportes Parafiscales**

Los aportes parafiscales son contribuciones de carácter obligatorio impuestas por Ley a todos los empleadores, los cuales se determinan sobre la base gravable de la nómina total de trabajadores y que beneficia no solo a estos, sino también al sostenimiento del ICBF, el SENA y las Cajas de Compensación Familiar.

Lo anterior encuentra un sustento jurídico en lo establecido en la Ley 21 de 1982, 27 de 1974, y 7 de 1979, y en lo establecido en el artículo 29 del Decreto 111 de 1996, el cual establece:

> Son contribuciones parafiscales los gravámenes establecidos con carácter obligatorio por la ley, que afectan a un determinado y único grupo social o económico y se utilizan para beneficio del propio sector. El manejo, administración y ejecución de estos recursos se hará exclusivamente en la forma dispuesta en la ley que los crea y se destinarán sólo al objeto previsto en ella, lo mismo que los rendimientos y excedentes financieros que resulten al cierre del ejercicio contable.

El porcentaje de aporte parafiscal que corresponde a las Cajas de Compensación y al SENA encuentra su fundamento en lo plasmado en los numerales 1 y 2 del Artículo 12 de la Ley 21 de 1982, donde se señala que un 4 % es para el pago del subsidio familiar y un 2 % para el SENA; a su vez, el porcentaje correspondiente al ICBF tiene su origen en lo dispuesto en el Artículo 2 de la Ley 27 de 1974:

> A partir de la vigencia de la presente Ley, todos los patronos y entidades públicas y privadas, destinarán una suma equivalente al 2% de su nómina mensual de salarios para que el Instituto de Bienestar Familiar atienda a la creación y sostenimiento de centros de atención integral al preescolar (...)

Posteriormente con la expedición de la Ley 7 de 1979, en el Capítulo V, que trata sobre el "Régimen Financiero", numeral 4, artículo 39, se estableció:

> ARTÍCULO 39. El patrimonio del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar está constituido por:
>
> (...) 4. El 2%* del valor de las nóminas mensuales de salarios de todos los patronos de entidades públicas o privadas;
>
> Por último, la Ley 89 del 1988, modificó el porcentaje asignado al ICBF, y en su artículo 1o estableció:
>
> ARTÍCULO 1o. A partir del 1o de enero de 1989 los aportes para el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar-ICBF- ordenados por las Leyes 27 de 1974 y 7ª de 1979, se aumentan al tres por ciento (3%) del valor de la nómina mensual de salarios.
>
> PARÁGRAFO 1o. Estos aportes se calcularán y pagarán teniendo como base de liquidación el concepto de nómina mensual de salarios establecidos en el artículo 17 de la Ley 21 de 1982 (….).
>
> PARÁGRAFO 2o. El incremento de los recursos que establece esta Ley se dedicará exclusivamente a dar continuidad, desarrollo y cobertura a los Hogares Comunitarios de Bienestar de las poblaciones infantiles más vulnerables del país. Se entiende por Hogares Comunitarios de Bienestar, aquellos que se constituyen a través de becas del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF- a las familias con miras a que en acción mancomunada con sus vecinos y utilizando un alto contenido de recursos locales, atiendan las necesidades básicas de nutrición, salud, protección y desarrollo individual y social de los niños de los estratos sociales pobres del país.

De acuerdo con lo anterior, los aportes parafiscales se liquidan en la proporción del 9% del valor de la nómina de trabajadores que destine un empleador, el cual se encuentra fragmentado en su destinación a una proporción de un 4% para cajas de compensación, el 3 % al ICBF y el 2% restante al SENA.

Ahora, tal como se ha indicado, el aporte parafiscal se realiza sobre la base global de la "nómina" de trabajadores empleador, lo cual, en un primer término, llevaría a concluir al intérprete que todo lo devengado por los distintos rubros laborales en favor de un trabajador hace parte de la concepción de "nómina" y, por lo tanto, sobre ese monto total que se debe aplicar el porcentaje de aporte parafiscal.

Con el propósito de establecer concepciones jurídicas claras respecto de lo que es gravable por concepto de aporte parafiscal, se requiere determinar, de acuerdo con la normativa y la jurisprudencia, la definición jurídica de la palabra "nómina gravable", con el fin de tener claridad sobre lo que realmente es gravable o no. En este sentido el Artículo 17 de la Ley 21 de 1982 prescribe:

> ARTÍCULO 17. Para efectos de la liquidación de los aportes al régimen del Subsidio Familiar, Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, Escuela Superior de Administración Pública (ESAP), Escuela Industrial e Institutos Técnicos, se entiende por nómina mensual de salarios la totalidad de los pagos hechos por concepto de los diferentes elementos integrantes del salario en los términos de la Ley Laboral, cualquiera que sea su denominación y además, los verificados por descansos remunerados de Ley y convencionales o contractuales. (Negrilla fuera del texto).

14.- **Contribuciones ambientales**

La legislación ambiental vigente establece que la autoridad ambiental fijará en el acto administrativo que autorice la actividad de exploración o explotación del recurso natural correspondiente el valor de la contribución que se le impone al titular por concepto de preservación del medio ambiente, recuperación y restauración de la zona de trabajos, además de aquellas que en materia social sirvan para el beneficio de la comunidad.

Estas disposiciones se encuentran contenidas en la Ley 1333 de 2013, sin perjuicio de los descuentos que en materia de impuesto de renta previó la 1819 de 2016 para quienes adelanten labores de recuperación de zonas o áreas ambientalmente afectadas.

Las tarifas de estas contribuciones son del orden del uno por ciento (1%) del valor de las actividades autorizadas para la ejecución del proyecto, pero dependerá en todo caso de la evaluación o examen que realice la autoridad ambiental.

15.- **Sobretasa a la gasolina**

El artículo 2.2.1.2.2.4 del Decreto 1073 de 2015 establece:

> ARTÍCULO 2.2.1.2.2.4. *Sobretasa a la gasolina.* Para efectos de la liquidación de la sobretasa a la gasolina generada por el consumo de nafta o cualquier otro combustible o líquido derivado del petróleo que pueda ser usado como carburante en motores diseñados para ser utilizados con gasolina, se tomará como base gravable el precio de

referencia por galón publicado mensualmente por la UPME o quien haga sus veces, para el cálculo de la sobretasa a la gasolina motor extra. La base gravable para la liquidación de la sobretasa a la gasolina corriente y a la gasolina extra, será la publicada mensualmente, acorde con lo establecido en el artículo 121 de la Ley 488 de 1998.

Consideraciones e identificación de alternativas

1.- En primer lugar, conviene anotar que los conceptos que componen el *government take* para la extracción de oro en Colombia son, en su gran mayoría, de origen legal. En estos casos cualquier

proyecto de modificación, ajuste, supresión o adición debe ser tramitada por el Congreso de la República.

2.- Solamente en el caso de las contraprestaciones económicas que puede establecer o fijar la Agencia Nacional Minera para las áreas estratégicas mineras a las que refiere el artículo 20 de la Ley 1753 de 2015 no se requeriría de soporte o sustento legal. (Martínez et al, 2019)

3.- Cualquier reforma que se proyecte sobre estas sería de carácter legal y se recomienda sea acordada con la Unidad de Planeación Minero- Energética -UPME- y con el Ministerio de Minas y Energía-.

5.- El examen sobre el *Government take d*ebe incluir evaluaciones sobre exenciones y descuentos; incentivos para la disminución o ajuste de los impuestos a la renta y oro; valoración del régimen simple de tributación para incluir tratamientos diferenciados por tamaño o del régimen para organizaciones solidarias o sin ánimo de lucro; reflexiones sobre las medidas adoptadas en materia de formalización y el tratamiento que se le concede a las regalías.

6.- Por ejemplo: Mediante Ley 1819 de 2016 desarrollada por el Decreto 2253 de 2017 que adicionó el 1075 de 2015, se dispuso como incentivo al incremento de las inversiones de exploración y explotación de hidrocarburos y exploración en minería, el otorgamiento de un Certificado de Reembolso Tributario -CERT- a los contribuyentes que aumenten aquellas, el cual corresponderá a un porcentaje del valor del incremento.

7.- Concretamente, las del sector minero serán las que tienen por objeto mantener o incrementar la producción de los proyectos actuales, acelerar los que están en transición (de construcción y montaje a explotación) e incrementar los proyectos de exploración minera.

8.- Justamente, el Decreto 2253 de 2017 establece que el incentivo al incremento de las inversiones en los sectores de hidrocarburos y minería deben considerar, entre otros, los siguientes criterios: (i) los niveles de precios internacionales de referencia; (ii) niveles de inversiones y (iii) metas de reservas de producción. Habría que anticipar que la política minera puede evolucionar hacia más restricciones en el marco de las metas y los riesgos de la transición energética.

9.- Ahora, puede apreciarse que, si bien el decreto 2253 aportó importantes recursos y desarrollo en determinados proyectos, estos corresponden a unos de gran escala. Empero, no apunta a la revisión o ajuste del impuesto de renta o de las regalías para aquellos de mediana y pequeña.

11.- El imperativo adoptar medidas tendientes a la formalización, que inexorablemente pasa por la revisión de concepto y tarifas de los impuestos de renta y oro y de las regalías en el caso de la explotación de este mineral.

Esto no solamente obedecería a propósitos de competitividad del país -corolario obvio- sino que apuntaría a proyectos de legalización, protección del medio ambiente y claramente de aumento a las rentas que provienen de la extracción del mineral.

12.- No pretende soslayar lo anterior los esfuerzos, gestiones y acciones emprendidas por el Estado en aras a la formalización de la actividad minera. Como instrumento de política pública minera, en el año 2010, mediante Ley 1382, el Congreso de la República reformó el Código de Minas -685 de 2001-, con el propósito de modernizar la industria, promocionar la inversión, abreviar los trámites requeridos para obtención de título minero y fundamentalmente ajustar la normatividad a nuevas y trascedentes consideraciones en materia ambiental que propendían por la protección de áreas y zonas especiales.

El articulado pretendía la formalización de actividades de explotación -artículo 1-, distinguir los tipos de minería, establecer los conceptos de zonas excluidas -artículo 3-, legalización -artículo 12- y fortalecer los requisitos en materia ambiental -artículos 13 y 14, 15 y siguientes-.

También se advierte la adopción de medidas tendientes a fortalecer las labores de seguimiento y fiscalización a cargo de la autoridad minera -artículo 23-, en función de las proyectadas modificaciones en materia de legalización y formalización.

No obstante, la Corte Constitucional, mediante sentencia C-366 de 2011 declaró inexequible la reforma adoptada. Para el alto Tribunal, sobre la base del respeto del derecho fundamental de consulta previa, la norma debía haberse discutido y concertado con comunidades étnicas y afrodescendientes que permitiera preservarlas e involucrarlas en el establecimiento de criterios y parámetros que podría llegar a impactarlas.

13.- Con sujeción a la Ley 1382 de 2010, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 933 de 2013 que desarrollaba aspectos procedimentales para la formalización de la actividad. Desde la promulgación de la Ley 1450 de 2011, concretamente del artículo 107, se había plasmado la necesidad de diferenciar la minería informal de la ilegal para disponer de una serie de medidas que contribuyeran a definir criterios, parámetros y lineamientos que le permitieran al Estado acompañar el referido propósito.

Empero, en examen de legalidad practicado por el Consejo de Estado -Sección Tercera, Expediente No. 11001-03-26-000-2015-00169-00(55881) del veintiocho (28) de octubre de 2019, Consejero Ponente Dr. Martín Bermúdez Muñoz- se declaró su nulidad, cuando previamente había sido suspendido por la misma Corporación en 2016.

14.- Si bien se han adoptado medidas tendientes a la formalización y de distinción para la minería de pequeña, mediana y gran escala recogidas en el Decreto 1073 de 2015, no puede pasarse por alto que aquellas contenidas en la Ley 1382 de 2010 y en el Decreto 933 de 2013 que pretendió

desarrollarla -ambas eliminadas del ordenamiento jurídico- resultaban de alto impacto para hacer frente a una problemática que afecta distintos bienes jurídicos esenciales.

15.- La razón de la supresión de las normas obedece a la presunta falta de concertación del contenido de ellas con territorios y resguardos indígenas y comunidades afrodescendientes, a quienes por ministerio de la Constitución Política se les debe garantizar el derecho fundamental a la consulta previa.

16.- De ahí que la adopción de normas que puedan afectar los territorios o resguardos indígenas debe ser consultadas con sus habitantes. Sobre esa base, justamente, es que el estudio que se adelante sobre el *government take* podría analizar las disposiciones contenidas en el Código de Minas -artículo 129-[2] relativas a la participación económica de aquellos en los proyectos de minería.

Estos representantes no están en el deber de cancelar impuestos prediales, catastrales, de renta o registro. Y las regalías que se perciban deben ser destinadas a obras y servicios que redunden en el beneficio de la comunidad. Este concepto puede resultar determinante para la consideración, identificación y definición de las áreas estratégicas mineras a cargo de la autoridad minera.

17.- También en materia de regalías, se recomienda la revisión del concepto de deducibilidad establecido por el Consejo de Estado, según se expone a continuación:

- El doce (12) de octubre de 2017 el Consejo de Estado emitió la Sentencia N.° 19950, que revocó el concepto 15766 de 2005 de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN. Este permitía a todos los contribuyentes aplicar el artículo 116 del Estatuto Tributario para deducir las regalías pagadas por la explotación de recursos naturales. A pesar de la revocatoria de aquel, la posición del Consejo de Estado es que la deducibilidad de las regalías depende del cumplimiento de los requisitos generales de deducibilidad previstos en el artículo 107 del ET.

- De acuerdo con la normativa tributaria colombiana, un gasto será deducible siempre y cuando sea necesario, proporcional y tenga relación de causalidad con las actividades productoras de renta. Además de la mencionada regla general, en algunos casos aplican reglas de deducibilidad específicas que establecen requisitos o limitaciones adicionales.

- Por ejemplo, existen reglas que limitan la capacidad para deducir un gasto de intereses en función de umbrales de patrimonio, a pesar de que el gasto por intereses cumpla con los requisitos generales antes mencionados para la deducción de gastos. Otro ejemplo ilustrativo

[2] Artículo 129. Participación económica. Los municipios que perciban regalías o participaciones provenientes de explotaciones mineras ubicadas en los territorios indígenas de que trata el artículo 123, deberán destinar los correspondientes ingresos a obras y servicios que beneficien directamente a las comunidades y grupos aborígenes asentados en tales territorios.

es que solo ciertos impuestos son deducibles, independientemente de los necesarios, proporcionales o relacionados con la actividad productora de renta del contribuyente.

- En el caso de regalías por explotación de recursos naturales, existen dos (2) reglas relevantes en el Estatuto Tributario, a saber: (i) el artículo 107, que contiene los requisitos generales para las deducciones; y (ii) el artículo 116, que establece que los impuestos, regalías y contribuciones pagados por las entidades descentralizadas son deducibles, siempre y cuando cumplan con los requisitos aplicables.

- El artículo 116 ha generado dudas y discusiones en relación con la posibilidad de que las empresas privadas puedan deducir pagos de regalías relacionadas con la explotación de recursos naturales. Durante muchos años, la opinión de la DIAN fue que dichos pagos no podían deducirse del impuesto de renta, pues a su juicio se trataba de una deducción taxativa aplicable únicamente a cierta clase de contribuyentes. Sin embargo, en el 2005 la DIAN modificó su opinión y concluyó que dichas regalías sí eran deducibles

- El concepto manifestaba:

  "Son deducibles para efectos de la determinación de la renta líquida, las regalías causadas por la explotación de recursos naturales no renovables, sin distinción de la clase de contribuyente, siempre y cuando cumplan los requisitos, que para su procedencia, según el caso, exige la legislación tributaria.".

  En esa oportunidad, la autoridad tributaria señaló que, en virtud del principio de igualdad, no había razón para limitar dicha deducción únicamente a entidades descentralizadas. La DIAN también argumentó que esta conclusión se desprende del espíritu o la intención de la norma en cuestión.

- En vista de lo anterior, varios contribuyentes incluyeron las regalías como gasto deducible en sus declaraciones de renta. Otros, ya las habían incluido desde antes, y continuaron con la práctica bajo la disposición general del mencionado artículo 107. Sin embargo, las preocupaciones y las dudas no cesaron con el concepto del 2005. En efecto, un grupo de individuos presentaron una demanda de nulidad en contra del concepto de la DIAN, alegando que el artículo 116 del Estatuto Tributario es lo suficientemente claro al establecer que únicamente las entidades descentralizadas pueden deducir regalías. En opinión de los demandantes, el artículo 116 no contiene ambigüedad alguna y, por lo tanto, la DIAN no podía interpretarlo de manera distinta para concluir que en virtud del principio de igualdad la deducción debía aplicar a todos los contribuyentes.

- En la demanda también se argumentó que la amplia interpretación de la DIAN no sólo es contraria el texto del artículo 116, sino que también contradice el propósito original de la norma que llevó a dicho artículo (i.e. el artículo 6 del Decreto 1979 de 1974). Adicionalmente,

los demandantes mostraron preocupación por la reducción de ingresos públicos y el efecto negativo que se desprende de la deducción injustificada validada por la DIAN.

- A su turno, la DIAN insistió en que permitir la deducción por parte de los contribuyentes privados coincide con la intención original de la norma y que las regalías serían deducibles siempre y cuando cumplieran con los requisitos generales contenidos en el artículo 107 del ET.

- A lo largo del proceso, varios expertos tuvieron la oportunidad de expresar sus opiniones a favor o en contra de la interpretación de la DIAN. Algunos opinaron que el artículo 116 del Estatuto Tributario tiene un contexto importante que debería ser considerado, y sirve para realizar una interpretación amplia, mientras que el artículo 107 aplica igualmente para permitir la deducción de cualquier costo o gasto (incluyendo regalías), que sea necesario, proporcional y tenga relación de causalidad con la actividad productora de renta del contribuyente. Otros señalaron que el artículo 116 es claro y solo permite concluir que dicha norma únicamente está dada para las entidades descentralizadas.

- El Consejo de Estado, entonces, analizó el método de interpretación adecuado para el artículo 116. Evaluó si era preferible considerar el espíritu e intención de la norma, o favorecer una interpretación literal. Al final, determinó que era muy importante consultar el espíritu, la intención y los fines de la norma en este caso, pero aclaró que, aún, atendiendo a dichas consideraciones, el artículo 116 creaba una regla de derecho específica y restrictiva, la cual únicamente permite a las entidades descentralizadas deducir las regalías pagadas. En consecuencia, contrario a lo señalado por la DIAN en el concepto de 2005, el Consejo de Estado concluyó que la norma establecía una deducción generalizada del impuesto sobre la renta.

- Sin embargo, el Consejo de Estado también aclaró que, si bien el artículo 116 aplica únicamente a regalías pagadas por entidades descentralizadas, el artículo 107 continúa siendo la regla general. En otras palabras, el Consejo de Estado está de acuerdo con los demandantes en que el artículo 116 es de interpretación restrictiva, pero aclara que bajo el artículo 107 un gasto por regalías sí puede ser tomado como una deducción siempre y cuando cumpla con los requisitos allí establecidos.

- En conclusión, el Consejo de Estado decidió revocar el concepto 15766 de 2005 de la DIAN, y concluyó que ni el espíritu ni el fin ni la literalidad del artículo 116 avalan la posición de la DIAN. Sin embargo, en opinión del alto tribunal, esto no implica que las empresas privadas no puedan deducir regalías por la explotación de recursos naturales cuando se cumplan los requisitos previstos en el artículo 107.

- Ergo, mientras no haya una decisión o una norma que indique lo contrario, parece razonable concluir que la deducibilidad de las regalías debe analizarse bajo el artículo 107 del ET, tal y como se hace con cualquier otro gasto. Este asunto debe ser objeto de revisión con la perspectiva del government take. Esta participación del Estado en las utilidades de los proyectos que explotan recursos naturales no renovables debe ser definida con criterio de

maximizar los ingresos efectivos del Estado sin desanimar la inversión privada. Debe fijarse un objetivo que tome en consideración las deducciones y exenciones para obtener el resultado deseado.

18.- Resulta de la mayor importancia la valoración también de la previsión de la Ley 2010 de 2019 en torno al impuesto unificado bajo el régimen simple de tributación.

> Artículo 903. Creación del impuesto unificado bajo el Régimen Simple de Tributación - Simple. Créese a partir del 1° de enero de 2020 el impuesto unificado que se pagará bajo el Régimen Simple de Tributación - Simple, con el fin de reducir las cargas formales y sustanciales, impulsar la formalidad y, en general, simplificar y facilitar el cumplimiento de la obligación tributaria de los contribuyentes que voluntariamente se acojan al régimen previsto en el presente Libro.
>
> El impuesto unificado bajo el Régimen Simple de Tributación - Simple es un modelo de tributación opcional de determinación integral, de declaración anual y anticipo bimestral, que sustituye el impuesto sobre la renta, e integra el impuesto nacional al consumo y el impuesto de industria y comercio consolidado, a cargo de los contribuyentes que opten voluntariamente por acogerse al mismo. El impuesto de industria y comercio consolidado comprende el impuesto complementario de avisos y tableros y las sobretasas bomberil que se encuentran autorizadas a los municipios.
>
> Este sistema también integra los aportes del empleador a pensiones, mediante el mecanismo del crédito tributario.
>
> **Parágrafo 1**°. La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), en uso de sus facultades, podrá registrar en el presente régimen de manera oficiosa a contribuyentes que no hayan declarado cualquiera de los impuestos sobre la renta y complementarios, sobre las ventas, al consumo y/o el impuesto de industria y comercio consolidado. La inscripción o registro, podrá hacerse en el Registro Único Tributario (RUT) de manera masiva, a través de un edicto que se publicará en la página web de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN).
>
> La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) informará a las autoridades municipales y distritales, mediante resolución, el listado de los contribuyentes que se acogieron al Régimen Simple de Tributación - Simple, así como aquellos que sean inscritos de oficio.
>
> **Parágrafo 2°.** El Gobierno nacional reglamentará el intercambio de información y los programas de control y fiscalización conjuntos entre la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) y las autoridades municipales y distritales.

> **Parágrafo 3°.** Los contribuyentes que opten por acogerse al impuesto unificado bajo el Régimen Simple de Tributación - Simple deberán realizar los respectivos aportes al Sistema General de Pensiones de conformidad con la legislación vigente y estarán exonerados de aportes parafiscales en los términos del artículo 114-1 del Estatuto Tributario.
>
> **Parágrafo 4°.** El valor del aporte al Sistema General de Pensiones a cargo del empleador que sea contribuyente del impuesto unificado bajo el Régimen Simple de Tributación - Simple, se podrá tomar como un descuento tributario en los recibos electrónicos de pago del anticipo bimestral Simple de que trata el artículo 910 de este Estatuto. El descuento no podrá exceder el valor del anticipo bimestral a cargo del contribuyente perteneciente a este régimen. La parte que corresponda al impuesto de industria y comercio consolidado no podrá ser cubierta con dicho descuento.
>
> El exceso originado en el descuento de que trata este parágrafo podrá tomarse en los siguientes recibos electrónicos del anticipo bimestral SIMPLE a aquel en que se realizó el pago del aporte al Sistema General de Pensiones. Para la procedencia del descuento, el contribuyente del impuesto unificado bajo el Régimen Simple de Tributación - Simple debe haber efectuado el pago de los aportes al Sistema General de Pensiones antes de presentar el recibo electrónico del anticipo bimestral Simple de que trata el artículo 910 de este Estatuto.

El régimen simple de tributación podría abreviar trámites y procedimientos para el sector, sin perjuicio de analizar sus particulares condiciones y también en este caso distinguir la aplicación en razón al tamaño del minero. De cualquier manera, parece una medida que propende por la formalización y unificación de criterios en materia impositiva, iniciativa que se encuentra directamente relacionada con las pretensiones de aquel.

En suma:

(x) El análisis sobre el *government take* relativo a la extracción de oro debería comprender de manera principal los tres (3) elementos sobre los que se concentra: Impuestos a la renta y oro y regalías.

(xi) El precitado examen debe considerar el tamaño y desarrollo del sector y por tanto de los proyectos mineros.

(xii) Cualquier ajuste, variación o modificación tanto de tributos como de regalías debe ser decidida por el Congreso de la República y estar contenida en una Ley.

(xiii) La valoración de figuras como los contratos de estabilidad jurídica o semejantes a las zonas francas pueden resultar de suma importancia, no solamente para efectos de competitividad sino también de formalización. Y, convendría examinar la adopción de estas medidas en razón también del tamaño del proyecto o titular minero.

(xiv) El análisis de deducibilidad de las regalías puede resultar trascendental a partir de lo manifestado por el Consejo de Estado respecto de la aplicabilidad del artículo 107 del Estatuto Tributario.

(xv) En el caso del régimen simple de tributación podrían valorarse condiciones según el tipo o tamaño del proyecto o titular minero. Esto además en razón a las muy particulares condiciones laborales que tiene el sector.

(xvi) El estudio sobre el *government take* con el propósito de aumentar las rentas obtenidas de la minería y mejorar la competitividad del país debe contemplar en todo caso estrategias de formalización, en vista del alto porcentaje de informalidad

(xvii) Para efectos de formalización resulta indispensable la revisión de medidas y criterios dispuestos en las ya desaparecidas Ley 1382 de 2010 y Decreto 933 de 2013 que puedan ser retomados en la actualidad y que cumplan con lo dispuesto por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en materia de concertación, concurrencia y respeto por el derecho fundamental de Consulta Previa.

(xviii) Finalmente, para la identificación, delimitación y definición de las áreas estratégicas mineras a las que refiere el artículo 20 de la Ley 1753 de 2015, el análisis sobre actividades y trabajos en comunidades o resguardos indígenas resultaría de la mayor importancia en aras a la concertación que debe haber con estas respecto de la realización de aquellas, de la exención que tienen en materia tributaria y de la destinación que tienen las regalías obtenidas de proyectos extractivos desarrollados en esos territorios.

Bibliografía

Agencia Nacional de Minería. Producción Nacional de Minería y contraprestaciones económicas.

AngloGold Ahshanti. (2019). www.anglogoldashanti.com/investors/anual-reports/

Asociación Colombiana de Minería ACM (2020). *Boletín económico.* Diciembre.

Arango-Aramburo, S et al (2017). Simulating mining policies in developing countries: The case of Colombia. *Socio-Economic Planning Sciences*, 60, 99-113.

Badri, A. Nadeau, S. y Gbodossou, A. (2012) "A Sistematic and Preliminary, Portrait of Mining Risks" *International Journal of Safety and Security,* 2(2), 145-166

Betancur, María Soledad (2019). *Minería del oro, territorio y conflicto en Colombia. Retos y recomendaciones para la protección de los derechos humanos y el medio ambiente.* Heinrich Böll Stifung, Bogotá.

Betancur-Corredor, B. et al (2018). Gold mining as a potential driver of development in Colombia: Challenges and opportunities. *Journal of cleaner production*, 199, 538-553.

BID (2020). *Diseño y desempeño de regímenes fiscales en petróleo, gas y minería en América Latina y el Caribe: revisión sobre prácticas actuales, lecciones aprendidas y mejores prácticas*. Monografía del BID 831.

Centro nacional de Consultoría, Jaime Arteaga y asociados y Revista Mundo Minero 2019. Brújula Minera 2019.

COCHILCO (2020). *Metal prices*. Comisión Chilena del Cobre

https://www.cochilco.cl/Paginas/English/Statistics/Data%20Base/Metal-Prices.aspx

Continental Gold. (2019). *NI 43-101 Buriticá Mineral Resource 2019-01.* Antioquía: Colombia.

Contraloría General de la República (2014) La minería en Colombia: Daños ecológicos y socioeconómicos y consideraciones sobre un modelo minero alternativo, Capítulo 5 "Revisitando el debate sobre renta minera y *government take*: el carbón a gran escala en Colombia". pp 309-380.

Cordoba Minerals Corp. 2019 BI 43-101 Technical Report and Preliminary Economic Assessment San Matía Copper-Gold – Silver Project, Colombia , 20 de julio de 2019 en www.sedar. Com

CRU. (2018a). *Oro: caracterización y análisis de mercado internacional de minerales en el corto, mediano y largo plazo con vigencia al año 2035*. Santiago de Chile: CRU International Limited – Financiado por la Unidad de Planeación Minero-Energética -UPME.

CRU. (2018b). *Plata: caracterización y análisis de mercado internacional de minerales en el corto, mediano y largo plazo con vigencia al año 2035*. Santiago de Chile: CRU International Limited – Financiado por la Unidad de Planeación Minero- Energética -UPME.

Chen, D.; Perry, G. (2015). Mining Taxation in Colombia. University of Calgary *SPP Research Papers*, 8:7.

Davis, G.; Domínguez, E. (2017). A Discounted Cash Flow Model of Tax Avoidance and Distortions in Mining Projects.

Duque, E. A, et al (2015). “Mining in Colombia: A review of the calculation of Government Take”. Revista Espacios, 36, 16.

EITI. (2019). *Datos del sector.* Iniciativa para la transparencia de las industrias extractivas: EITI Colombia. http://www.eiticolombia.gov.co/es/datos-del-sector/

Ernst&Young. (2012). *Análisis comparativo de la participación estatal para las minas de oro y carbón en Colombia*.

Escobar, A. y T. González. 2019. Participación del Banco de la República en la comercialización de oro en Colombia

García, J. (2014). *Perfil tributario de la minería en Colombia.* Ministerio de Minas y Energía.

Gerson, P., Le Leuch, H., Mesa Puyo, D., Schatan, R. (2012). *Fiscal regimes for mining and petroleum*. International Monetary Fund.

GoldHub. (2020). *Gold Prices*. World Gold Council. Tomado el 27 de diciembre de 2020 de https://www.gold.org/goldhub/data/gold-prices

González, Tomás et al 2020 Beneficios económicos de la minería de oro en Colombia. En Chaparro y Güiza 2020 *Mitos y realidades de la minería aurífera en Colombia*. Pp 383-462 Universidad del Rosario.

Gran Colombia Gold Corp. website

ICMM 2020 Principios mineros

International Monetary Fund (2012). Fiscal regimes for mining and petroleum. Por Gerson, P., Le Leuch, H., Mesa Puyo, D., Schatan, R.

Martínez, A et al (2019). *Elementos jurídicos y económicos del proceso de selección objetiva en las Áreas Estratégicas Mineras* Fedesarrollo- ANM.

Martínez, A et al (2020). *Proyecto Quebradona. Reflexiones sobre sus aspectos económicos, ambientales y de política minera*. Fedesarrollo- Proantioquia. Por publicar.

Ortiz, J.F. y A. Rettberg. (2018) “Minería de oro, conflicto y criminalidad en los albores del siglo XXI en Colombia: perspectivas para el posconflicto colombiano”. *Colombia internacional (93) 17-63*

Otto, J. et al (2006). Mining Royalties: a Global study of their Impact on Investors, Government an Civil Society. *World Bank.*

SEDAR. www.sedar.com/search/searc_en.htm

Red Eagle Mining Corporation 2014 Amended NI 43-101 Tecnnical Report Feasibility Study of the Santa Rosa Gold Project www. Redeaglemining.com

Rudas, G. & Espitia, J. E. (2013). Capítulo 4: Participación del Estado y la sociedad en la renta minera. En Minería en Colombia. Contraloría General de la República.

Smith,J. (2014). A Parsimonious Model of Tax Avoidance and Distortions in Petroleum Exploration and Development. *Energy Economics*,43, 140-157.

UPME. (2015). Cálculo del "Government Take" y análisis de la eficiencia económica de la tributación minera en Colombia. Consorcio Boyd-WSP

UPME (2011). Cálculo del indicador económico Government take para el sector minero en Colombia: Informe final. UPME: Unidad de Planeación Minero- Energética. (J. Villarrreal).

UPME. (2020). Resolución No. 000236 de 2020 "Por la cual se determina el precio base para la liquidación de las regalías de piedras y metales preciosos, minerales de hierro, minerales metálicos y concentrados polimetálicos, aplicable al cuarto trimestre de 2020".

UPME-CRU (2018). *Oro. Caracterización y análisis del mercado internacional de minerales en el corto, mediano y largo plazo con vigencia al año 2035,* diciembre

UPME-UNAL (2017). *Estudio de trazabiidad del oro.*

World Gold Council (2020) Precios del oro www.gold,org/goldhub/data/gold-prices



Fedesarrollo
Calle 78 # 9 - 91, Bogotá, Colombia.
Teléfono: (571) 3259777
@Fedesarrollo