

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 719

Panamá, 24 de agosto de 2020

Proceso de Inconstitucionalidad.

El Licenciado Herbert Young Rodríguez, interpone **demanda de inconstitucionalidad contra los numerales 1, 2 y 7, y el penúltimo párrafo, del artículo 211-A del Código de Recursos Minerales, adicionado por el artículo 10 de la Ley 27 de 4 de mayo de 2015.**

Emisión de Concepto de la Procuraduría de la Administración.

Honorable Magistrado Presidente del Pleno de la Corte Suprema de Justicia:

Acudo ante usted, conforme lo establecido en el Artículo 206, Numeral 1, de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 2563 del Código Judicial, a fin de emitir concepto en torno a la demanda de inconstitucionalidad descrita al margen superior de este escrito, en los términos que se exponen a continuación.

I. Algunas consideraciones sobre la disposición legal cuya declaratoria de inconstitucionalidad se solicita.

La demanda de inconstitucionalidad está dirigida en contra de los **numerales 1, 2 y 7, y el penúltimo párrafo (primera parte), del artículo 211-A del Código de Recursos Minerales, según fue adicionado por el**

en donde el accionante cita la “Gaceta Oficial No. 27772-A de 4 de mayo de 2015”, a través de la cual fueron publicadas varias leyes, entre otras, la Ley 27 de 24 de mayo de 2015, que reforma el Código Fiscal y otras leyes en diversas materias, entre éstas, adiciona el artículo 211-A al Código de Recursos Minerales.

La incongruencia que se plantea es importante, puesto que el accionante, como se aclaró, no demanda la inconstitucionalidad del artículo 10 de la Ley 27 de 4 de mayo de 2015, en cuyo caso la referencia a la Gaceta Oficial No. 27772-A de 4 de mayo de 2015 y la transcripción literal de la disposición legal impugnada, al menos formalmente, habrían estado correctas. Por el contrario, **la acción de inconstitucionalidad está dirigida contra el artículo 211-A del Código de Recursos Minerales, lo cual requiere que el actor cite la Gaceta Oficial en donde fue publicada la aprobación de dicho Código y la de sus tantas modificaciones, incluyendo, principalmente, la que adiciona el referido artículo 211-A, el cual debió ser transcrito en la forma siguiente:**

“República de Panamá

Código de Recursos Naturales

Libro V.

Disposiciones Fiscales

Título II.

Cánones Superficiales y Regalías.

Capítulo Primero.

Monto y Términos de Pago

Artículo 211-A. Los concesionarios dedicados a la extracción de arena, cascajo, piedra

de cantera, piedra de caliza, arcilla y tosca que se realice en propiedades estatales y privadas pagarán en concepto de regalías las sumas siguientes:

1. Arena submarina, tres balboas (B/. 3.00) por metro cúbico.

2. Arena continental, tres balboas (B/. 3.00) por metro cúbico.

3. Grava continental, un balboa con cincuenta centésimos (B/. 1.50) por metro cúbico.

4. Grava de río, cincuenta centésimos de balboa (B/. 0.50) por metro cúbico.

5. Piedra de cantera, cincuenta centésimos de balboa (B/. 0.50) por metro cúbico.

6. Piedra caliza, cincuenta centésimos de balboas (B/. 0.50) por metro cúbico.

7. Piedra ornamental, tres balboas (B/. 3.00) por metro cúbico.

8. Tosca para relleno, cincuenta centésimos de balboa (B/. 0.50) por metro cúbico.

9. Arcilla, ochenta centésimos de balboa (B/. 0.80) por metro cúbico.

Para los efectos, los concesionarios dedicados a la extracción de los productos antes mencionados deberán efectuar una liquidación mediante declaración jurada mensual en formulario que proporcione la Administración Tributaria.

Las sumas pagadas en concepto de regalías no podrán ser trasladadas en las siguientes etapas de comercialización. Sin embargo, podrán ser deducibles para el cálculo del impuesto sobre la renta.

Este artículo será reglamentado por el Órgano Ejecutivo." (Sic).

(La negrita corresponde a las secciones que fueron demandadas de inconstitucionales).

(Este artículo aparece según fue adicionado por el artículo 10 de la Ley 27 de 4 de mayo de 2015).

Como se observa, sería distinto si el accionante hubiese interpuesto la demanda de inconstitucionalidad directamente en contra del artículo 10 de

la Ley 27 de 4 de mayo de 2015 y así estuviese expresado en su "solicitud", en cuyo caso, estaría consono con dicha petición citar únicamente la Gaceta Oficial que contiene dicha ley y transcribir la disposición legal en la forma en que lo hizo, dado los efectos derogatorios que derivan de una sentencia de inconstitucionalidad. Sin embargo, lo cierto es que la acción se interpuso en contra de una norma perteneciente al Código de Recursos Minerales y así debió quedar bien establecido en toda su formulación.

En este sentido, la Procuraduría de la Administración considera que **la presente demanda de inconstitucionalidad no cumple con los requisitos de los artículos 2560 y 2561 del Código Judicial**, lo cual se aprecia al comparar la contradicción existente entre la norma legal cuya inconstitucionalidad se solicita declarar (cfr. art. 211-A del Código de Recursos Minerales), con respecto a la Gaceta Oficial que cita el demandante (cfr. fs. 3, penúltimo párrafo) y a la transcripción literal de la disposición legal impugnada (cfr. fs. 2). **Así las cosas, de acuerdo con lo estipulado en el último párrafo del citado artículo 2661, lo procedente sería rechazar la presente demanda de inconstitucionalidad.**

II. Análisis de la Procuraduría de la Administración sobre las disposiciones constitucionales que se estiman infringidas y el concepto de la infracción.

La demanda de inconstitucionalidad se fundamenta en los Artículos 17, 19, 20, 52, 245, 246 Numeral 5, y 298, de la Constitución Política, los cuales se aducen infringidos por la norma legal impugnada.

De acuerdo con la relación que se plantea entre las normas constitucionales invocadas por el demandante, podemos dividir este análisis en tres partes: -En primer lugar, sobre los Artículos 17, 19, 20 y 52, para referirnos a ciertos “principios constitucionales tributarios”. -Luego, abordaremos el tema de los “impuestos nacionales y municipales” en la actividad minera, dentro del ámbito de los Artículos 245 y 246 Numeral 5, a fin de analizar si existe un supuesto de “doble tributación” como alega el demandante. -Finalmente, analizamos el Artículo 298, que consagra los principios de la “libre competencia económica” y la “libre concurrencia en los mercados”.

A. Análisis del concepto de infracción de los Artículos 17, 19, 20 y 52, de la Constitución Política.

Los Artículos 19 y 52 de la Constitución Política establecen garantías constitucionales aplicables al Derecho Tributario. El demandante, además, hace referencia a los Artículos 17 y 20 de la Carta Magna, aun cuando no se consideran principios tributarios.

Hecha la observación anterior, pasamos ahora a la lectura de los textos constitucionales citados, así como del concepto de la infracción de cada uno de ellos, en el orden expuesto por el demandante.

En primer término, nos referimos a la supuesta violación directa del Artículo 17 de la Constitución Política. En este punto, se advierte que el accionante no logra desarrollar una explicación que sea cónsona con el concepto de “omisión relativa” que se alega. La norma constitucional es la siguiente:

“Artículo 17. Las autoridades de la República están instituidas para proteger en su vida, honra y bienes a los nacionales donde quiera se encuentren y a los extranjeros que estén bajo su jurisdicción; asegurar la efectividad de los derechos y deberes individuales y sociales, y cumplir y hacer cumplir la Constitución y la Ley.

Los derechos y garantías que consagra esta Constitución, deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona.”.

El artículo 17 consagra la garantía de “observancia de la ley” que es pieza fundamental en el Estado de Derecho, afianzando el deber que tienen las autoridades instituidas de cumplirla y hacerla cumplir. En este sentido, **no se entiende como el cumplimiento de una norma vigente, como es el artículo 211-A del Código de Recursos Minerales, pudiera implicar la infracción de esta garantía constitucional, sobre todo si se tiene en consideración que dicha norma fue introducida por una ley formal (la Ley 27 de 4 de mayo de 2015) que permanece vigente hasta la actualidad.**

El demandante menciona que los numerales 1, 2 y 7 del artículo 211-A del Código de Recursos Minerales, adicionado por el artículo 10 de la Ley 27 de 4 de mayo de 2015, *no asegura la efectividad de los derechos de todos los concesionarios dedicados a la extracción de arena y piedra ornamental*, porque considera que dichas normas *afectan la referida actividad* (cfr. fs. 14, párrafo segundo), lo cual sugiere **un problema de “inconformidad legislativa” y no de “inconstitucionalidad”, porque lo que el accionante**

persigue es que la norma demandada no se aplique, contrario al espíritu de la garantía constitucional que se invoca.

Por su parte, el Artículo 19 de la Constitución Política establece la garantía fundamental de no discriminación, en los términos siguientes:

“Artículo 19. No habrá fueros o privilegios ni discriminación por razón de raza, nacimiento, discapacidad, clase social, sexo, religión o ideas políticas.”.

El demandante argumenta que la disposición legal atacada *favorece a determinadas personas o actividades económicas que se encuentran en idéntica situación jurídica* (cfr. fs. 14, último párrafo, a fs. 15), lo cual, a su criterio, constituye una discriminación que viola directamente, por omisión, la norma constitucional invocada, *“al establecerse un porcentaje o monto a pagar de regalías por metro cúbico desigual o distinto en perjuicio de las actividades de extracción de arena y piedra ornamental”*, consagrando, de acuerdo con el accionante, *“un privilegio o ventaja de rentabilidad a favor del resto de las actividades de extracción de minerales no metálicos, que conforman la industria en comento”* (cfr. fs. 16, párrafo primero).

Sin embargo, en el contexto de la norma impugnada, consideramos que no existe la discriminación que se alega, **porque el Estado tiene el legítimo derecho de establecer las tarifas de “regalías” por la extracción de minerales no metálicos, de acuerdo con la ley y los contratos de concesión.** Del artículo 211-A del Código de Recursos Minerales se observa que la tarifa para el pago de regalías varía en función del material extraído, relacionado, entre otros factores, con el proceso de

extracción utilizado, con el valor de mercado y con las ganancias que produce un determinado mineral no metálico, lo cual, obviamente, forma parte de las políticas públicas sobre la administración de los Bienes del Estado que deben redundar en beneficio de la Nación.

Quizás podría alegarse alguna “discriminación” en el supuesto caso de que el artículo 211-A demandado hubiese establecido un pago menor de regalías a favor de una determinada empresa o grupo de empresas que extraen *arena submarina, arena continental o piedra ornamental*, con respecto a otras empresas similares que se dedicarán a la extracción de ese mismo material mineral no metálico, en cuyo caso podríamos estar ante una ley que beneficia a unos en perjuicio de otros que se dedican exactamente a la misma actividad económica y cuya distinción fiscal no estuviera basada en elementos objetivos y razonables. Sin embargo, este no es el tema que se analiza, por lo cual se descarta la infracción constitucional invocada.

En consecuencia, tampoco tiene lugar la violación directa, por omisión, del Artículo 20 de la Constitución Política, que citamos a continuación:

“Artículo 20. Los panameños y los extranjeros son iguales ante la Ley, pero ésta podrá, por razones de trabajo, de salubridad, moralidad, seguridad pública y economía nacional, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinadas actividades a los extranjeros en general. Podrán, asimismo, la Ley o las autoridades, según las circunstancias, tomar medidas que afecten exclusivamente a los nacionales de determinados países en caso de guerra o de conformidad con lo que se establezca en tratados internacionales.”.

La citada norma constitucional establece el principio de igualdad de los panameños y extranjeros ante la ley e indica las razones por las cuales sería permisible condicionar o negar el ejercicio de determinadas actividades a los extranjeros en general. Sin embargo, no vemos en la demanda de inconstitucionalidad que se estudia, ningún argumento que sugiera que la norma legal impugnada establece algún tipo de trato discriminatorio con base a la “extranjería”, es decir, entre empresas nacionales y extranjeras, que se aparte del texto constitucional citado. Por el contrario, el accionante se refiere a un tema de “actividad comercial”, señalando que la norma acusada *“plantea una injustificada desigualdad o discriminación que coloca en desventaja a un grupo de personas (naturales y jurídicas) que se dedican a la actividad de extracción de arena y piedra ornamental, en relación a otras personas que desarrollan la misma actividad de extracción, pero de otros materiales no metálicos...”* (cfr. fs. 17, párrafo primero, línea 11 y siguientes), supuesto que nada tiene que ver con el Artículo 20 que se invoca.

El hecho de que la “actividad de extracción” abarque distintos minerales no metálicos, como bien lo reconoce el activador constitucional, implica la concurrencia de aspectos diferenciadores que motivan la distinción tributaria legal sobre el pago de regalías al Estado, puesto que no es lo mismo dedicarse a la actividad de extracción de *“arena submarina o arena continental”*, que a la de extracción de *“piedra de cantera, tosca o arcilla”*, ni tiene el mismo valor en términos comerciales, lo

cual ha de representar un margen de ingresos mayor para el Estado como legítimo titular de esos Bienes y Derechos.

Finalmente, el demandante se refiere al Artículo 52 de la Constitución Política, el cual establece lo siguiente:

“Artículo 52. Nadie está obligado a pagar contribución ni impuesto que no estuvieren legalmente establecidos y cuya cobranza no se hiciera en la forma prescrita por las leyes.”.

Este precepto constitucional consagra el principio de legalidad en materia tributaria, el cual implica que la creación, modificación y eliminación de tributos solo pueden ser establecidos mediante ley.

Sin embargo, vemos que el concepto de la infracción expuesto por el demandante se aparta de la norma constitucional invocada, haciéndolo prácticamente ininteligible. Ello es así, por cuanto que **nadie discute que el artículo 211-A del Código de Recursos Minerales que se impugna, fue aprobado mediante una ley formal, la Ley 27 de 4 de mayo de 2015, ajustándose así al principio de legalidad impositiva.** En este orden, lo argumentado por el accionante, sobre la “conveniencia” de aplicar las leyes y modificaciones anteriores que establecían cargas tributarias menores y exoneraban del pago de regalías a favor del Estado en las actividades de extracción de minerales no metálicos, manteniendo únicamente la contribución de los derechos municipales, a su criterio, en beneficio de la inversión privada (cfr. fs. 21, párrafo 4), **no es más que un argumento que pretende objetar la “política pública tributaria nacional” establecidas en las leyes del país, amparada en la potestad tributaria que ejerce**

privativamente el Estado. Así las cosas, los argumentos del accionante se adecúan a un asunto de “conveniencia y oportunidad legislativa”, por ende, completamente alejado de la pretensión de inconstitucionalidad que se ejerce.

B. Análisis del concepto de infracción de los Artículos 245 y 246

Numeral 5 de la Constitución Política.

El argumento principal de la demanda de inconstitucionalidad que se estudia, radica en la supuesta concurrencia de normas legales que estarían gravando, con el mismo tributo, la misma actividad económica. Así lo expresa el accionante, indicando que *“el cobro de regalías que realizan los Municipios, por extracción de minerales no metálicos, está fundamentado en las facultades que le otorga la Ley 106 de 1973 sobre Régimen Municipal”* (cfr. fs. 22, penúltimo párrafo), en razón de las cuales se *“autoriza a los municipios a establecer un tributo por delegación, sobre la actividad dedicada a la extracción de minerales no metálicos..., por lo que el cobro de un tributo nacional sobre lo mismo, produce automáticamente una doble tributación”* (cfr. fs. 23, párrafo segundo).

El demandante fundamenta su argumento de inconstitucionalidad en la supuesta violación directa, por omisión, de los Artículos 245 y 246 Numeral 5 de la Constitución Política, que transcribimos a continuación:

“Artículo 245. Son municipales los impuestos que no tengan incidencia fuera del Distrito, pero la Ley podrá establecer excepciones para que determinados impuestos sean municipales a pesar de tener esa incidencia. Partiendo de esa base, la Ley establecerá con la debida separación las rentas y gastos nacionales y los municipales.”.

“Artículo 246. Serán fuentes de ingreso municipal, además de las que señale la Ley conforme al artículo anterior, las siguientes:

1....

... ..

5. Los derechos, determinados por la Ley, sobre extracción de arena, piedra de cantera, tosca, arcilla, coral, cascajo y piedra caliza.

... ..

9....”. (La negrita es nuestra).

La Procuraduría de la Administración no comparte el cargo expresado por el demandante, por las razones que explicamos a continuación:

1- El Artículo 245 de la Constitución Política consagra el **principio rector en materia de tributación municipal, de manera que únicamente pueden gravarse con impuestos municipales las actividades que no tengan incidencia fuera del Distrito.** Sin embargo, la norma constitucional permite que puedan establecerse excepciones a este principio, a fin de **adicionar o crear contribuciones e impuestos municipales con respecto a ciertas “actividades o negocios” que teniendo incidencia fuera del Distrito, no obstante, pudiesen también constituir “fuentes de ingreso municipal” conforme lo establezca la ley.**

Un supuesto de excepción lo consagra el Artículo 246 Numeral 5 de la Carta Magna, que establece como fuente de ingreso municipal, la explotación de recursos minerales relacionados con *“los derechos, determinados por la Ley, sobre extracción de arena, piedra de cantera, tosca, arcilla, coral, cascajo y piedra caliza”*, la cual **constituye una actividad de incidencia nacional.**

2- Obsérvese que la norma constitucional que se analiza **remite a la ley**, para la determinación de aquellos “derechos” que deberán pagarse a los municipios por la extracción de minerales no metálicos.

En este orden, la ley que reglamenta la exploración y explotación de minerales no metálicos es la Ley 109 de 8 de octubre de 1973, en donde **se establecen los “cánones” y “regalías” que deben pagarse en razón de los contratos de concesión otorgados para la exploración y explotación de los minerales no metálicos, incluyendo también el pago de los respectivos “derechos municipales”** que determine la ley (cfr. arts. 16 de la Ley 109 de 8 de octubre de 1973, según fue modificado por el artículo 11 de la Ley 27 de 4 de mayo de 2015).

A su vez, el pago de los “derechos municipales” que ocasionan la actividad de *“extracción de arena, piedra de cantera, tosca, arcilla, coral, cascajo y piedra caliza”*, se encuentran definidos en dos leyes principales: - La Ley 55 de 10 de julio de 1973, sobre administración, fiscalización y cobro tributos municipales, estableciéndose una tarifa variable en función del material extraído, según se trate de los distintos tipos de arena (submarina, continental, de playa), grava, piedra (incluyendo el tipo “ornamental”), tosca y arcilla (cfr. artículo 33 de la Ley 55 de 10 de julio de 1973, según fue modificado por el artículo 3 de la Ley 32 de 9 de febrero de 1996). - Y en la Ley 106 de 8 de octubre de 1973, sobre “Régimen Municipal”, en su Título II regulatorio de la “Hacienda Municipal”, que establece, entre los múltiples “impuestos y contribuciones” que componen el Tesoro Municipal (Capítulo II y III), lo relativo a “los derechos que determine la Ley, sobre extracción de

arena, piedra de cantera, tosca, arcilla, coral, cascajo y piedra caliza” (cfr. sus artículos 72 numeral 8; 74 y 75 numeral 15), obviamente, **reconociendo que dicha actividad económica genera diversas especies de tributos a favor del Estado, de los cuales la Constitución Política ha previsto anticipadamente tengan también beneficios los entes municipales.**

3- La extensión de estos beneficios tributarios que la Constitución y la Ley prevén a favor de los Municipios, no debe confundirse con **las “regalías” que deben pagar a favor del Estado los concesionarios de explotaciones mineras**, conforme lo establecido en los respectivos contratos de concesión, en la Ley 109 de 8 de octubre de 1973 y en las disposiciones del Libro V (Disposiciones Fiscales), Título II (Cánones Superficiales y Regalías), del Código de Recursos Minerales (aprobado por el Decreto Ley 23 de 22 de agosto de 1963), dentro del cual se encuentra la norma legal impugnada correspondiente al artículo 211-A, adicionada por la Ley 27 de 4 de mayo de 2015.

De acuerdo con el artículo 212 del Código de Recursos Minerales, dichas regalías, ya sea en especie o en dinero en efectivo, se expresan como “un porcentaje de la producción bruta negociable”, cuyo cálculo se sustenta conforme lo establecido en el artículo 323 literal p), del citado Código, de la siguiente manera:

"Artículo 323. Para los efectos de este Código, los siguientes términos tendrán el significado que a continuación se indica:

...

p) Producción Bruta Negociable: para el cálculo de las regalías pagaderas en especie: es la cantidad de mineral producido por el concesionario

después de deducir las cantidades que se pierdan, destruyan o sean consumidas durante el proceso de minado, transporte o beneficio, lo que se extraiga forzosamente en relación con la extracción de otro mineral y que no tenga valor comercial en las cantidades producidas y las que no sean recuperables como resultado de una pérdida permitida.

Para el caso específico del cálculo de las regalías pagaderas en efectivo: la producción bruta negociable es la cantidad recibida por los productos minados y vendidos en el ejercicio fiscal, después de deducir las ventas brutas, los gastos de transporte y otros gastos deducibles de ventas brutas para determinar ventas netas de acuerdo a los principios y normas de contabilidad generalmente aceptados."

(Aparece según fue modificado por el artículo 19 de la Ley 3 del 28 de enero de 1988).

Como puede verse, **las regalías constituyen la contraprestación económica que los concesionarios deben satisfacer a favor del Tesoro Nacional por la extracción de minerales, las cuales se calculan, en el caso del artículo 211-A que se impugna, de acuerdo con la cantidad y clase del mineral extraído, sin que pueda confundirse dicho concepto, como erróneamente hace el demandante, con otros tributos y contribuciones nacionales y municipales que también deben ser satisfechos, conforme lo establezca la ley, que es el instrumento fundamental por el cual debe regirse íntegramente la actividad minera, quedando, obviamente, completamente vedada cualquier referencia al "régimen municipal", cuyas autoridades carecen de potestad para reglamentar ninguno de los aspectos relacionados con la explotación minera y menos aún lo relativo a los gravámenes que dicha actividad genera a favor del Estado.**

4- De manera que es falsa la afirmación que hace el demandante, sobre que *“el único impuesto autorizado constitucionalmente en materia de extracción de minerales no metálicos..., lo es el impuesto de extracción de arena, cascajo, piedra de cantera, coral, piedra caliza, arcilla y tosca, que corresponde a los Municipios”* (cfr. fs. 23 último párrafo). Y no podría ser de esa forma, bajo ningún concepto, porque **los minerales y las riquezas del subsuelo en general pertenecen a la Nación y no a los Municipios, puesto que constituyen “Bienes y Derechos del Estado”, cuya exploración y explotación no busca un beneficio meramente privado, sino que responde al “bienestar social y al interés público”,** conforme lo establece la Constitución Política en las normas siguientes:

“Artículo 257. Pertenecen al Estado:

1.

...

5. Las riquezas del subsuelo, que podrán ser explotadas por empresas estatales o mixtas o ser objeto de concesiones o contratos para su explotación según lo establezca la Ley. Los derechos mineros otorgados y no ejercidos dentro del término y condiciones que fije la Ley, revertirán al Estado.

6. Las salinas, las minas, las aguas subterráneas y termales, depósitos de hidrocarburos, las canteras y los yacimientos de toda clase que no podrán ser objeto de apropiación privada, pero podrán ser explotados directamente por el Estado, mediante empresas estatales o mixtas, o ser objeto de concesión u otros contratos para su explotación, por empresas privadas. La Ley reglamentará todo lo concerniente a las distintas formas de explotación señaladas en este ordinal.

...”.

“Artículo 259. Las concesiones para la explotación del suelo, del subsuelo, de los bosques y para la utilización de agua, de medios de comunicación o transporte y de otras empresas de

servicio público, **se inspirarán en el bienestar social y el interés público.**". (La negrita es nuestra).

C. Análisis del concepto de infracción del Artículo 298 de la Constitución Política.

Finalmente, el demandando se refiere a la violación de los principios de la libre competencia económica y la libre concurrencia en los mercados, establecido en el Artículo 298 de la Constitución Política, el cual establece lo siguiente:

"Artículo 298. El Estado velará por la libre competencia económica y la libre concurrencia en los mercados. Las leyes fijarán las modalidades y condiciones que garanticen estos principios."

De acuerdo con lo planteado por el accionante, la prohibición establecida en el penúltimo párrafo de la norma legal impugnada *"limita o impide la competencia en los mercados, a todos los concesionarios dedicados a la actividad de extracción de minerales no metálicos"* (cfr. fs. 25, último párrafo), según menciona el demandante, *"al establecerse una condición o modalidad que impide trasladar las sumas pagadas en concepto de regalías a las siguientes etapas de comercialización, que incluyen distribución y consumidor final, lo que incide en la libre fijación de los precios y en la libertad de competencia de los mercados"* (fs. 26, párrafo cuarto).

Los artículos 9 y 10 de la Ley 45 de 31 de octubre de 2007, se refieren a los conceptos de "libre competencia económica" y "libre concurrencia" consagrados en la citada norma constitucional, en los términos siguientes:

“Artículo 9. Libre competencia económica. Se entiende por libre competencia económica **la participación de distintos agentes económicos en el mismo mercado pertinente, actuando sin restricciones ilícitas en el proceso de producción, compra, venta, fijación de precios y otras condiciones inherentes a su actividad económica.**

Para los efectos de esta Ley, se considera un solo agente económico el conjunto de personas jurídicas de Derecho Privado que estén controladas por un mismo grupo económico”.

(La negrita es nuestra).

“Artículo 10. Libre concurrencia. Se entiende por libre concurrencia la posibilidad de **acceso de nuevos competidores al mismo mercado pertinente.”.**

(La negrita es nuestra).

Conforme a las disposiciones de los artículos 9 y 10 citados, no se aprecia en qué medida la prohibición de *trasladar las sumas pagadas en concepto de regalías, a las etapas de comercialización*, establecida en el penúltimo párrafo del artículo 211-A del Código de Recursos Minerales que se impugna, violente los principios enunciados, puesto que **la medida no es discriminatoria, sino que se aplica por igual a todos los que desarrollan la actividad de extracción de minerales no metálicos, de modo que no se afecta la competencia y participación entre los agentes económicos del propio mercado** (cfr. art. 9 *ut supra*).

La garantía de “libertad económica” que implica la prerrogativa que tiene cualquier individuo de acudir libremente al mercado a ofrecer bienes y servicios en condiciones de igualdad y asegurar con ello una sana competencia entre los proveedores de dichos productos y servicios, **no puede limitar la intervención del Estado para procurar la protección**

del interés público, como bien lo reconoce el artículo 1 de la Ley 45 de 2007, a saber:

“Artículo 1. Objeto. La presente Ley tiene por objeto proteger y asegurar el proceso de libre competencia económica y la libre concurrencia, **erradicando las prácticas monopolísticas y otras restricciones** en el funcionamiento eficiente de los mercados de bienes y servicios, para **preservar el interés superior del consumidor.**” (La negrita es nuestra).

El artículo 5 de la citada ley establece el precepto según el cual los actos o acuerdos que incrementen la “eficiencia económica” no se consideran violatorios de los principios de libertad económica y libre concurrencia, en cuanto encuentran **justificación en los objetivos comunes de “reducción de precios” y “aumento de calidad sin aumento de precios”**, conforme lo establece el Decreto Ejecutivo 8-A de 22 de enero de 2009, “Por el cual se Reglamenta el Título I (del monopolio) y otras disposiciones de la Ley No. 45 de 31 de octubre de 2007” (cfr. artículo 5, tercer párrafo, numerales 1 y 2 del citado Decreto Ejecutivo).

En este orden, **no pueden considerarse “restricciones ilícitas” las intervenciones estatales legítimas, a través de normas legales, que tienden a erradicar y prevenir las prácticas monopolísticas, las concentraciones económicas y otros actos de los agentes económicos que pudieran afectar el interés público y superior del consumidor, siendo este último aspecto el que, en definitiva, engloba la finalidad de la norma legal impugnada.**

artículo 10 de la Ley 27 de 4 de mayo de 2015. Así se observa desde el encabezado de la demanda y en su párrafo inicial (cfr. fs. 1), en el párrafo introductorio a la “transcripción literal de la disposición legal impugnada” (cfr. fs. 2, líneas 16-18), en la “solicitud” final elevada a los Honorables Magistrados (cfr. fs. 26, último párrafo), y, en general, a lo largo de todo el libelo. Sin embargo, al transcribir la norma legal impugnada (cfr. fs. 2), requisito fundamental de esta acción (cfr. artículo 2560 numeral 1 del Código Judicial), el demandante cita la Ley 27 de 4 de mayo de 2015, “que reforma el Código Fiscal y dicta otras disposiciones”, y transcribe el contenido del artículo 10 de dicha ley, en lugar de **referirse directamente al artículo 211-A del Código de Recursos Minerales, esta última que corresponde a la norma legal impugnada.**

Debemos tener presente que cuando se modifican y/o adicionan artículos a un Código Nacional, la norma modificatoria y/o que adiciona entra a formar parte del cuerpo jurídico al cual adiciona o modifica, de modo que es en dicho contexto jurídico más especializado dentro del cual ha de interpretarse el alcance, eficacia y validez de las nuevas normas jurídicas.

Lo anterior cobra relevancia en el marco del artículo 2561 del Código Judicial que exige especificar en la demanda de inconstitucionalidad “el número y fecha de la respectiva Gaceta Oficial” en donde fue publicada la ley que se considera inconstitucional, a fin de suplir el requisito de tener que acompañar la “copia debidamente autenticada” de dicha ley. La referencia a este requisito aparece en la página tercera del libelo (cfr. penúltimo párrafo de la fs. 3, aunque se advierte que dicha página no fue foliada debidamente),

Con relación al principio constitucional de la “libre competencia”, definido en función del derecho de acceso que tienen todos a realizar la actividad económica que deseen y a participar en el mercado en igualdad de circunstancias, sin más limitaciones que las establecidas en la Constitución y en la ley, **tampoco se observa que la norma impugnada restrinja el acceso de nuevos competidores al mismo mercado de extracción de minerales no metálicos (cfr. artículo 10 de la Ley 45 de 2007), porque no estamos ante una disposición legal discriminatoria, por el contrario, el penúltimo párrafo del artículo 211-A que se analiza, se aplica por igual a todos los agentes económicos participantes de la actividad extracción de minerales no metálicos.**

Sobre el particular, el fallo de 23 de mayo de 2014, proferido por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, adopta una posición similar, según se aprecia en el párrafo siguiente:

“Estas ideas nos permiten señalar, que las limitantes que se establecen en la norma atacada de inconstitucional, **no impiden que de forma absoluta se concurra al mercado** y, consecuentemente, se establezcan los precios que son el resultado de la libre oferta y demanda. **Además, el contenido del artículo 1 del Decreto Ejecutivo 611 de 2010, no sólo aplica para los productos de British American Tobacco Panama, S.A., sino que se trata de una regla que opera para todas las partes relacionadas al tema de los productos del tabaco; denotando aquella igualdad de reglas que establece el propio artículo 298 de la Constitución Nacional.**

Por tanto, no se evidencia que de forma absoluta se impida a compradores y vendedores concurrir al mercado, y seguir estableciendo las políticas necesarias para atraer a sus clientes.”.


(La negrita es nuestra).

Para concluir, es preciso indicar que las reflexiones anteriores son cónsonas con el principio constitucional del **Artículo 282 de la Carta magna**, según el cual, si bien el ejercicio de las actividades económicas corresponde primordialmente a los particulares, **el Estado podrá orientarlas, dirigirlas, reglamentarlas, reemplazarlas o crearlas, según las necesidades sociales, con el fin de acrecentar la riqueza nacional y de asegurar sus beneficios para el mayor número posible de los habitantes del país.**

III. Concepto.

Por las razones expuestas, la Procuraduría de la Administración recomienda a los Honorables Magistrados del Pleno de la Corte Suprema de Justicia declarar que **no son inconstitucionales** los numerales 1, 2, 7, y el penúltimo párrafo del artículo 211-A del Código de Recursos Minerales, según fue adicionado por el artículo 10 de la Ley 27 de 4 de mayo de 2015.

Del Honorable Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General