

JORGE LAVANDERO ILLANES

**Una Política para
el Cobre Chileno**

© Jorge Lavandero Illanes
© Impresos Prólogo Limitada
Primera Edición Octubre 2004
Registro de Propiedad intelectual N° 142.040
ISBN 956-299-339-6

Diagramación e Impresión
Prólogo Limitada
San Francisco 965 - Santiago
Fono: 635 17 21 - Fax: 665 59 16

Impreso en Santiago de Chile

INDICE

Presentación	1
Prólogo Armando Uribe	5
Prólogo Juan Guillermo Espinosa	9
Senador Jorge Lavandero Illanes	13
Senador Jaime Orpis Bouchon	43
Senadora Carmen Frei Ruiz-Tagle Un debate necesario: royalty minero y desarrollo sustentable	49
Senador Baldo Prokurica P.	61
Senador Ricardo Núñez Muñoz Un royalty para Chile y sus regiones mineras	71
Ministro de Minería Alfonso Dulanto R.	103
Abogado Alfonso Laso Barros Algunos elementos jurídicos del royalty a la minería	107
Abogado Sergio Hernández Núñez La discusión sobre el royalty a la minería	123
Abogado Renán Fuentealba Moena La gran minería del cobre y el royalty	133
Abogado Héctor Vega Tapia Royalty Minero	139
Abogada Mónica Madariaga Gutiérrez El royalty o regalía minera, ¿Impuesto o renta del Estado de Chile?	153

Abogado y Diputado Eduardo Saffirio S.	159
Estudio sobre la constitucionalidad del royalty encargado por el Ministerio de Minería a los abogados Mario Verdugo Marinkovic, Alberto Naudon del Río, Emilio Pfeffer Urquiaga	163
Estudio sobre royalty Corporación Representa	167
Propuestas de royalty para un debate serio, minuta y Proyecto de Ley sobre el royalty	168
Presentación al Presidente de la República, Don Ricardo Lagos E. por los Senadores: Jorge Lavandero, Carmen Frei y Ricardo Núñez del Proyecto de Ley que establece un tributo especial de afectación regional por la explotación de recursos mineros.	207

PRESENTACIÓN

El Senado de la República, en sesión del día 8 de Marzo del año 2003, acordó la creación de una Comisión Especial para el Estudio de la Tributación de las Empresas de la Gran Minería Privada, haciéndose eco de una inquietud nacional sobre el real alcance del aporte de dicha actividad minera al desarrollo del país. Se designó como Presidente de la comisión, por la unanimidad de la sala, al Senador Sr. Jorge Lavandero Illanes.

Tras el trabajo de más de un año de deliberaciones, análisis, audiencias y presentaciones de expertos sobre la materia, la Comisión presentó al pleno del Senado su informe sobre la labor realizada y, en sesión especial del día 7 de julio del presente año, se discutió por los Srs. Senadores la proposición de recomendaciones, a la vez que se acordó poner en conocimiento de S.E. el Presidente de la República, tanto el texto del Informe evacuado por la Comisión Especial, sus anexos y los acuerdos del Senado.

La presente publicación tiene por objeto divulgar a la comunidad nacional, los antecedentes, análisis, ponencias y recomendaciones contenidas en el informe evacuado por la Comisión Especial de Tributación de la Gran Minería Privada, y a la vez hacer un aporte a la conciencia de todos los chilenos, sobre la importancia que representa para el país la explotación de los recursos nacionales no renovables, el aporte tributario que hacen las empresas extractoras que han sido beneficiadas con las concesiones de explotación de los yacimientos mineros y, por sobre todo, las orientaciones que debería tener una política coherente para la explotación racional y en beneficio de todos nuestros compatriotas de dichos recursos.

El marco conceptual en que se insertó el trabajo de la Comisión, está dado por el dominio patrimonial pleno que detenta el Estado sobre los recursos naturales no renovables de la minería, consagrado en nuestra Constitución Política y en la ininterrumpida doctrina de Estado de defensa de dichos recursos a lo largo de sucesivos gobiernos de distinta adscripción política, todo ello a partir de los procesos de Chilenización del Cobre, del Presidente Frei Montalba, de Nacionalización Plena del Presidente Allende Gossens y de reafirmación del derecho del Estado sobre los recursos mineros ratificados por la Reforma Constitucional de 1980 del Gobierno Militar.

La doctrina de la defensa por parte del Estado de los recursos naturales no renovables, que también está consagrada mundialmente por las Naciones Unidas, ha sido objeto de manifestaciones explícitas de nuestros gobernantes, particularmente en momentos en que se ha pretendido aprobar normas que debilitan tal concepto. Así, por ejemplo, durante la discusión del actual texto constitucional por la Comisión Constituyente (Comisión Ortúzar), el Presidente de ella dejó especial constancia que el Gobierno Militar había comisionado al Profesor Sr. Carlos Hoffman* para que concurriera a Naciones Unidas «para asegurar que no había ningún propósito» de enajenar parte de los yacimientos mineros de propiedad estatal, todo ello a raíz de una real preocupación del Ministerio de Relaciones Exteriores, frente a proyectos tanto de reforma de la Constitución y de ley que la Junta de Gobierno rechazó y que buscaban tal debilitamiento (Sesión 171, Págs. 3 y 4 Actas Oficiales de la Comisión Constituyente).

Las conclusiones a las cuales arribó la Comisión Especial para el estudio de la Tributación de la Gran Minería Privada, fueron aprobadas, en su mayoría, por la unanimidad de sus miembros. Solo escapó a dicho grado de consenso aquella que dice relación con la necesidad de aplicar un Royalty a la extracción de productos mineros, la cual fue sancionada por 4 votos contra uno.

Dichas conclusiones dicen relación con la necesidad de disponer de una política nacional para la explotación, producción y exportación del cobre; con la necesidad de incentivar los procesos de agregación de valor a la extracción de cobre, mediante la refinación en Chile; con la urgente legislación y acción gubernamental para cerrar aquellas brechas tributarias que hoy permiten que las empresas privadas de la gran minería del cobre tributen en forma casi nula a pesar de representar más del 65% del total de la producción nacional y; a dar satisfacción a los anhelos de la inmensa mayoría nacional de aplicar un Royalty a la extracción de un recurso no renovable de propiedad de todos los chilenos como es la minería.

Dentro del marco del trabajo desarrollado por la Comisión, es imperioso agradecer, en primer lugar a todos los colegas Senadores de los distintos partidos políticos e institucionales que permitieron crear por unanimidad la instalación de esta Comisión Especial. En particular, a aquellas Sras. y Sres. Senadores

*Profesor Derecho minero, actual Secretario del Senado de la República

integrantes de la Comisión, los que dedicaron largas horas de trabajo al análisis y discusión de nuestros temas, con altura de miras y visión de país. Es necesario también señalar y hacer presente el valioso aporte de diversas personalidades y especialistas en el campo de la minería y tributación minera que, con sus conocimientos especializados, enriquecieron nuestros debates. Me es imposible de dejar de mencionar entre otros, a Don. Carlos Tomic, Julián Alcayaga, Héctor Vega, Orlando Caputo, Manuel Riesco, Hugo Fazio, Juan Guillermo Espinosa, Hugo Latorre, Felipe Portales, Sergio Hernández y Alfonso Laso. Valoramos también, en todo su alcance, las opiniones de destacados constitucionalistas y profesores de Derecho de Minería tenidas presente al momento de nuestras deliberaciones, tales como Mario Verdugo, Emilio Pfeffer, Alberto Naudón, Armando Uribe y Mónica Madariaga.

Las profesionales y expertos mencionados han contribuido, mediante consistentes informes jurídicos y económicos a hacer consenso sobre la legitimidad del derecho del Estado de Chile a percibir una compensación por la extracción por particulares de nuestros recursos no renovables de la minería, aspiración que por décadas fue cuestionada y sumergida en disquisiciones legales que buscaban ocultar tanto el texto expreso de nuestra Carta Fundamental como su espíritu. Es nuestro más íntimo anhelo, como legislador y chileno, que las futuras generaciones logren dimensionar apropiadamente, la importancia que para el desarrollo sustentable del país tiene el cobre y la minería chilena. Igualmente, debe ser un imperativo moral que se valore con justicia a aquellos representantes de la soberanía nacional que anteponen el interés de Chile por sobre aquellos de empresas foráneas.

Jorge Lavandero Illanes

PROLOGO ARMANDO URIBE¹

LA GRAN MINERÍA DEL COBRE Y EL ROYALTY

Los yacimientos mineros o minas tienen, en la Constitución de 1980 (como - desde el 71- en la de 1925) un tratamiento jurídico sui géneris, especial y distinto al de todos los demás bienes que existen en Chile. «El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas». No se concibe una propiedad más extrema que ésta del Art. 19 núm. 24 inc. 6^a.

Una larguísima historia legislativa casi sin interrupciones, llevó a esta declaración de dominio del Estado respecto de las minas. El Art. 591 del Código Civil, reproducido como Art. 1^o por los Códigos de Minería, decía que « El Estado es dueño de todas las minas». Esto venía del Derecho colonial que recogía las normas de las Edad Media española, con raíces más antiguas aun. Las minas son de mi Real Corona, declaraba el monarca; y tal era entonces lo que con la República pasó a ser el Estado.

La ley suprema en Chile elevó desde 1971 hasta el presente el rango de tales bienes, minas o yacimientos mineros, a disposición máxima constitucional . El inciso siguiente entrega a ley orgánica constitucional determinar las substancias minerales que «pueden ser objeto de concesiones de exploración o de explotación». Hay que subrayar el «pueden».

Es el Estado a través del Poder Judicial el que constituye, por proceso y resolución judicial, la concesión a personas que no son el Estado mismo.

Se advierte que los tres poderes del Estado, de distinta manera, se hallan en la base de la existencia de concesiones mineras.

Las concesiones de explotación, susceptibles de róyalty, dan, entre otras, la facultad principal de «hacerse dueño de todas las sustancias minerales que extraiga», siempre que sean concesibles y estén comprendidas dentro de los límites de su concesión judicialmente constituída (Art. 11 núm. 2 de la Ley

¹ Profesor Extraordinario de Derecho de Minería (U. de Chile), ex Profesor titular de la Universidad de París, I- Sorbona (1974-1998), Premio Nacional de Literatura 2004.

Orgánica Constitucional de 1981, en vigencia desde 1983). Es un derecho exclusivo: Hacerse dueño de los minerales que extraiga.

Tiene derecho de dominio sobre la concesión. La Ley Orgánica Constitucional lo repite varias veces. Sobre la concesión, que le da facultad de «hacerse dueño» de los minerales que extraiga.

No tiene derecho de dominio sobre el yacimiento o mina que pertenece al Estado y éste no lo puede jamás perder.

Coexisten en la minería chilena el dominio absoluto etcétera del Estado con el de hacerse dueño el concesionario de los minerales, bienes muebles, que efectivamente extraiga, arranque materialmente de la mina, bien inmueble.

Al dominio del Estado sobre las minas del Art. 19 núm. 24 inc.6º, se agrega una disposición constitucional relativa a la gran minería del cobre: la 3ª transitoria de la Constitución. De ese modo ella separa un cierto tipo de minas por su importancia extrema en cuanto a la capacidad y contenido del yacimiento y a las toneladas muy altas que pueden ser explotadas por el concesionario. «La gran minería del cobre y las empresas consideradas como tal, nacionalizadas (...) continuarán rigiéndose por las normas constitucionales vigentes a la fecha de la promulgación de esta Constitución». Ello significa la perduración de las empresas mineras que fueron nacionalizadas el 71; además de añadir que la gran minería del cobre, en sí misma, intrínsecamente está sujeta constitucionalmente a situación especial, frente a todas las minas. Distingue entre «la gran minería del cobre y las empresas consideradas como tal». La «y» lo establece de manera gramaticalmente indudable. La gran minería del cobre tiene un estatuto propio en la Constitución que, a lo menos, la haría nacionalizable. Se puede decir que la Constitución discrimina a su respecto, en términos que no se aplican a ningún otro bien sobre cuyo estatuto jurídico máximo la Constitución dictamina. Aquella disposición transitoria está en plena vigencia.

Por ello, establecer por ley una regalía al producto que extraiga el concesionario de mina o yacimiento de gran minería del cobre tiene el fundamento constitucional más poderoso. El constituyente de 1971 como el de 1980 hasta hoy día lo deciden porque entonces, como ahora, el cobre es explotado en los yacimientos de gran minería que han sido y son la principal riqueza económica de Chile. Esto es obvio.

La necesidad de examinar el cumplimiento de las leyes vigentes por parte de las empresas de gran minería del cobre se hizo patente para la opinión pública a propósito del escándalo el 2002 de la venta de la Disputada en más de mil millones de dólares, en circunstancias de que la empresa respectiva no había pagado los impuestos legales durante más de dos décadas. La empresa había siempre declarado pérdidas anuales, utilizando subterfugios que afectan gravemente la buena fe.

Los «contrato-ley» que supondrían el realizar inversiones mineras conforme al decreto-ley 600 deben, según nuestro derecho, cumplirse de buena fe. Las empresas de gran minería están obligadas a esta norma. Su interpretación de las leyes que las rigen implica violación del «contrato-ley» lo cual es exigible a ellas por el Estado.

La Ley no es sólo su letra, como prescribe el Código Civil en sus reglas sobre interpretación de las leyes. A propósito de tales «contrato-ley», cabe además decir que ellos jamás podrían pretender alterar disposiciones de la Constitución, como el Art. 19 núm. 24 inc.6º y la disposición transitoria 3ª, en que se funda el derecho del Estado de establecer una regalía o róyalty a la explotación por concesionarios mineros de yacimientos o minas de gran minería del cobre. ¿O se pretende que tales «contrato-ley» tengan rango constitucional?

Se ha llegado in extremis a pretender que la ley orgánica constitucional sobre concesiones mineras establece una «concesión plena» sobre el yacimiento y un «dominio subsidiario» del Estado sobre las minas. Esas expresiones no aparecen en la ley orgánica. Fueron introducidas en un Informe Técnico publicado como «prólogo», sin fuerza legal, al intento de extender los derechos del concesionario, cuando hay expropiación de su empresa (lo que, como dijimos, no ha tenido prácticamente ejecución) . El argumento respectivo, que es ad absurdum, no es pertinente en cuanto a establecer regalía o róyalty. El Derecho entiende las cosas por lo que son jurídicamente. Por eso el róyalty no es impuesto.

Las empresas de gran minería del cobre tienen diversos propietarios de las respectivas concesiones para explorar y explotar. La más grande de ellas es la chilena Codelco. La disposición legal que establezca róyalty es uniforme para todas ellas, cualquiera sea la nacionalidad de ellas y de sus beneficiarios.

Hay que admitir que lo precedente es árido. «Arido» es el nombre de los materiales rocosos naturales. Todo lo anterior trata de presentar la situación constitucional y legal de la gran minería del cobre en Chile conforme a la naturaleza de las cosas, las normas y las palabras de la ley. También conforme al sentido común que la opinión pública, en grandísima proporción, expresa en cuanto al dominio del Estado sobre las minas, el carácter de la mayor riqueza del país que tiene la gran minería del cobre, y de la justicia de establecer una regalía o róyalty a los concesionarios que la explotan.

Todo ello de buena fe y ad honórem.

PROLOGO JUAN GUILLERMO ESPINOSA²

Pocas veces se ha realizado un estudio tan acucioso y detenido, de un sector productivo nacional – en este caso la Gran Minería del Cobre en Chile - como el que ha realizado la Comisión Especial del Senado de Chile, que ha investigado, reunido antecedentes y profundizado en un tema de la mayor importancia nacional.

Como resultado de este estudio, se me ha pedido prologar las excelentes Presentaciones de los Senadores Carmen Frei, Jorge Lavandero, Ricardo Nuñez, Jaime Orpis, y Baldo Prokurica, más las contribuciones de los destacados especialistas Renán Fuentealba, Alfonso Laso y Héctor Vega que forman la parte medular de esta publicación. He aceptado con mucho agrado, y como un gran honor elaborar esta líneas, ya que estoy convencido de que los antecedentes que aquí se entregan pasarán a constituir un documento base de gran trascendencia para la formulación de una Política Minera para Chile, que es una necesidad imperiosa, a la luz de la trayectoria recorrida por nuestro país en esta materia a lo largo del Siglo XX y, además, por la posición que hemos llegado a ocupar a nivel mundial a partir del desarrollo de este sector en los últimos años.

En efecto, a partir de los antecedentes entregados oficialmente por la Comisión Chilena del Cobre (COCHILCO), al año 2003 Chile fue responsable del 36% de la producción mundial de cobre, lo cual lo hace ocupar de lejos el primer lugar entre las naciones cupreras del mundo, seguido por Estados Unidos, que es responsable sólo del 8% de la oferta mundial. Incluso, esta alta participación de Chile se incrementará este año 2004, gracias a un aumento de casi 10% en la producción, lo que significará llegar a ofrecer en el mercado internacional alrededor de 5,4 millones de toneladas de este metal.

El peso que ha adquirido Chile en el mercado mundial del cobre, queda en evidencia al revisar lo que pasaba tan sólo catorce años atrás cuando el país producía 1,6 millones de toneladas en 1990, frente a los 4,9 millones a que se ha llegado en el año 2003, es decir, la industria se ha multiplicado poco más de tres veces en un lapso de tiempo relativamente breve.

² Ingeniero Civil, U. de Chile, Doctor en Economía, U. de Cornell – U.S.A.

Este fuerte aumento de la oferta chilena de cobre, se debe a la entrada en explotación de grandes yacimientos privados y a un aumento menor en los niveles de producción de CODELCO. Lo anterior, ha significado que la minería privada dejó de ser minoritaria en la producción interna y pasó a representar casi dos tercios de la producción nacional, ya que de acuerdo con la información de COCHILCO, en 1994 CODELCO producía el 51% del cobre chileno (tan solo 10 años atrás), mientras que ahora en el año 2003, esa cifra se redujo a sólo un 34% del total nacional.

La cuestión determinante y de fondo en esta evolución, y que el Senador Jorge Lavandero ha venido planteando desde hace más de 10 años, es que la contribución que la gran minería del cobre ha estado haciendo al desarrollo nacional, ha sido muy inferior a lo esperado, a pesar de los altos precios del cobre del último tiempo.

Del atrasado examen que hoy se realiza de la situación cuprera nacional, se observa que el régimen tributario que rige para este sector es altamente favorable, en términos comparativos, al que tienen los demás países productores y exportadores de cobre y, además, se ha podido deducir también que se incurrió en una increíble omisión en los contratos leyes establecidos en el Gobierno Militar, esto es, que Chile no ha estado cobrando ningún royalty por sus recursos naturales no renovables de carácter minero, a diferencia de lo que hacen la casi totalidad de los demás países productores, especialmente los más desarrollados (Estados Unidos, Canadá, Australia y otros).

Del examen realizado, se ha podido establecer además, del análisis comparativo de carácter internacional en materia de las contribuciones que la gran minería del cobre debe realizar en los países en que se desarrolla, que estas contribuciones se realizan a través de tres formas distintas y diferentes que son: en primer lugar, las patentes, que son el pago que debe realizar el beneficiario de la concesión por mantener el derecho a la concesión; en segundo lugar, el royalty o regalía, que no es un impuesto, y que es el legítimo cobro de compensación que el Estado Nacional debe obtener por el consumo, uso o extracción del recurso, por el cual se debe pagar o entregar una compensación, de otra forma se estaría entregando este recurso natural no renovable en forma gratuita; y en tercer lugar, los impuestos que son pagos obligatorios de dinero que exige el Estado a todos los individuos y empresas, con el fin de financiar los gastos propios de la administración del Estado y la provisión de bienes y servicios de carácter público, tales como la administración de justicia, gastos de defensa, subsidios y muchos otros.

Como se ha largamente señalado, tanto en el estudio realizado por la Comisión Especial del Senado, así como en múltiples otros estudios de instituciones especializadas del mundo desarrollado, todos los países del mundo cobran por el uso de sus recursos naturales no renovables y en el caso específico del cobre, solo Chile y Perú en el pasado reciente no lo hacían. Adicionalmente, este concepto ha sido reconocido y establecido oficialmente por Naciones Unidas, ya que en 1993 esta institución mundial formuló el «Sistema Revisado de Cuentas Nacionales», en donde se dictan normas y orientaciones para descontar de la producción nacional anual – a través de las Cuentas Satélites del Medio Ambiente – el consumo que se haya producido de recursos naturales no renovables, que disminuyen el acervo de capital o el patrimonio nacional de recursos naturales.

Es evidente que esta increíble omisión tarde o temprano será subsanada, mediante el cobro de una compensación por la extracción de los recursos mineros que hoy se entregan gratuitamente. A través de esta contribución o royalty, el Estado estará protegiendo un recurso no renovable que es de propiedad de todos los chilenos y que es, por lo demás, un Mandato Constitucional (Constitución de 1980), que exige a todas las autoridades públicas la obligación de cautelar el Patrimonio Nacional.

Todos sabemos que las decisiones de inversión de las empresas nacionales o internacionales, adoptan principalmente en función del nivel de rentabilidad de las alternativas existentes. Y en esto, todos los estudios internacionales indican claramente que Chile esta lejos a la cabeza de estas alternativas, dada sus importantes ventajas absolutas y ventajas comparativas relativas, que derivan de la calidad de sus minerales y de su cercanía a los Puertos de Embarque. A estas altas rentabilidades y a nuestras elevadas ventajas comparativas, se suman nuestras condiciones de estabilidad política, economía eficiente y paz social, tan importantemente apreciadas por todos los observadores extranjeros. Y así por lo demás parecen estarlo demostrando las nuevas e importantes inversiones que siguen realizando las mismas Compañías Mineras a pesar de las ruidosas discusiones que se han producido sobre estos temas en el último tiempo.

La condición de no renovable de los recursos mineros, obliga a todo el país, pensando en el futuro, a adoptar las medidas adecuadas para obtener el aporte económico al desarrollo de la Nación que la extracción de ellos significa. Los antecedentes recogidos, estudios y análisis realizados, así como las conclusiones

alcanzadas en los documentos que hoy se entregan en esta publicación a la Opinión Pública Nacional, nos hacen abrigar una sólida confianza en que pronto terminará por imponerse el bien común por sobre el individualismo sustentado en el interés particular de unos pocos. Nada justifica mantener una estructura jurídico – productiva tan injusta y desequilibrada como la que se observa en la Gran Minería del Cobre en Chile. En este sentido, este Libro contribuye a que la discusión que se haga sobre el fondo del tema llegue pronto a soluciones equitativas, justas y que contribuyan al real desarrollo de todas las partes involucradas.

Agosto, 2004

Senador

Jorge Lavandero Illanes

(Informe presentado por el Senador Jorge Lavandero Illanes a la sala del Senado como resumen del Informe de la Comisión Especial para el Estudio de la Tributación de las Empresas Mineras)

TRIBUTACIÓN DE EMPRESAS MINERAS. INFORME DE COMISIÓN ESPECIAL

El señor LARRAÍN (Presidente).- Corresponde ocuparse en el informe de la Comisión Especial encargada del estudio de la tributación de las empresas mineras, recaído en el acuerdo del Senado referido a esta materia.

—Los antecedentes sobre el informe (S 672-12))
figuran en los Diarios de Sesiones que se indican:

Se da cuenta en sesión 5ª, en 16 de junio de 2004.

El señor LARRAÍN (Presidente).- Tiene la palabra el señor Secretario.

El señor HOFFMANN (Secretario).- La Comisión Especial se originó por acuerdo de la Sala adoptado en sesión de 8 de mayo de 2003, y, para dar cumplimiento adecuado a la tarea que se le encomendó, resolvió escuchar a los representantes de las compañías de la gran minería del cobre; a los organismos del Estado que las fiscalizan y a una serie de profesionales y expertos en la materia.

En el informe de la Comisión se deja constancia de las conclusiones de cada uno de sus miembros, Senadores señora Frei y señores Lavandero, Núñez, Orpis y Prokurica.

Asimismo, sobre la base de los distintos planteamientos y opiniones dados a conocer, la Comisión arribó a dos importantes conclusiones: una referida al establecimiento de una política de Estado para la gran minería del cobre, y la otra relativa al perfeccionamiento de la fiscalización sobre empresas mineras.

Además, los integrantes de la Comisión efectuaron algunas observaciones a las conclusiones adoptadas, debiendo destacarse que la Senadora señora Frei indicó que la posibilidad de establecer un royalty ha generado un amplio consenso en la población chilena.

Los Honorables señores Lavandero y Núñez precisaron que el royalty no es un impuesto sino un derecho, razón por la cual no puede considerarse dentro de la estructura del país, y el Parlamento podrá aplicarlo en beneficio regional.

Por su parte, el Senador señor Orpis emitió un parecer contrario al establecimiento de un/royalty, por tratarse de un impuesto discriminatorio respecto de una actividad productiva en particular.

El Honorable señor Prokurica planteó que la regalía debe beneficiar a las regiones donde se produce el mineral, y ser descontable del impuesto a la renta, en el caso de los proyectos antiguos o de los que estén en ampliación.

Finalmente, la Comisión Especial propone a la Sala enviar a Su Excelencia el Presidente de la República y a los señores Ministros de Hacienda y de Minería el texto de las conclusiones que ha contemplado.

El señor LARRAÍN (Presidente).- Antes de ofrecer la palabra al Presidente de la Comisión, solicito autorización para que ingresen a la Sala los camarógrafos de la televisión del Senado para tomar imágenes de la sesión, dado el alto interés que reviste la materia que nos ocupa.

—Se accede.

El señor LARRAÍN (Presidente).- En discusión el informe de la Comisión Especial.

INTERVENCION PRESIDENTE COMISION ESPECIAL (Senador Jorge Lavanderos Illanes)

Señor Presidente, desde la época de la chilениzación y nacionalización de la gran minería del cobre, ésta es la primera vez que el Senado realiza un análisis y una discusión tan profunda sobre la minería. Se ha escuchado a la mayor parte de los actores involucrados en el tema, comenzando por las mismas empresas mineras y sus gremios, los organismos de Gobierno pertinentes, diferentes expertos y organizaciones civiles y, además, se contó con la participación activa de muchos señores Senadores.

Al respecto, quiero recordar, además, que la creación de la Comisión que presidí contó con la unanimidad de los Honorables colegas y, de ese modo, el debate desarrollado en ella pasó a ser un tema país de la más alta envergadura y trascendencia política y económica.

El informe del trabajo de la Comisión es muy extenso, debido a que en él se reflejan las intervenciones de todos quienes fueron escuchados. Por ello, hacer una síntesis de su contenido produciría una fragmentación que no daría cuenta de lo esencial que en ella se trató.

Por tal razón, he preferido hacer un resumen de los principales hitos o temas abordados y de sus discusiones, los cuales he ordenado de la siguiente manera, sin perjuicio de señalar que el 90 por ciento de las conclusiones a las que hemos arribado han sido compartidas de manera unánime por los Senadores miembros de distintas colectividades políticas.

I. LA TRIBUTACIÓN

El primer punto importante de considerar es precisamente la tributación.

La Comisión se constituyó para abordar la verdad sobre la tributación de las empresas mineras, por ello es necesario comenzar por los informes de los organismos del Estado que fiscalizan y controlan la tributación. En dicho aspecto, quedó demostrado fehacientemente por el Servicio de Impuestos Internos y la Tesorería General de la República que, sin nombrar a las empresas, entregaron un informe donde se muestra que desde 1995 a la fecha sólo una de ellas ha pagado impuesto a la renta, y otra lo ha hecho únicamente durante dos años.

Sin embargo, de las exposiciones efectuadas por las mismas empresas quedó establecido que la única que ha pagado regularmente el impuesto a la renta es Minera Escondida Ltda., mientras que Mantos Blancos lo ha hecho durante algunos años. Todas las demás, 45 empresas mineras, hasta el ejercicio de 2002 incluido, no han pagado un solo dólar de impuesto a la renta, y respecto a eso no existe ninguna duda. Es más, el Estado es el que adeuda a las empresas que no han pagado, cifra que alcanza a 2 mil 600 millones de dólares por las pérdidas tributarias acumuladas.

Esta falta de tributación, según lo expresado por las mismas empresas mineras, la SONAMI y el Consejo Minero, se debe al hecho de que no registraron utilidades tributables, por tres razones principales:

- a) La intensidad del capital invertido, que obliga a efectuar depreciaciones aceleradas muy altas en los primeros años de explotación, lo que posterga en varios más el inicio de la tributación.
- b) El bajo precio del cobre observado los últimos años, situación que ninguna empresa habría previsto al realizar su inversión.
- c) La disminución de las leyes de los minerales.

Existe además otra razón, ampliamente debatida y que no todas las empresas reconocieron como incidente en la falta de tributación, cual es el muy alto endeudamiento de las mismas, derivado del hecho de que no realizan sus inversiones con aportes de capital, sino con créditos de financieras relacionadas, domiciliadas en islas del Caribe, que son paraísos tributarios. Este tipo de endeudamiento es reconocido por las mismas empresas, pero argumentan que la deuda con financieras relacionadas se produciría porque los bancos independientes no están dispuestos a prestar dinero a proyectos tan riesgosos como los mineros.

Algunos expertos rechazaron este argumento, puesto que si los créditos los aportan financieras relacionadas, ello quiere decir que tales grupos cuentan con recursos para efectuar aportes de capital. Y si en lugar de ello sólo aportan créditos de sus propias financieras, es, simplemente, para eludir el impuesto a las utilidades del capital, que es de 35 por ciento, y pagar solamente 4 por ciento de impuesto adicional a los intereses, lo que es nueve veces inferior al impuesto adicional por utilidades del capital.

Se analizó el caso más emblemático de este tipo de endeudamiento, cual es el de La Disputada de las Condes, que pagó a filiales de Exxon, en Bahamas y Bermudas, cerca de 800 millones de dólares en intereses. Sin embargo, en 25 años de explotación en Chile no pagó un solo dólar de impuesto a la renta.

Las dos mayores empresas mineras extranjeras tienen también elevados costos financieros. Minera Escondida Ltda. y Minera Doña Inés de Collahuasi admiten gastos financieros sobre los 100 millones de dólares anuales en promedio, que representan, respectivamente, el 9 y el 15 por ciento de sus ventas.

En cuanto a los costos financieros, resulta extraordinario el caso de Minera El Abra, que reconoció en la Comisión que el pago de intereses significa una carga de cerca de 30 centavos por libra producida; o sea, entre 30 y 40 por ciento de sus ventas. Eso demuestra que fue un pésimo negocio que la CODELCO traspasara dicho yacimiento a una asociación con privados. De solicitar créditos para explotarlo, el costo financiero hubiese sido muy inferior y ya habría obtenido utilidades sin asociarse con otras empresas.

Ese pésimo negocio deja al menos una enseñanza fundamental: la CODELCO no debe cometer más el error de asociarse con empresas extranjeras para explotar nuevos yacimientos, como Mansa Mina y Gaby, aceptando tal endeudamiento.

¿Cuándo comenzarán a tributar las referidas empresas? Algunas declararon que empezarán a pagar el 2004 y el 2005, pero otras no esperan hacerlo hasta el 2010, después de haber retirado 81 mil millones de toneladas de cobre.

Eso cambiaría ostensiblemente con el precio actual del cobre, porque en general las empresas admitieron que generarían utilidades y que podrían pagar impuesto a la renta si el precio sobrepasara los 80 centavos de dólar la libra. Este nivel empezó a alcanzarse precisamente al término del trabajo de la Comisión.

De ello se puede deducir que, sobre la base de los costos totales que declararon las empresas y del precio actual del cobre, durante el año 2004 absolutamente todas las empresas mineras deberían declarar utilidades, según ellas mismas lo afirmaron en la Comisión.

Después de las razones que aquí se dieron, nada podría justificar que alguna empresa declarara pérdidas por el ejercicio 2004.

Las empresas mineras -así como sus organismos gremiales- fueron enfáticas en sostener que no han evadido las leyes tributarias chilenas y que sólo han aprovechado los resquicios que les otorga la legislación tributaria de nuestro país, como es el hecho de que se aporten créditos relacionados, pues, al revés de lo que ocurre en Estados Unidos, nuestro ordenamiento legal permite que se pague a cambio únicamente el 4 por ciento de impuesto por los intereses, en vez del 35 o del 30 por ciento, como corresponde en dicha nación.

Pero otros expertos expresaron que si bien es cierto que las empresas mineras no pagan impuestos porque profitan de resquicios que les ofrece la legalidad vigente, no lo es menos que también evaden sus obligaciones tributarias utilizando subterfugios, entre los que se encuentran los que a continuación puntualizaré.

II. LA EVASIÓN TRIBUTARIA

a) Los precios de transferencia

Para evitar tener utilidades en Chile, las empresas mineras venden gran parte de su producción a empresas relacionadas, o por contratos con fundiciones y refinerías que participaron en el financiamiento a largo plazo del yacimiento en Chile, a precios inferiores a los del mercado. Esta disminución de los valores se produce al descontar del precio del cobre refinado diferentes cargos de tratamiento a valores muy superiores a los existentes en el mercado, lo que genera menores retornos de exportación y de los ingresos de exportación de las empresas mineras.

Según el informe y la documentación presentada por el ex fiscalizador de Aduanas señor Rolando Castillo, donde figuran números de contratos y de embarques, hay diferencias que van de 1 a 3, incluso en un mismo embarque, en un mismo barco, por fletes, seguros, cargos de tratamiento, etcétera, que se pagan a las empresas relacionadas que realizan la operación.

¡Resulta increíble que concentrados que se colocan en distintas partes de una nave y que siguen un mismo destino tengan precios distintos!

Esos valores por sobre los del mercado, que en principio deberían fiscalizar la COCHILCO y el Servicio Nacional de Aduanas, no estarían siendo rechazados por estos organismos. Ello, porque serían normales en el mercado, en su concepto.

Pero tales diferencias no son admitidas por la ley N° 19.506, de 1997, que establece: *«Cuando los precios que la agencia o sucursal cobre a su casa matriz, no se ajusten a los valores que por operaciones similares se cobren entre empresas independientes, la Dirección Regional podrá impugnarlos fundadamente, tomando como base de referencia para dichos precios una rentabilidad razonable a las características de la operación, o bien los costos de producción más un margen razonable de utilidad.»*

Lo que resulta curioso es que la COCHILCO no tiene facultades para rechazar los referidos sobreprecios; tampoco las tiene el Servicio Nacional de Aduanas; y el Servicio de Impuestos Internos, que debiera rechazarlas, no lo hace porque carece de medios y facultades para fiscalizar tal infinidad de contratos.

¿Es el círculo perfecto para que el Estado deje de hacer y pueda seguir perdiendo plata!

Pero que el Estado no se haya dado la facultad para fiscalizar el cumplimiento de la ley N° 19.506 no quiere decir que las empresas y los contribuyentes en general estén autorizados para evadir sus disposiciones. En consecuencia, esos sobreprecios en fletes, seguros y cargos de tratamiento se efectúan en trasgresión a la ley. Técnicamente, ello es ¡evasión tributaria!

Se habló de otra forma de evasión: las empresas transnacionales, no obstante utilizar en la producción de concentrados la mejor tecnología y los equipos más avanzados del mundo, declaran leyes de concentrados de exportación que por lo general no sobrepasan el 33 por ciento y que no contienen otros metales; mientras, los pequeños y medianos mineros de nuestro país, quienes utilizan trapiches fabricados íntegramente por artesanos chilenos, logran vender a la ENAMI concentrados de hasta 45 por ciento de cobre y que siempre contienen, a lo menos, oro y plata.

¿Por qué los concentrados de las transnacionales mineras tienen tan baja ley en cobre y otros metales? Porque Aduanas cuenta con capacidad para controlar sólo el 5 por ciento de los embarques de concentrado. Y, además, porque las empresas que contrata ese Servicio para sacar las muestras y efectuar los análisis de estos concentrados trabajan también para las compañías mineras que deben ser fiscalizadas. Se declaran concentrados con bajo contenido porque el Estado no se ha dado los medios necesarios para fiscalizar.

Si eso no es evasión tributaria, tampoco lo sería que un contribuyente del IVA no diera la boleta correspondiente a una venta por no haber en el momento de la operación ningún inspector del Servicio de Impuestos Internos que lo vigile.

b) Pérdida en los mercados de futuro del cobre

Esa forma de evasión tributaria ha sido utilizada en los años en que las utilidades han sido importantes debido al alto precio del cobre. Por lo tanto, lo mismo podría ocurrir a partir de este año, cuando el precio del metal rojo ha alcanzado un promedio de un dólar veinte la libra.

El método consiste en obtener en los mercados de futuro cuantiosas pérdidas que hagan desaparecer las utilidades operacionales. Para realizar tales pérdidas, se vende cierta cantidad de opciones de cobre a determinado precio, comprando posteriormente esas mismas opciones a valores superiores en 20 o más por ciento. Ello genera una pérdida contable para la filial minera chilena, pero se transforma en una utilidad para la empresa extranjera que efectuó la compraventa de opciones de futuro, que necesariamente debe ser otra relacionada o filial de la casa matriz de la empresa minera chilena que realizó la pérdida, para que la utilidad no salga del grupo.

La Empresa Mantos Blancos S.A. reconoció en la Comisión que perdió 14 millones de dólares en 1994 y 49 millones de dólares en 1995 en los mercados de futuro, no obstante que utilizó también precios de transferencia. Pero es tan grande la utilidad generada, que tomó esas opciones de futuro. Sin embargo, sostuvo que las ganancias de estas operaciones no habrían sido obtenidas por empresas relacionadas, aunque no aportó ninguna prueba de ello.

Para apreciar la magnitud de las referidas pérdidas, es necesario señalar que la de 1995 fue igual al 25 por ciento de los ingresos por venta, lo que, comparado en tamaño con las pérdidas de la CODELCO provocadas en 1993 por Juan Pablo Dávila en ese mismo tipo de operaciones, equivaldría a la pérdida de más de 600 millones de dólares. En la CODELCO fue despedida toda la plana mayor por las pérdidas de aproximadamente 200 millones de dólares en los mercados de futuro. Ello no ha ocurrido en este caso. Por el contrario, la persona a cargo de Mantos Blancos pasó a ocupar la presidencia de Minera Collahuasi y del Consejo Minero.

Respecto de otra forma de evasión tributaria, la Comisión recibió un informe de un ex funcionario del Banco Central, el señor Rozas, quien señaló que las empresas extranjeras no declaran ni pagan el impuesto adicional de 35 por ciento sobre los sobregiros que obtienen de instituciones bancarias foráneas.

En general, con relación al problema de la tributación, se llegó a consenso en cuanto a que las instituciones fiscalizadoras no cuentan con el número suficiente de inspectores y medios materiales para pesquisar en debida forma a las empresas mineras.

Por ejemplo, la COCHILCO, que debe fiscalizar los contratos de exportación de todas ellas, cuenta con solo tres funcionarios para esa tarea.

Tampoco existen la coordinación oportuna y necesaria entre los organismos de control ni el indispensable rol rector de algunos de ellos, con subordinación de los otros, en esa labor.

Si bien en el último tiempo se han tomado medidas reglamentarias de coordinación para que la fiscalización surta efecto, sería necesario legislar sobre la materia.

Diversos informes y expertos aluden a la rentabilidad de los proyectos mineros. Y la Comisión empezó precisamente con un informe de don Juan Villarzú donde se destaca la alta rentabilidad que tenían los proyectos mineros chilenos aun con precios del cobre bajos, que, por tanto, generaban bastante espacio para un mayor aporte tributario.

Cabe destacar entre tales informes el del Instituto Fraser, de Canadá, especialista en temas mineros, en el que se sostiene que, tomando en consideración los aspectos naturales, jurídicos, institucionales, de estabilidad política, etcétera, los yacimientos chilenos son los más rentables del mundo, a pesar de que el estudio se hizo cuando el precio del cobre era de alrededor de 70 centavos de dólar la libra.

También tuvimos a la vista un trabajo del Ministro de Minería, don Alfonso Dulanto, a quien pedimos antecedentes sobre la rentabilidad de las grandes empresas mineras con el precio del cobre a un dólar y a un dólar treinta y ocho la libra. La respuesta es de por sí muy significativa: en el primer caso, la rentabilidad es de 34,5, y en el segundo - ¡tomen nota, señores Senadores!-, de 58,8 por ciento, antes de impuesto.

¡No hay empresa en el mundo, de ninguna clase de negocio, que pueda presentar una rentabilidad de 58,8 por ciento!

Por tanto, no se justifica en modo alguno la existencia de empresas que durante trece años no han tributado un solo centavo en Chile aduciendo que deben recuperar, con amortizaciones e intereses, los aportes que han entregado para levantarlas.

¡Con 58,8 por ciento de rentabilidad, en menos de dos años amortizan todo el capital y se llevan pingües utilidades al exterior!

Esa rentabilidad -repto- es la más alta del mundo. Ningún negocio productivo, cualquiera que sea la actividad, obtiene una rentabilidad tan elevada como la señalada en un documento elaborado por la COCHILCO.

Nada puede justificar que durante trece años tales empresas hayan declarado pérdidas para no pagar impuestos en Chile. Sólo puede justificarse sobre la base de que los organismos del Estado no dispongan de suficientes elementos y recursos para evitar que ello suceda.

También consideramos los informes de la Universidad de Colorado, de Estados Unidos, que señalan que Chile tiene para las empresas -¡escuchen bien, señores Senadores!- los más bajos impuestos del mundo minero -como lo demostraré después mediante los cuadros que voy a exhibir- y es la excepción en cuanto a que no cobra royalty, lo que sí sucede en más de 120 países del mundo. Y, dentro de las naciones mineras, Chile y México son las únicas que no aplican royalty. Esto significa que aquí estamos dando un subsidio a las empresas extranjeras y a los consumidores de cobre internacionales.

III. Aportes de las empresas mineras

Además de la tributación, se analizaron otros aportes de la minería privada. Algunos expositores y ciertos señores Senadores sostuvieron que los aportes de la minería a la economía nacional no se deben reducir sólo al ámbito tributario y que deberían tomarse en cuenta otros aspectos.

a) El importante aumento de las reservas de cobre en Chile en los últimos 15 años sería el resultado de la inversión en exploración efectuada por estas empresas, aunque -indiquemos- se entregaron cifras muy variadas sobre ese eventual incremento.

Es necesario señalar sobre el punto que, al exponer acerca de la historia de sus yacimientos, las mismas empresas expresaron que todos los que explotan en la actualidad fueron descubiertos hace décadas.

En un informe enviado por el señor Juan Falcón, Director entre 1971 y 1973 del Instituto de Investigaciones Geológicas, antecesor

del actual SERNAGEOMIN, se sostiene que todos los yacimientos existentes hoy, incluida La Escondida y salvo Candelaria, estaban descubiertos en 1971, e incluso, inscritos a nombre de la Corporación del Cobre de la época, desconociéndose la manera como pasaron con posterioridad a manos privadas.

b) Según las empresas y algunos expositores, también es necesario considerar el relevante aporte de las mineras privadas al crecimiento del PIB nacional desde 1990 a la fecha. Sin embargo, otros expositores señalaron que las estadísticas de la COCHILCO no parecen confirmar tal aporte, pues la minería representaba 9,2 por ciento del producto interno bruto en 1989 y el año 2002, incluso, bajó a sólo 8,2 por ciento, a pesar de que la producción de cobre aumentó tres veces en el mismo período.

Existe un crecimiento físico de la producción que no se refleja en incremento del valor, que es el que registra el PIB. Este aporte de las mineras privadas tampoco es confirmado por los valores de exportación que entrega la COCHILCO, ya que las ventas de cobre al exterior en el año 2002 ascendieron a sólo 7 mil 26 millones de dólares, mientras que en 1995 alcanzaron a 7 mil 534 millones, pese a que la producción del ejercicio de 2002 fue el doble de la de 1995. En dólares de 2002, existe un decrecimiento del valor de las exportaciones de 12 por ciento entre 1995 y 2002.

c) Sostuvieron las empresas y otros expositores que la minería ha hecho un gran aporte al crecimiento del empleo. Pero de nuevo las estadísticas de la COCHILCO no lo confirman. Porque en 1989 existían 59 mil 331 personas ocupadas en la actividad extractiva, en tanto que en 2002 ese número era de únicamente 38 mil 809 personas; y de éstas, más de 50 por ciento estaban subcontratadas.

d) Conforme manifestaron el Consejo Minero, la SONAMI y otros expositores, la gran minería tiene un muy importante efecto agregado en la economía, porque genera demanda en varios otros sectores de ella. Sin embargo, a juicio del economista señor Patricio Aroca, profesor de la Universidad Católica del Norte, los encadenamientos productivos de la gran minería, tanto hacia atrás como hacia delante, han venido en constante disminución desde hace 40 años, afirmación que fue demostrada sobre la base, no de proyecciones de modelos econométricos, sino de los resultados reales del balance o matriz de insumo-productos que cada ciertos años efectúa el Banco Central.

Diversas empresas, e incluso ciertos Parlamentarios, destacaron los aportes sociales y al desarrollo cultural y educacional efectuados por algunas de ellas, en especial por La Escondida. Determinados expositores

llegaron a señalar que también se debían contabilizar en los aportes de las mineras el IVA y otros impuestos que pagan los trabajadores de los yacimientos y que les son devueltos; pero son una retención y no tributos de las empresas, sino de los trabajadores. En el mejor de los casos, los asumen como gastos y quedan como un crédito fiscal a favor de las empresas.

También deseamos señalar que, como cualquier otra actividad, las empresas mineras han hecho algún aporte a la economía chilena, aunque no sea en la forma de tributos. Pero el objetivo con que fue creada esta Comisión era estudiar la tributación de las empresas de la gran minería y, en consecuencia, las conclusiones y las medidas que se puedan proponer deben estar más bien relacionadas con el tema tributario.

Entendemos la necesidad de abordar también y de manera más amplia el tema minero, y la Comisión también lo hizo. Por ello, destacaremos lo siguiente, a modo de resumen:

A) Necesidad de una política para el cobre y la minería, en general.

Un país como el nuestro, como se dijo en esta Comisión, que tiene en su territorio entre el 40 y el 50 por ciento de las mejores y mayores reservas de cobre del mundo, con las leyes más altas, con condiciones naturales y recursos humanos que hacen que sus costos de explotación sean los más bajos del planeta, debe tener una política de Estado para su principal riqueza, con el objeto de evitar lo que en años recientes nos ocurrió: generar una sobreproducción mundial del metal rojo desde Chile. Esto se tradujo en una caída de los precios que no sólo afectó a CODELCO, sino también, gravemente, los ingresos presupuestarios del país, debiendo los Gobiernos hacer recortes en sus gastos de inversión y en el gasto social. Tan grave como lo anterior fue que la caída del precio, de 1,40 dólares, en 1989, a 1,33 dólares, en 1995, y en los años de 1998 en adelante por debajo de los 70 centavos de dólar, destruyó la fuente de trabajo de miles de pequeños mineros.

B) Necesidad de dar valor agregado a los recursos naturales, en especial los mineros.

Todos los sectores políticos concordaron con el consenso histórico que nos señala que debemos dar valor agregado a nuestros recursos naturales, fundamentalmente al cobre. Es la segunda fase exportadora que hemos prometido al pueblo de Chile. Así, según diversos exponentes de esta Comisión, por enviar 6 millones de toneladas de cobre como concentrado

hay que pagar en el extranjero un mil 500 millones de dólares anuales y perdemos 20 mil puestos de trabajo entre directos e indirectos. Éste es un informe del propio Ministro señor Alfonso Dulanto, cuando era Intendente de la Segunda Región.

Además, el hecho de enviar cobre concentrado en vez de fundido y refinado en Chile, según algunos expertos, hace muy difícil la fiscalización de los contenidos y de los precios obtenidos en su venta en el extranjero, ya que esto constituye apenas una submateria prima que no tiene un precio definido, ni estable, ni regular.

Esto preocupó extraordinariamente a la Comisión. Ésta, por unanimidad, ha creído necesario cerrar las brechas tributarias, y restablecer a COCHILCO las facultades de fiscalización que le fueron cercenadas a fines de 1989. Asimismo, hubo acuerdo en plantear al Gobierno la necesidad de crear un organismo, presidido por el Ministro de Minería, a fin de evaluar y proponer políticas para el sector y coordinar las distintas instancias fiscalizadoras, que se encuentran dispersas y, a veces, en compartimentos estancos, que nada tienen que ver entre sí. Y que, por cierto, no comparten la información existente en los citados compartimentos, lo cual no favorece la fiscalización en forma correcta.

Nadie en la Comisión pretende subir los impuestos - ¡que quede claro!- (aun cuando son los más bajos del mundo minero, como se desprende de la opinión de muchos tributaristas que allí intervinieron y de informes internacionales), sino que al menos estos bajos impuestos no sean eludidos por las empresas mineras privadas.

Nos damos cuenta de que este año CODELCO aportará sobre los 2 mil 600 millones de dólares al Estado; pero CODELCO explota sólo un tercio del cobre chileno. La duda es cuánto aportarán al país las empresas privadas que explotan los otros dos tercios, las cuales han señalado que, si el precio alcanzara a 80 centavos de dólar la libra, comenzarían a pagar impuestos. Lo importante es saber si harán el pago, y si lo hacen, si éste será el necesario y justo. Hemos advertido que en el pasado -en 1989 y en 1995- los precios estuvieron a un nivel igual o superior al que hemos señalado hoy, y que tampoco cancelaron impuesto alguno, ni menos el derecho o precio por explotar un recurso no renovable que constitucionalmente es del Estado.

También hemos podido observar que los informes de la Universidad de Colorado a que aludimos antes, así como lo señalado por el Instituto Frazer, de Canadá, uno de los más respetados del mundo, indican que Chile tiene el mayor potencial, comparado con el resto de los países mineros. Ha registrado, ya por varios años, el índice más alto, y esto significa que tenemos los mejores yacimientos, con las mejores leyes de fino y, además, que generamos la mayor atracción de inversiones por estos conceptos. A esto agregaría que ningún país con yacimientos de esta envergadura puede colocar en producción, en el transcurso de un año, cerca de 400 mil toneladas de cobre fino. Hay minas que pueden entrar en producción, pero son de pocas toneladas; no son yacimientos como los chilenos.

Por eso, no hay ninguna razón para que estas empresas tengan pérdidas en Chile, para, en definitiva, no pagar impuestos. Y son las mismas que poseen filiales en países con los más altos impuestos, con royalties y con minas de peor calidad geológica. Sin embargo, allí sí obtienen utilidades y, por tanto, pagan tributos.

D) Establecimiento de un royalty.

La Comisión ha tratado también el significado del royalty, regalía, renta minera o renta ricardiana, como se le denomina en el mundo económico y minero, y se ha producido una amplia mayoría para establecer un royalty con alto contenido regional.

La mayoría de los expertos han señalado que constituye un derecho y no un impuesto; que en el decreto ley N° 600 nada se estableció para la exigencia de patentes mineras, derechos municipales y renta minera, regalía o royalty. Y, en Derecho Público, lo que no dice la ley no se puede suponer. La mayor parte de los economistas y tributaristas señalaron que era un precio, una contraprestación por el pago de un recurso al dueño, que, en este caso -dijimos-, constitucionalmente es el Estado.

También se apreció que la regalía o royalty existe en nuestro país desde la Colonia y que hasta hoy se paga, sólo que quien lo cobra lo hace en virtud de un derecho de explotación, como es la concesión. La diferencia está en quién lo cobra: si es un particular, no ha existido inconveniente para cobrarlo y pagarlo. De hecho, en Tocopilla, en la mina «Michilla», de la empresa privada Luksic, se cobra un royalty a 150 pirquineros por permitirles explotar la concesión que se ha obtenido en forma gratuita del Estado. El problema sólo aparece cuando el dueño del recurso es el Estado y pretende cobrar la regalía.

E) Los recursos naturales en los tratados de libre comercio firmados por Chile.

Por último, algunos miembros de la Comisión hemos tenido a la vista los tratados internacionales que Chile ha suscrito. Así, podemos señalar que en cada uno de ellos se han exigido, por parte de los firmantes, disposiciones y artículos para excepcionar la protección de los recursos naturales no renovables y poder colocar impuestos y cargas especiales para protegerlos. De esta manera, queda descartado que las empresas extranjeras puedan acudir a organismos internacionales para impedirlos, o, como se ha escuchado, recurran a sus propios países de origen para exigir que en Chile no se establezca un royalty. Sin embargo, esta última pretensión carece de fuerza alguna, porque en todos los países mineros existe el royalty y se paga. En estas condiciones, no se le puede exigir a una nación que en su territorio lo aplica que presione a Chile para que no lo imponga. Hay que tener presente que en donde existe esta regalía su monto es dos o tres veces más alto, al igual como ocurre con los impuestos a las empresas.

Todas estas razones movieron a la mayoría de la Comisión a señalar la conveniencia de instalar un royalty con alto contenido regional para un recurso natural no renovable como es el cobre.

D) El Estatuto de la Inversión Extranjera (D.L. 600), vacíos legales, modernización y aplicación restrictiva.

La dictación del DL 600, en 1974, marcó un importante hito en la inversión extranjera que se recibiría a partir de esa fecha. Se trató de un cuerpo normativo para los inversionistas externos que mostraban interés en ingresar capitales a nuestro país, lo que se hacía de lleno, en ese período, a la economía de mercado, para lo cual se necesitaba otorgar algunos atractivos.

Tras 30 años de aplicación irrestricta del D.L. 600 es indispensable reflexionar sobre el contexto actual en que se desenvuelve y, también, acerca de las falencias, vacíos legales, necesidad de actualización y los órganos estatales encargados de su operación y fiscalización. De la misma manera, es necesario analizar la conveniencia de que permanezca, especialmente si se considera al referido cuerpo legal como discriminatorio respecto a los inversionistas nacionales, que deben recurrir al subterfugio de empresas constituidas en paraísos tributarios para disfrutar de sus mismos beneficios.

Vacios legales y necesidad de modernización.

El D.L. 600 ha demostrado la existencia de importantes vacíos legales, lo que hace indispensable su revisión. En efecto:

a) Aparece como fundamental que las empresas receptoras de la inversión extranjera sean necesariamente sociedades anónimas abiertas regidas por la ley chilena. La indispensable transparencia de sus estados financieros, así como la imprescindible fiscalización de sus operaciones por la Superintendencia de Valores y Seguros, deben ser objeto de una urgente modificación de dicho cuerpo legal. El Estado, como contraparte en los contratos del DL 600, no puede seguir en la indefensión.

b) Por otra parte, los inversionistas extranjeros deben contratar con el Estado como una sola persona jurídica. La existencia de dos o más socios dueños de una inversión, algunos de los cuales permanecen bajo las normas del D.L. 600, en tanto que otros no se incorporan o renuncian a un contrato, hace extraordinariamente complejo fiscalizar el real grado de cumplimiento de los contratos. Lo mismo ocurre con la actual normativa en materia de renuncia parcial o total de los beneficios de invariabilidad tributaria o de normas impositivas que establecen los artículos 7º, 8º y 11 bis, de dicho decreto ley. La renuncia parcial a los beneficios específicos del 11 bis, esto es, depreciación acelerada, arrastre de pérdidas a ejercicios posteriores y gastos de puesta en marcha, sin renunciar a la invariabilidad tributaria general del artículo 7º, contribuye a hacer más compleja la aplicación de los marcos impositivos generales, a la vez que incentivan los mecanismos de elusión.

c) Dentro de este orden de ideas también aparece como necesario igualar la aplicación del impuesto de ganancia del capital entre las empresas nacionales y las acogidas al D.L. 600. El hecho de que a las primeras se les calcule dicho impuesto sobre la diferencia producida entre el valor libro y el de ventas, y a los inversionistas extranjeros, entre la inversión materializada y el valor de venta, otorga a éstos un seguro a costa del Fisco que les pone a cubierto del pago de impuestos cuando la venta reporta un excelente negocio (caso de Disputada). Las entidades chilenas deben pagar un 30 por ciento sobre la utilidad de la venta de las empresas. Así, por ejemplo, si Disputada hubiera sido una empresa no acogida al D.L. 600, al ser vendida habría generado un impuesto de más de 300 millones de dólares. Como la empresa vendedora tenía un contrato del D.L. 600, la venta sólo reportó algo más de 30 millones de dólares. Es decir, diez veces menos.

d) La invariabilidad tributaria a que se refiere el D.L. 600 ha sido malamente interpretada, tratando de hacerla extensiva a todo impuesto o pago al Estado y a todo evento. Ello implica que la soberanía legislativa queda hipotecada y se abren fuertes frentes de ataque a cualquier iniciativa que pretenda regular apropiadamente el desarrollo de las actividades productivas más allá de lo tributario. Es indispensable modificar el D.L. 600 en el sentido de incluir una cláusula infaltable en los contratos que obligue a los inversionistas extranjeros a respetar las normas contenidas en los tratados de libre comercio y acuerdo de protección y promoción de inversiones y que permiten al Estado de Chile gravar o regular convenientemente la explotación de los recursos naturales no renovables.

e) La invariabilidad tributaria debe hacerse extensiva sólo a la inversión materializada y no a toda aquella que está aprobada. Cada vez que un inversionista extranjero materialice una inversión en los términos fijados en el contrato debería entrar a gozar de los beneficios de la invariabilidad. Lo contrario implica hipotecar los derechos tributarios del Estado por largos años y en grandes cantidades. En la actualidad, existe una inversión extranjera aprobada por más de 42 mil millones de dólares, de los cuales sólo se han materializado no más de 18 mil millones, lo que implica que durante los próximos 20 años continuará este festival de problemas tributarios.

Función de operación y fiscalización del DL 600

La función de operación y fiscalización de la aplicación del DL 600 por parte de los órganos del Estado encargados por ley de ello, muestra falencias tanto en el campo de la operación como de la fiscalización:

a) Como toda norma de derecho público, el DL 600 es de aplicación restringida y no puede interpretarse por extensión o analogía. Es el mandato de los artículos 6° y 7° de nuestra Constitución. También lo es aquella parte de dicho decreto que se refiere al Comité de Inversiones Extranjeras, particularmente en lo relativo a sus funciones.

El señor LARRAÍN (Presidente).- Señor Senador, excúseme que lo interrumpa.

Hay varios señores Senadores que desean usar de la palabra. Su Señoría ha ocupado aproximadamente 42 minutos. Nos interesa oírlo. Pero por la premura del tiempo y en vista de que el informe es conocido por los señores Senadores, le sugiero reducir su intervención, con el propósito de abrir debate, en el que podrá intervenir aclarando algunas materias.

El señor LAVANDERO.- Me queda sólo una página y media, y algunos cuadros. En todo ello no ocuparé más de cinco minutos.

El señor LARRAÍN (Presidente).- Tiene la palabra, señor Senador.
Nuevamente le doy excusas por la interrupción.

El señor LAVANDERO.- Señalaba, señor Presidente, la responsabilidad del Comité de Inversiones Extranjeras en lo relativo a sus funciones. Ese Comité, presidido por un Consejo de Ministros, no puede actuar como buzón frente a una solicitud de contrato de inversión extranjera. Puede y debe objetar la entrega de beneficios, particularmente de aquéllos contenidos en el artículo 11 bis, cuando las necesidades del país así lo requieran. No puede aceptarse el argumento de la discriminación frente a otros contratos, por cuanto ella se refiere sólo al trato frente a inversionistas nacionales, guardando el Estado el derecho a otorgar los beneficios solicitados siempre teniendo como fin último el bien común.

b) Los contratos de inversión extranjera deben ser explícitos y específicos respecto a proyectos determinados y actividades concretas previstas en dichos instrumentos. Hasta la fecha los contratos tipo son extraordinariamente amplios en cuanto a sus objetivos y dan para materializar con posterioridad cualquier tipo de proyecto o inversión distinto de los ya aprobados. Ello constituye un verdadero cheque en blanco, el cual nuevamente hipoteca las posibilidades de rendimiento tributario del país. Debe reglamentarse rigurosamente el quehacer del Comité de Inversiones Extranjeras, en el sentido de estudiar y aplicar modelos de contratos que permitan tener extraordinariamente claro en qué proyecto se va a invertir el capital autorizado, cuáles van a ser las actividades que se desarrollarán y cuáles serán los indicadores de cumplimiento de las metas y objetivos incluidos en el contrato. De la misma manera, toda modificación de mérito a los contratos debe ser tratada como una nueva solicitud de inversión y regida por los nuevos criterios que en su oportunidad adopte el Consejo de Ministros del Comité.

c) Debe existir gran rigurosidad y prolijidad en el tratamiento de inversión extranjera que se otorgue a un aporte o a un crédito. Sobre la materia existe una verdadera «bicicleta financiera», en el sentido de ingresar un capital, remesarlo como utilidad o interés, reingresarlo como un crédito, sacarlo como amortización, volver a ingresarlo como aporte de nuevo socio, etcétera, en una rueda sin fin en que, a la larga, nadie sabe a cuánto ascendió la cantidad real de inversión materializada.

d) No resulta aceptable que se permita el ingreso de un capital como materialización de inversión aprobada a un tercero no socio de los que suscribieron el contrato. Ello se presta para irregularidades y burlas de los beneficios que el Estado otorga a la llegada de capitales extranjeros.

Es obligatorio para el Comité de Inversiones Extranjeras tener extraordinariamente nítido cuáles son las empresas y los socios a los que se les invitó a hacer sus aportes. Por ejemplo, se ha dado el caso de una financiera ubicada en un paraíso tributario que entregó un crédito a una compañía minera extranjera y después lo convirtió en un aporte; pero resulta que la financiera, establecida en un paraíso tributario, no está estatuida dentro de la empresa misma, así que no podría haber sido considerado como capital, sino como un crédito. Sin embargo, pasó inadvertido.

e) La norma relativa a la determinación de la relación entre capital efectivo y crédito que es posible utilizar para materializar una inversión extranjera, debe estar fijada con un mínimo legal de, por ejemplo, 50 por ciento. No puede quedar al arbitrio de los funcionarios públicos discriminar si el impuesto que se va a pagar será de 42 por ciento, si se trata de una remesa de utilidades, o de cuatro por ciento, si es de intereses de un crédito.

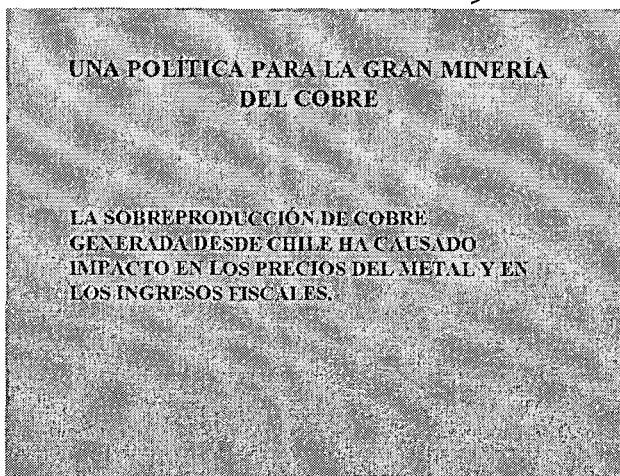
f) La labor de asesoría de COCHILCO al Comité de Inversiones Extranjeras debe transformarse de una mera formalidad en un apoyo con informes vinculantes para que resuelva el Consejo de Ministros, en lo atinente a inversión en la minería. Por otra parte, COCHILCO tiene que estar dotada de facultades de fiscalización sobre cada uno de los contratos de inversión extranjera aprobados, y los contratantes, obligados a proporcionar todos los antecedentes que se soliciten.

g) El Servicio de Impuestos Internos debe ser un órgano coadyuvante permanente del Consejo de Ministros del Comité de Inversiones Extranjeras, tal como lo es el Banco Central.

h) Además, todas las actas del Consejo de Ministros del Comité de Inversiones Extranjeras debieran ser publicadas en el Diario Oficial dentro de los quince días siguientes a aquel en que se haya tomado un acuerdo.

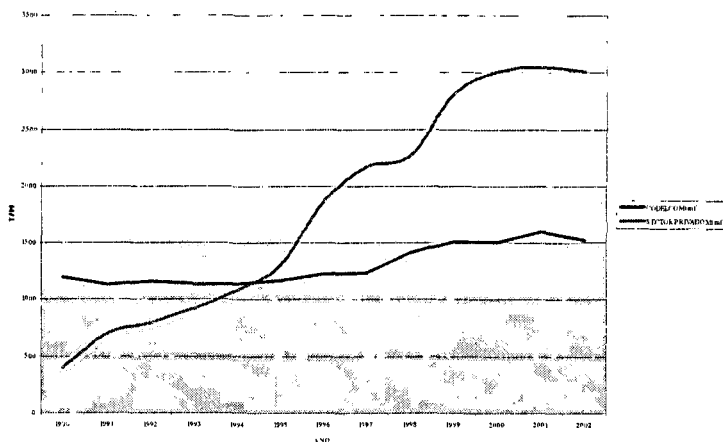
Señor Presidente, por último, deseo mostrar rápidamente algunos cuadros que demuestran estos asertos. Con ello, los señores Senadores tendrán claridad respecto de las afirmaciones señaladas.

CUADRO N° 1



PRODUCCION DE COBRE MINA DE CHILE

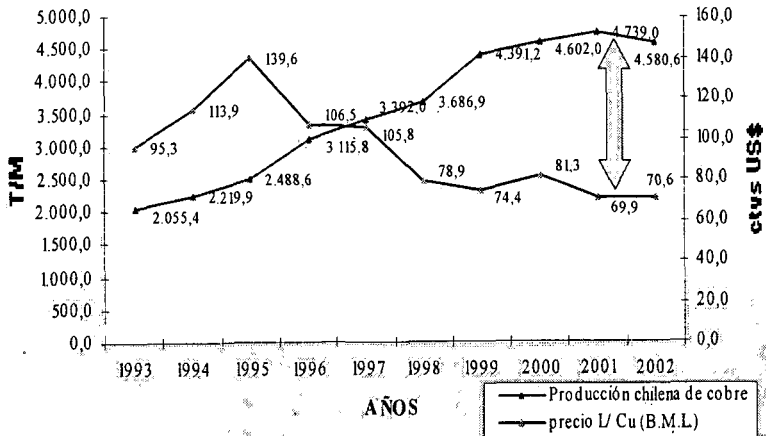
(Miles de T.M.)



CUADRO N° 2

En el cuadro N° 2 se ve la producción de CODELCO y la de la minería privada. Se constata cómo a partir de 1995 esta última sube violentamente, causando la sobreproducción mundial desde Chile, como lo veremos más adelante.

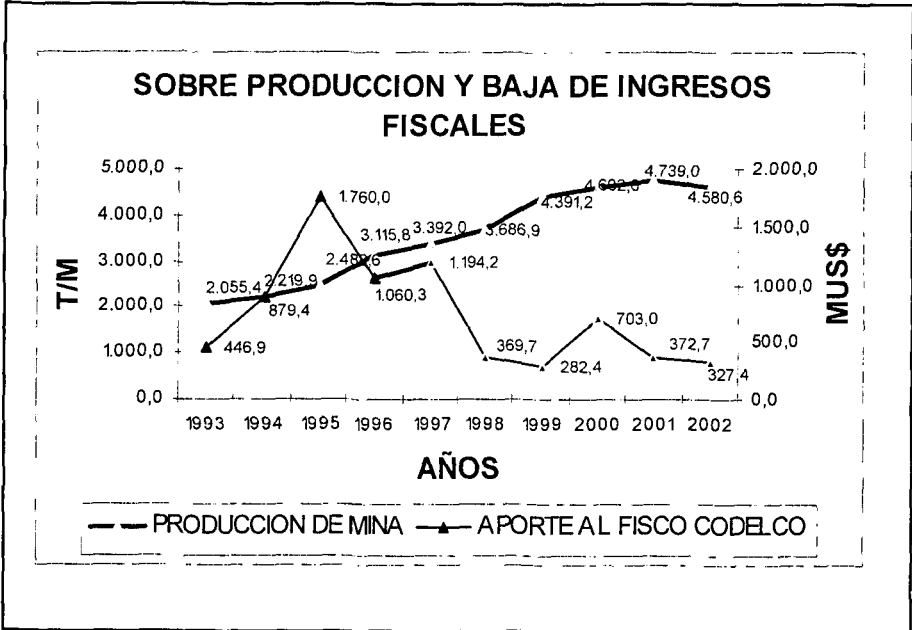
COMPARACIONES: PRODUCCIÓN – PRECIO Libra Cu.



Fuente: Anuario 2003 COCHILCO

CUADRO N° 3

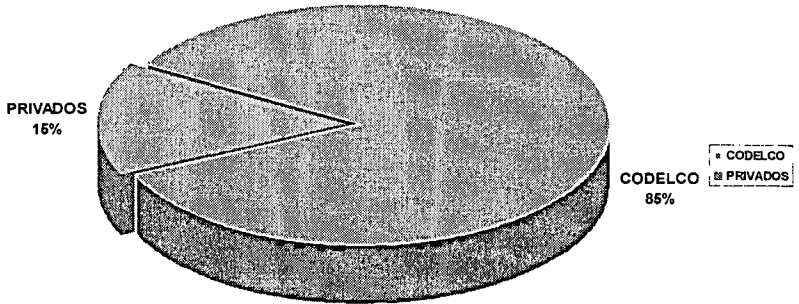
En el cuadro N° 3 se aprecia lo que he señalado. Una de las líneas indica la producción de cobre chileno y la otra, los precios. Se puede ver cómo estos últimos van cayendo en la medida en que a partir de 1995 aumenta la producción desde Chile. También se establece una brecha (graficada con una flecha doble), que son los recursos que el Estado chileno perdió en esos cuatro o cinco años precisamente por haberse generado una sobreproducción mundial de cobre, debido al factor de las multinacionales privadas. Esta sobreproducción se ocasiona desde Chile, no desde el extranjero, sino –repito– desde Chile. Reitero, es posible ver la producción de cobre que hubo desde Chile y el precio al que éste cayó a causa de la sobreproducción, que fue corregida -luego de haberse dado cuenta en una larga discusión que tuvimos- porque CODELCO y BHP-Billiton acordaron no enviar a la venta 500 mil toneladas de cobre. Con ello, de inmediato el cobre tomó su ritmo.



CUADRO N° 4

El cuadro N° 4 ejemplifica claramente la situación. Una de las líneas indica la producción y la otra, los ingresos del Estado. Se aprecia cómo en la medida en que se incrementó la producción disminuyeron los ingresos estatales. Y éste es el daño que se ha producido a nuestra economía, pues el Gobierno ha tenido que bajar la inversión social y la pública.

**TRIBUTOS CODELCO SECTOR PRIVADO
(AÑOS 1990- 2002)**



	CODELCO	PRIVADOS	TOTAL
TRIBUTOS MILLONES DE US\$	9496	1700	11196

FUENTE COCHILCO CODELCO

CUADRO N° 5

El aporte de CODELCO al Estado (cuadro N° 5) corresponde a un tercio de la producción de cobre chileno. Se trata de 9 mil 400 millones de dólares, contra 1 mil 700 millones que provienen de la minería privada -el 96 por ciento de los cuales son aportados por La Escondida-, que constituyen las otras dos terceras partes de la producción. Esto demuestra que CODELCO, mediante la explotación de un tercio del cobre chileno y la entrega de sus ganancias, representa el mejor negocio para Chile.

TRIBUTACIÓN EN PRINCIPALES PAISES PRODUCTORES DE COBRE

PAÍS	IMPUESTO 1ª CATEG. (%)	REGALÍA
CHILE	17	NO
EEUU	35	según tipo de tierra
INDONESIA	30	US\$ 45 - 55/TM
AUSTRALIA	30	2,5 - 2,7 %
CANADÁ	38,6	1 - 2 %
CHINA	33	2%
PERÚ	26,3	A fines del 2003 lo aprobó el parlamento
RUSIA	N/D	N/D
POLONIA	28	3%
KAZAKHASTAN	30	2%
MÉXICO	35	NO
ZAMBIA	35	2%
ARGENTINA	30	3%
SUDÁFRICA	30	HASTA 8

Fuente: Universidad de Colorado

CUADRO N° 6

Este cuadro es muy importante de comentar, señores Senadores.

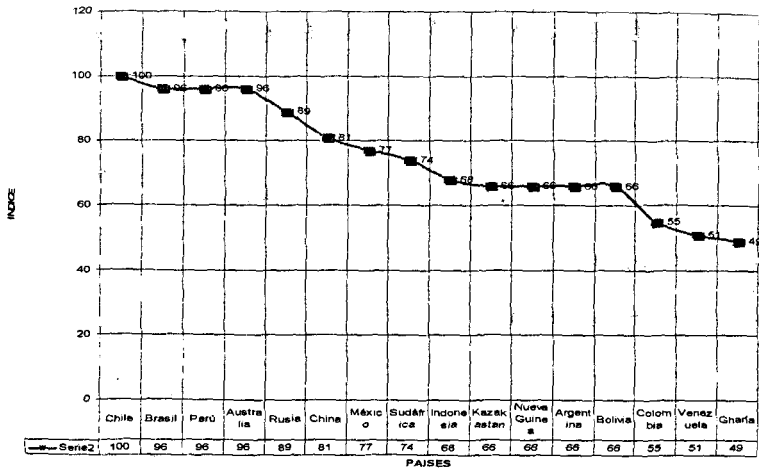
Como pueden apreciar, representa un estudio de la Universidad de Colorado y en él se comparan las tributaciones de las empresas en el mundo minero.

Aquí se ve, en primer término, a Chile con un 17 por ciento. En el resto de los países mineros los impuestos a las empresas llegan al doble de lo que se cobra en nuestro país. ¡Al doble!

Además, en este cuadro de la Universidad de Colorado se muestran los principales países en donde existe royalty. En el nuestro no se cobra, a diferencia de la mayor parte de las naciones del mundo, con la excepción de México.

En consecuencia, quiero que los señores Senadores fijen su atención en que Chile tiene la más baja tributación minera a las empresas en el mundo.

INDICE DE POTENCIAL MINERO MUNDIAL (2002)



Fuente: Instituto Frazer-Canadá

CUADRO N° 7

Este gráfico es del Instituto Frazer de Canadá.

Como pueden observar, aquí se confirma lo que he afirmado en cuanto a que nuestro país tiene las mejores minas. Para que Sus Señorías no se rían, no diré que tenemos las mejores minas, sino que los mejores yacimientos del mundo...

El señor RUIZ (don José).- ¡También las mejores minas!

El señor LAVANDERO.- Además, las minas.

El señor MORENO.- No se achique, señor Senador.

El señor LAVANDERO.- No lo hago, Su Señoría.

Nuestra nación está en el índice cien y los otros países mineros están debajo de esa cifra. En el último lugar se encuentra Ghana, con un 49 por ciento de lo que tiene Chile. Por lo tanto, en este punto debemos hacer una seria reflexión.

Después del siguiente cuadro, volveré sobre los dos anteriores.

Rentabilidad Esperada GMP-10 (100 - 138 ¢/lb. y 3,3 millones de TMF, 2004)

	2004		2003-2010 (100 ¢ - 88 ¢)
	(100 ¢/lb)	(138 ¢/lb)	
Rentabilidad s/ Activos (ROA)	16,0%	29,4%	8,4%
Rentabilidad s/ Patrimonio (ROE)	34,5%	58,8%	19,1%

Fuente: Proyecciones COCHILCO

Consideraciones:

Precio del cobre 2005-2010: 88 ¢/lb (Precio referencia Balance Estructural).
Estados Financieros Proyectados a partir de 2003.

CUADRO N° 8

Éste es un estudio solicitado al señor Ministro de Minería.

En él, se aprecia que la rentabilidad del metal, con un precio de 1 dólar, es de 34,5 por ciento; y con uno de 1 dólar con 38 centavos -ese era el valor cuando solicitamos esta estadística-, es de 58,8 por ciento. Es decir, constituye la rentabilidad más alta de cualquier negocio del mundo.

Volviendo a los cuadros anteriores, me gustaría que los señores Senadores reflexionaran sobre estos inquietantes datos, porque el Instituto Fraser (Cuadro N° 7), que no es una institución chilena sino canadiense -y la más reputada-, sostiene que tenemos los mejores yacimientos del orbe y que el resto de las explotaciones mineras del mundo cuentan con minas de menor calidad y de peores condiciones económicas y geológicas que las nuestras.

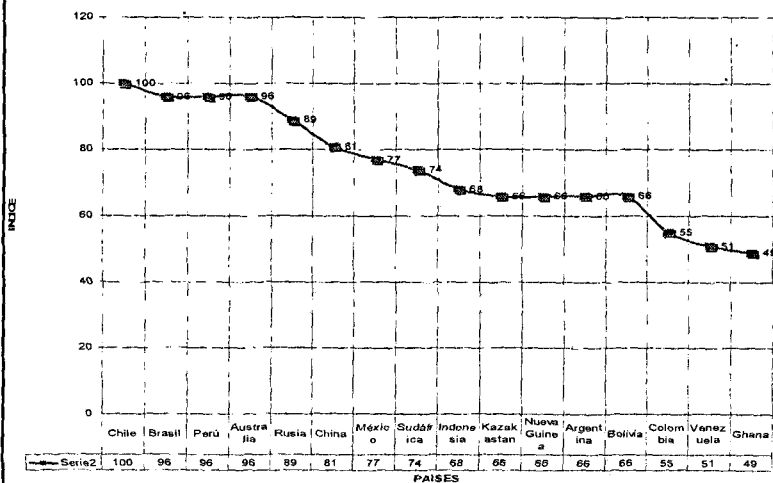
Veamos ahora los dos cuadros juntos.

TRIBUTACIÓN EN PRINCIPALES PAISES PRODUCTORES DE COBRE

PAÍS	IMPUESTO 1ª CATEG. (%)	REGALÍA
CHILE	17	NO
EEUU	35	según tipo de tierra
INDONESIA	30	US\$ 45 - 35/TM
AUSTRALIA	30	2.5 - 2.7 %
CANADÁ	38.6	1 - 2 %
CHINA	33	2 %
PERÚ	26.3	A fines del 2003 lo aprobó el parlamento
RUSIA	N/D	N/D
POLONIA	28	3 %
KAZAKHASTAN	30	2 %
MÉXICO	35	NO
ZAMBIA	35	2 %
ARGENTINA	30	3 %
SUDÁFRICA	30	HASTA 8

Fuente: Universidad de Colorado

INDICE DE POTENCIAL MINERO MUNDIAL (2002)



Fuente: Instituto Fraser - Canadá

Si en estos estudios se ve que en nuestro país se paga un 17 por ciento de impuestos y que en las demás naciones mineras la tributación es el doble de la nuestra, entonces, cómo es posible que empresas que operan en países cuyas minas son de menor calidad (Cuadro N° 7) y que pagan impuestos equivalentes al doble de los que se cobran en Chile, y que además están afectas a un royalty (Cuadro N° 6), sí tengan utilidades y, por lo tanto, paguen impuestos.

En el mismo sentido, por qué en nuestro país, que tiene los mejores yacimientos, que cobra los impuestos más bajos del mundo y que no ha instaurado un royalty, durante 13 años las empresas han declarado pérdidas, al punto que han sacado 43 mil millones de dólares en dicho período sin pagar impuestos. Además, el Estado, debido a figuras tributarias excepcionales que en su conjunto lo hacen posible, les debe 2 mil 600 millones de dólares.

Hay que darse cuenta de que la mayor parte de esos 43 mil millones de dólares que han salido en estos 13 años lo hicieron con precios bajos.

Si no corregimos ese error respecto de este recurso no renovable, en primer término, en los próximos 30 años todas las minas privadas, salvo La Escondida, habrán agotado el mineral.

En segundo lugar, ya no habrán sacado 31 millones de toneladas por un valor de 43 mil millones de dólares, sino 61 millones de toneladas por un total de 100 mil millones de dólares. O sea, una cifra colosal.

Hay que darse cuenta de que Chile, por un raro privilegio de la Divina Providencia, o por la placa de Nazca, concentra entre el 40 y 50 por ciento de las reservas de cobre del mundo en una superficie que ocupa menos de uno por ciento del territorio total del planeta.

Cabe recordar que en el mundo se mide el desarrollo a través del consumo de kilovatios por habitante. Un alto consumo de energía limpia como la electricidad, mediante el uso de computadores, electrodomésticos, automóviles, enseres de viviendas, etcétera, determina que un país es altamente desarrollado.

Para terminar mi reflexión, me gustaría que los señores Senadores meditaran sobre la posición de Chile, considerando que el consumo de energía eléctrica que, como dije, mide el desarrollo en el mundo, sólo es posible con el cobre. Y nuestro territorio, por los factores que ya mencioné, posee el 50 por ciento de las reservas de cobre conocidas en el mundo. ¡Es una riqueza espectacular, colosal!

Por esa razón, nuestros padres históricos, desde la Izquierda hasta la Derecha sin excepción, concibieron que el cobre fuera un elemento estratégico para el desarrollo de la nación. Por eso es que inclusive la Derecha aprobó unánimemente la nacionalización del cobre, por considerar la excepcionalidad de este colosal recurso que se halla en nuestro país.

Nada más, señor Presidente.

El señor LARRAÍN (Presidente).- Muchas gracias, señor Senador, por su completo trabajo, que refleja la valiosa labor de la Comisión Especial que ha designado el Senado para tratar el tema de la tributación minera.

Deseo sugerir lo siguiente: hay cuatro oradores inscritos con lo que, si usaran de la palabra por quince minutos cada uno, superarían el tiempo destinado al Orden del Día. Por lo tanto, para no producir discontinuidad en el debate, solicito el asentimiento de la Sala para prorrogar su hora de término, a fin de que los señores Senadores, incluyendo al señor Ministro, puedan realizar sus intervenciones.

—Así se acuerda.

Senador
Jaime Orpis Bouchon*

(Intervención en la sala del Senado el 16 de Junio 2004)

*Senador por la I Región, miembro de comisión de minería, ex diputado, Abogado

El señor ORPIS.- Señor Presidente, Honorables colegas, dentro de la Comisión Especial, que trabajó muchos meses en este tema fui, en general, la opinión de minoría. Y deseo expresarla esta tarde.

Quiero comenzar mi intervención señalando la importancia de la actividad minera en Chile, que representa prácticamente el 9 por ciento del PIB y el 42 por ciento de nuestras exportaciones. En la década del 90, el 20 por ciento del crecimiento del país se explica por el aumento de la actividad minera con inversiones que superaron los 16 mil millones de dólares.

Tales cifras demuestran que la minería es fundamental para el desarrollo del país.

La definición de una política minera, que fue uno de los temas esenciales abordados por la Comisión, debe partir a mi juicio de ciertos presupuestos básicos, que son los que, en definitiva, han permitido la expansión y consolidación de esta actividad.

El primer elemento fundamental es el atractivo que representa nuestro país como potencial geológico y de recursos naturales, siendo considerado, junto con Brasil, como uno de los mejores a nivel mundial.

Sin embargo, y en este punto me detendré un momento, no basta contar con este importante recurso en materia geológica.

El desarrollo de la minería se caracteriza por sus altos niveles de riesgo, por sus grandes inversiones en el desarrollo de los proyectos, con un considerable porcentaje de inversión extranjera. Tal es el riesgo en esta actividad que, de acuerdo a diversos estudios internacionales, sólo cinco por ciento de las actividades de exploración se traduce en hallazgos de minerales; y de ellas sólo el uno por ciento logra materializarse en proyectos económicamente factibles.

Dadas las particularidades antes descritas, el desarrollo de la minería, además del recurso natural, exige, desde mi punto de vista tres elementos adicionales: SEGURIDAD JURÍDICA, ESTABILIDAD POLÍTICA Y UN MARCO MACROECONÓMICO ESTABLE.

En relación al tema de la seguridad jurídica, nuestro país presentó en el pasado graves problemas que terminaron por crear incertidumbre entre los inversionistas. La reforma constitucional de 1971 debilitó profundamente el derecho de propiedad minera. Al tenor de esta modificación, se procedió a estatizar cuatro importantes yacimientos de inversionistas extranjeros, sin cancelar íntegramente las respectivas indemnizaciones.

Recuperar la confianza significó cambios profundos en materia jurídica. Si bien la Constitución de 1980 avanzó significativamente en materia de derechos de propiedad, mantuvo la incertidumbre en lo concerniente a los derechos mineros. Sólo se resolvió de manera definitiva con la dictación de la Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras, al establecer que la concesión minera está amparada por el derecho de propiedad, consagrando que su titular puede usar, gozar y disponer de ella, y sólo puede ser privado de la misma mediante una expropiación.

Se refuerza el concepto de seguridad jurídica por cuanto en el caso de expropiación debe cancelarse al titular de la concesión el daño patrimonial efectivamente causado que, en esta materia, equivale al valor presente de los flujos futuros. En la ley orgánica citada, este derecho se consolida aún más al establecer el carácter indefinido de la concesión minera y disponer que su otorgamiento, mantención y extinción dependen del órgano judicial correspondiente.

Resuelto un aspecto tan esencial para todo inversionista como es el derecho de propiedad, fue necesario despejar el tema jurídico-económico.

Toda inversión minera requiere plazos largos para madurar. Desde la etapa de la exploración hasta la de explotación, suelen transcurrir muchos años e incluso décadas.

Por lo tanto, resulta fundamental en este tipo de proyectos la estabilidad de la normativa económica, especialmente en materia tributaria. Este elemento es determinante en la rentabilidad de los mismos. De ahí que en 1974 fue necesario dictar el decreto ley N° 600, cuyo objetivo esencial fue dar garantías al inversionista extranjero, estableciéndose la posibilidad de que éste optara por un régimen de invariabilidad tributaria y el trato no discriminatorio respecto del inversionista nacional.

Ambos elementos (derecho de propiedad sobre la concesión e invariabilidad tributaria) son, desde mi punto de vista, esenciales en materia de seguridad jurídica y explican el porqué de que en Chile, durante los últimos veinte años, se hayan invertido sobre 16 mil millones de dólares en el sector minero.

Con este respaldo, diversas autoridades de los tres Gobiernos de la Concertación salieron al mundo a captar inversión extranjera, teniendo pleno conocimiento de la normativa jurídica, económica y tributaria.

Me parece un grave error cuestionar la inversión ya materializada al amparo de la enmienda ofrecida, y mantener por largo tiempo una polémica en el sector que sólo contribuye a crear incertidumbre para futuras inversiones.

POR LO TANTO, UN PILAR BÁSICO EN TODA POLÍTICA MINERA ES EL TEMA DE LA SEGURIDAD JURÍDICA, QUE INCLUYE EL PRINCIPIO DE LA NO APLICACIÓN RETROACTIVA DE LAS NORMAS. Esto significa que cualquier modificación que se realice en la dirección anterior, será progresivamente interpretada, en especial por la inversión extranjera, como una vuelta de Chile hacia políticas del pasado, hoy generalizadas en Latinoamérica, con todo el costo que ello significa.

Por encontrarnos en medio del debate del royalty, quiero abordar igualmente el tema de la discriminación, que también representa una pésima señal.

Una forma de discriminación está dada, precisamente, por el royalty en el ámbito minero. Hasta ahora, señor Presidente, a todos los sectores productivos se les aplican normas similares en materia tributaria. A juicio de la mayoría de los analistas, eso constituye un gran activo para nuestro país, que lo hace diferenciarse de los del resto de Latinoamérica. Asimismo, consideran que para el inversionista el factor más determinante en la toma de decisiones es la no discriminación y la estabilidad o mantención de las reglas del juego, tanto en el espíritu como en la letra.

Gravar una actividad productiva significa un cambio profundo en la política planteada por Chile hace más de dos décadas, tanto respecto del inversionista nacional como del extranjero. La aplicación de impuestos selectivos a la minería no sólo perjudica a esta importante actividad productiva, sino que también crea incertidumbre en los demás sectores de la economía. A partir de estos hechos, la agricultura, la pesca y el sector forestal quedan notificados de tal posibilidad.

En general, cuando se comienza a discriminar a un sector, no se sabe dónde se terminará, dando paso no sólo a la discriminación, sino también, posteriormente, a la discrecionalidad, la cual constituye el mejor escenario para una vía hacia el populismo.

Normas generales y estables son la mejor garantía para el inversionista, aun cuando ello signifique, en casos muy particulares, incluso perder atractivas ofertas, como fue el caso de Intel en nuestro país.

También quiero referirme, señor Presidente, a la tributación en Chile. En la actualidad, la minería no goza de ningún privilegio en tal materia. Se le aplica la normativa general; sin embargo, algunos consideran necesario subir los impuestos para aumentar el aporte de la minería.

Lo anterior nos lleva, necesariamente, a analizar cuál es la carga efectiva de los gravámenes sobre la minería, en comparación con los países con los cuales nuestra nación compite. Muchos han simplificado el análisis. Se han limitado a comparar el impuesto a la renta entre los distintos países, sin incluir el impuesto adicional, que grava las utilidades remesadas como dividendos (18 por ciento para las empresas sujetas al régimen general y 25 por ciento para las sometidas al régimen de invariabilidad tributaria del DL 600); el que se aplica a la remesa de intereses (4 por ciento); el impuesto de timbres y estampillas, sobre la contratación de préstamos (1,6 por ciento); la patente minera; las contribuciones de bienes raíces. Todos estos son costos en los que en definitiva incurre la actividad minera.

El trabajo más completo para determinar la carga tributaria efectiva a nivel comparado entre los distintos países en materia minera lo realizó el profesor James Otto, del Colorado School of Mines, en el año 2000. Según el mencionado estudio, en Chile ella alcanzaría a 36,6 por ciento, sin considerarse la modificación legal sobre elusión y evasión efectuada en 2001, que a la larga terminó por subir los gravámenes. Por lo tanto, según el estudio del profesor Otto, la carga tributaria efectiva en nuestro país tendría el rango mencionado.

Chile tiene -esto no debe desconocerse- un sistema tributario competitivo. Sin embargo, se ha exagerado tal ventaja. De acuerdo con el mismo estudio, Australia tiene una carga inferior, y el resto de los países (como Polonia, Argentina, Brasil, Perú), una levemente superior.

Se ha señalado que las compañías mineras no pagan impuestos. Tal afirmación carece de fundamento. Lo que ocurre en la práctica con las compañías mineras es que se ha diferido el pago de ellos, en especial a raíz de mecanismos de depreciación acelerada, aplicables, señor Presidente -esto quiero destacarlo-, a todas las actividades productivas del país. Tal situación se ha prolongado más allá de lo previsto originalmente en los proyectos debido al bajo precio del cobre en los últimos años, que coincidió con la puesta en marcha de la mayoría de los yacimientos y las inversiones realizadas en nuestro territorio.

Señor Presidente, he querido abordar dos grandes temas. El primero corresponde a los pilares fundamentales para el desarrollo minero: seguridad jurídica, estabilidad macroeconómica, y no cambio en las reglas del juego.

Creo que estamos cometiendo un grave error: volver a un sistema que permite la discriminación tributaria en función de actividades productivas.

El señor ÁVILA.- ¡Increíble!

El señor LARRAÍN (Presidente).- Ruego guardar silencio.

El señor ÁVILA.- ¡Es que estoy asombrado!

El señor ORPIS.- Por lo tanto, señor Presidente, a mi juicio, el camino iniciado por Chile con esta larga polémica, primeramente no contribuye en nada a crear confianza para la inversión; y, luego, el proyecto de ley propuesto traerá costos para la misma inversión y el empleo.

No es efectivo que aquí se hayan dejado de pagar los impuestos. La depreciación acelerada simplemente permite diferir su pago. Ya este año, por la mejoría experimentada por el precio del cobre, aquellos ascenderán a 200 millones de dólares, cifra que las autoridades tenían perfectamente prevista. Y está calculado que para el 2010, cuando termine la depreciación acelerada (que, repito, difiere el pago de los impuestos, por concentrar sus efectos en los primeros años e irlos atenuando en los últimos), los ingresos que se han de recibir por tal concepto bordearán los mil millones de dólares anuales.

Senadora
Carmen Frei Ruiz-Tagle*

***Senadora de la II Región, miembro de comisión de minería, Educadora de Párvulos,
realizó estudios de Psicología Infantil en Universidad de Lovania**

UN DEBATE NECESARIO: ROYALTY MINERO Y DESARROLLO SUSTENTABLE

Carmen Frei Ruiz-Tagle*

«El cobre es un instrumento prodigioso para hacer de Chile una nación moderna»

Radomiro Tomic

Carta al Presidente Eduardo Frei Montalva

Julio 29 de 1969

Presentación

En el debate realizado en la Comisión Especial del Senado de la República encargada del estudio de la tributación de las empresas mineras, llevado a cabo desde agosto del año 2003, tanto autoridades, académicos, expertos, centros de estudio, asociaciones de trabajadores y empresas del sector, han tenido oportunidad de presentar sus puntos de vista y hacer su contribución a la reflexión sobre la importancia de la actividad minera en el desarrollo de Chile.

La minería ha sido un sector fundamental en el desarrollo económico chileno del siglo XIX y del siglo XX. Los ciclos de prosperidad pero también de depresión y de penuria que el país ha conocido a lo largo de su historia, están estrechamente ligados a lo ocurrido con los principales recursos mineros del país. Al ciclo de la plata y del cobre de la mitad del siglo XIX le sucede el ciclo del salitre. Antes de que éste último terminara por abortar su potencialidad, se empezó, en los albores del primer centenario de la independencia, a escribir la épica de la explotación del cobre con el inicio de la explotación de los yacimientos de Teniente en 1905 y Chuquibambilla en 1910. Capítulos enteros de nuestra historia, periodos perfectamente nítidos para los estudiosos y los historiadores, han estado marcados en lo económico, social, cultural y político por la influencia y el destino de nuestras principales riquezas mineras. La plata, el cobre, el hierro, el salitre y el carbón, con suertes disímiles, han sido fuente inspiradora de dinámicas que han contribuido a modelar nuestro carácter, nuestra identidad y nuestras preocupaciones sobre el futuro. Hacia las riquezas mineras de Chile se han volcado los talentos de exploradores, industriales, profesionales, trabajadores, letrados, narradores, poetas, ensayistas y hombres públicos. Ningún chileno

bien intencionado hacia el país ha dejado de preguntarse sobre la estrecha vinculación existente entre los recursos mineros y el desarrollo de Chile. No es casual que el tema de nuestros recursos mineros sea de manera constante en el tiempo, materia de estudio, reflexión y debate político. Hay suficiente vivencia social, evidencia empírica y testimonios que avalan la presencia histórica de la minería en pueblos, ciudades y regiones. Por lo demás, la minería ha sido un factor clave en la generación de recursos y por lo tanto en el financiamiento de políticas públicas para resolver los problemas más álgidos de nuestra sociedad. Por su importancia y gravitación en la economía chilena así como por su influencia a la hora de definir estrategias de desarrollo, la minería ha ocupado un lugar central en los proyectos histórico políticos que se han planteado como meta transformar a Chile en una nación moderna. Esa ha sido la característica que se desprende de nuestro pasado, y en ese registro se han dado los debates sobre qué hacer en particular con las riquezas minerales de las que el país dispone o en líneas más generales y recientes con los recursos naturales no renovables.

Recursos mineros y estrategia de desarrollo sustentable

Teniendo como telón de fondo los cambios en la modalidades de entender el camino hacia el bienestar, las discusiones y políticas en materia de recursos mineros se han desplazado desde una visión en la que primó la orientación hacia la maximización de la participación chilena en los excedentes de la industria, lo que condujo al control por parte del Estado de los grandes yacimientos, hacia una búsqueda de mayor integración de los recursos dentro de una estrategia de desarrollo del país en el contexto de un mundo globalizado.

En términos recientes, esta preocupación por el desarrollo ha llevado a algunos a plantear que la abundancia de recursos naturales no renovables constituiría una suerte de «maldición» que condenaría irremediablemente a los países que disponen de ellos a bajos niveles de crecimiento. Sin caer en el error que encierra este argumento, y asumiendo que el desafío consiste en no darle la espalda a la ventaja comparativa que representa el hecho de contar con un stock de recursos naturales no renovables, el problema central que debe abordar el país en esta etapa es cómo estimular, a partir de esa base, un desarrollo que logre aprovechar al máximo el potencial que ofrecen sus principales riquezas naturales.

Puesto en el contexto de este dilema, lo que hoy el país debe plantearse es una política minera consistente con una estrategia de desarrollo sustentable que transforme su base de recursos en una oportunidad para afianzar su futuro. Ello significa incentivar la exploración, invertir en investigación y desarrollo tecnológico, estimular el conocimiento de nuestra base de recursos para incrementar su valor y constituir un complejo industrial (cluster) alrededor del cobre.

Desde luego, el dilema anterior sería impensable sin el concurso de una política pública coherente y sostenida y sin tener a la vista datos y experiencias que deben procesarse adecuadamente considerando la realidad presente y los desafíos futuros. Chile posee por ejemplo el 30% de las reservas mundiales de cobre y al ritmo de explotación actual es dable suponer que hay cobre para a lo menos 50 años más. Sin embargo, ¿qué ocurrirá a futuro? ¿seguirá el cobre consumiéndose? ¿qué podemos hacer desde ahora para desplazar riesgos? No cabe duda que éstas son preguntas que obligan a iniciar un debate serio y responsable. Teniendo presente el «síndrome del salitre» la sociedad chilena actual tiene respecto a sus recursos mineros vigentes que resolver qué porcentaje del riesgo y de la renta asociada a la explotación de los yacimientos mineros deben pagar las empresas al Estado. Ello significa en buenas cuentas resolver una delicada y necesaria ecuación entre bien común e interés particular. En esto conviene recordar una vez más la palabras de Radomiro Tomic en la sesión del Senado correspondiente al 18 de julio de 1961:

«La experiencia del salitre debiera enseñar a cada chileno que la «gallina de los huevos de oro» no fue degollada por la intervención del inierés público en la industria del salitre, sino por su ausencia».

Una política pública más transparente y de mayor colaboración entre la actividad minera y el país

Como parte de esa política pública global en el marco de una estrategia de desarrollo sustentable, y respondiendo a un sentir mayoritario en el país, recientemente se ha ido generando coincidencia entre distintos sectores en cuanto a la necesidad de introducir cambios que hagan más transparente la actividad comercial de las empresas de la gran minería y que, al mismo tiempo, apunten a incrementar el aporte de éstas al país. Este amplio consenso ha sido en parte el fruto de las legítimas inquietudes que despertó lo ocurrido con la venta de Disputada de las Condes, empresa que en 24 años de operación

declaró pérdidas, no pagó impuestos y se vendió en 1.300 millones de dólares, y en parte la expresión de una preocupación que, más allá del hecho puntual anterior, se hace cargo de buscar mecanismos para asegurar un desarrollo sustentable de las regiones mineras, creando para ello fuentes de riqueza alternativas que permitan suplir el financiamiento fiscal cuando el cobre comience a declinar como recurso no renovable.

También ha sido un elemento que ha estado presente en el trabajo de la Comisión Especial constituida en el Senado para abordar estos temas, la obligación de promover los cambios que se requieren sin afectar la inversión, sin menoscabar la competitividad del negocio minero y velando porque sus condiciones de desarrollo le permitan seguir jugando un papel de primer orden en nuestro crecimiento económico.

Han sido entonces circunstancias de orden coyuntural y consideraciones de orden estratégico las que han motivado un debate sobre la conveniencia de poner a tono las condiciones en que se desenvuelve la actividad minera con los requerimientos de una perspectiva que supone adoptar medidas que signifiquen aprovechar la existencia de recursos naturales no renovables para transformar y asegurar el futuro del país. Se trata de un debate de la mayor trascendencia que obliga responsablemente a combinar criterios de eficiencia y renta; pensando en el largo plazo, de acuerdo con estándares que el propio mercado mundial de la industria minera adopta en diferentes latitudes para afianzar su competitividad y sostenibilidad en el tiempo y, por último, de acuerdo a consideraciones en la que está en juego la necesidad de combinar el interés particular legítimo, en el marco del bien común.

En el curso de este período en que los diversos sectores del país han tenido la oportunidad de expresarse, hay a mi modo de ver dos factores que considero necesario diferenciar, y creo que en ambos debemos emprender reformas legales. En primer lugar si las empresas mineras pagan suficientes impuestos; en segundo lugar, si como país recibimos un pago adecuado por la explotación de nuestra riqueza minera.

Impuestos mineros

Para nadie es desconocido el hecho que las empresas privadas de la gran minería han pagado un bajo impuesto a la renta. El escaso pago de impuestos se explica principalmente por tres razones: el uso de precios de transferencia

que no siempre son congruentes con los precios de mercado para los mismos bienes o servicios; el beneficio tributario del mecanismo de depreciación acelerada que permite a las empresas depreciar los activos fijos a la tercera parte de la vida útil, lo que retrasa el pago de impuestos; y, por último, la elevada relación deuda/patrimonio de las empresas, pues un gran endeudamiento significa importantes gastos de intereses, lo que conlleva una disminución de la base de ingresos imponibles.

Las cifras hablan por sí solas. Según fuentes de Cochilco, Codelco que sólo representa un 46% del total de la producción nacional de cobre ha entregado en los últimos 10 años aportes al Fisco 5 veces superiores a lo que tributó la gran minería privada.

Creo que el país requiere que con seriedad se analicen estos tres factores, y se responda a las siguientes preguntas: Primero, ¿a qué precios las empresas realizan sus transacciones comerciales con sociedades relacionadas domiciliadas en el exterior?, y segunda, ¿se justifica el beneficio de la depreciación acelerada en el sector?

En tal sentido, en el curso del trabajo realizado por la Comisión ha quedado claro que no existe transparencia en la definición de precios que usan las empresas para las ventas a sus casas matrices y que en muchos casos median fundadas razones para pensar que se utilizan valores no determinados por el mercado, con el propósito de reducir las utilidades imponibles, y que el uso de la depreciación acelerada converge también al mismo objetivo de reducir el pago de impuestos.

Aun cuando en su momento se pudo haber compartido el propósito del Ministro de Hacienda, señor Nicolás Eyzaguirre, quién llamó a las empresas a hacer, en el marco de la actual legislación, un aporte mayor al erario nacional, la respuestas de éstas a través del Consejo Minero, organismo que las agrupa, dejó en claro que, al no estar dispuestas a renunciar motu proprio a los mecanismos empleados para reducir el pago de impuestos, lo que correspondía era explorar enmiendas legales para evitar lo que ha venido ocurriendo.

Durante el debate que hemos realizado en la Comisión quedó claro también la necesidad de emprender un conjunto de iniciativas que permitan perfeccionar el ordenamiento aplicado al sector minero y cerrar las brechas legales existentes.

Con ello, lo que se pretende es evitar que en lo sucesivo la fe pública sea desfraudada por mecanismos que a todas luces no persiguen otro fin que evitar que el Estado recaude los ingresos que legítimamente le corresponden, logrando de paso que los mayores recursos así obtenidos sirvan al financiamiento de fuentes de desarrollo alternativo, especialmente en las regiones mineras.

Royalty o renta minera

Un tema distinto al anterior, que también merece análisis, es si el país y sus regiones, como dueño de las riquezas del subsuelo, reciben una adecuada compensación o renta por la extracción de estos recursos no renovables que pertenecen a la nación.

Chile sabe por experiencia que, de no existir una política con visión de futuro que se haga cargo de los riesgos y consecuencias que representan escenarios con menores rendimientos y agotamiento de los recursos naturales no renovables, se registran inevitablemente desastrosos efectos sociales, económicos y políticos. Está vivo todavía el recuerdo del salitre, como se mencionó anteriormente, y el ciclo de depresión que generó en el país y en regiones enteras - que pasaron de la opulencia a la miseria – la falta de una política previsoras con visión de futuro. Es hora que sepamos sacar las lecciones adecuadas de esa experiencia. Con el cobre, como con toda la riqueza natural no renovable que Chile cuenta, no puede ocurrir nunca más lo que sucedió con el salitre. Por lo tanto, precisamos hoy, y es nuestro desafío y nuestra obligación como parlamentarios, trabajar en una política de Estado que asegure al país y particularmente a las regiones que hoy viven de la actividad minera, una compensación adecuada por el uso de recursos que pertenecen a todos los chilenos, resguardando como es debido la rentabilidad del negocio y los derechos de las empresas, pero asumiendo también el deber de transformar los recursos mineros en un poderoso instrumento de prosperidad y progreso para todos.

La consideración anterior debiera por sí sola bastar para entender que la aplicación de un royalty o regalía a las empresas por la explotación de recursos que son del país no es sólo una cuestión de justicia, sino también un mecanismo que, además de viable, se halla ampliamente validado por una lógica de desarrollo sustentable y sostenible, por lo demás suficientemente legitimada en todos los países que explotan recursos mineros. Como bien ha hecho en recordarlo el Presidente de la Comisión Especial del Senado, el Senador señor Jorge Lavandero, sólo México y Chile no aplican royalty.

El país está considerado dentro de la industria como uno de los más importantes distritos mineros del mundo. Ninguna de las grandes empresas que operan en Chile desconocen el pago de esta regalía en otros distritos mineros del planeta, ni la cuestionan. Hay además en esta materia suficiente respaldo para avalar este cobro y sostener que el Estado y las regiones deben ser compensadas adecuadamente por el uso de recursos que pertenecen al país, resguardando las rentabilidades y sin poner en jaque el desarrollo de la industria. De todos los estudios comparados analizados en el curso de nuestros trabajos para evaluar la actual estructura tributaria de la minería con las condiciones utilizadas en otros países, el elemento concluyente que se debe destacar es que la tributación chilena es una de las más bajas del mundo.

Sabemos que la minería es una actividad muy diferente al resto, y en razón de ello es que se justifica una estructura tributaria que dé cuenta de sus particularidades. La minería presenta un sinnúmero de características que la hacen distinta a cualquier otra actividad económica, entre las que se destacan la fuerte inversión extranjera en el sector, la alta capitalización y la utilización de un recurso natural no renovable. Estos aspectos, liberados a su propio arbitrio, derivan siempre en un fenómeno de inequidad en la distribución de los beneficios y de los perjuicios. Así por ejemplo ocurre con la minería privada al generar ganancias que no se traducen en mayores beneficios para la mayoría de los chilenos, y con su bajo aporte al Fisco que tampoco se compadece con la pérdida patrimonial que se genera por la extracción del recurso.

La idea de un régimen especial queda así plenamente justificada por la composición de la actividad. La «discriminación» como algunos la han llamado responde a la necesidad que las actividades económicas retribuyan al país en términos proporcionales a los beneficios que generan y en compensación por los costos que provocan. La gran minería debe y puede hacerlo porque ello no afecta su competitividad y porque ello forma parte del sentido común propio del estilo de desarrollo correspondiente a la naturaleza de la fase actual de la modernidad. Hay por lo demás poderosos y legítimos argumentos de justicia y responsabilidad que obligan al Estado a demandar compensaciones por la extracción de recursos mineros no renovables. Resulta inaceptable que regiones del país como la Segunda se encuentren en la paradoja de tener bajo sus pies un subsuelo pródigo en riquezas minerales y mucha gente viviendo en la pobreza.

Eso no es ético ni moral. Pero si esto es inaceptable en el presente mucho más lo es el no adoptar las medidas para corregir esta inequidad y ofrecer a las futuras generaciones un desarrollo de calidad, sustentable y socialmente inclusivo.

La necesidad de un acuerdo nacional para impulsar los cambios: el proyecto de royalty.

Uno de los méritos que ha tenido el trabajo de la Comisión Especial ha sido su apertura hacia todos los sectores, la diversidad de puntos de vista y de los análisis recogidos y la visibilidad pública de los debates que se han generado en torno a la necesidad de buscar mecanismos que permitan resolver las fallas del marco legal vigente para la gran minería y aumentar su aporte al desarrollo del país. Como resultado de este debate y respondiendo al sentir mayoritario que se fue generando en la opinión pública, así como al pedido de diferentes actores políticos y sociales, el Gobierno envió al Congreso Nacional un proyecto de ley que «Establece una Regalía Minera ad-valorem y crea un Fondo de Innovación para la Competitividad», con la indicación de que parte significativa de los recursos obtenidos por esta vía se inviertan en las regiones mineras. Se cumple así con un paso importante para hacer lo que en el sentir mayoritario del país es el deber de sus núcleos dirigentes: adoptar las medidas para proteger y asegurar que la capacidad de las principales riquezas mineras sea un motor del crecimiento económico y base de sustentación del desarrollo futuro, de todo el país, y especialmente de la regiones especializadas en la actividad.

La decisión adoptada por el Gobierno, con el apoyo de la Concertación y de una parte minoritaria de la oposición, se sitúa a la misma altura de las decisiones que en su momento, gracias a la chilenización y nacionalización del cobre, hicieron posible que la principal riqueza del país se transformara en una viga maestra de su prosperidad. Habiéndose consolidado en la actualidad la importancia de la minería como un sector económico clave en el desarrollo, la medida de aplicar un royalty además de justa es oportuna si se considera la actual coyuntura de precios por la que atraviesa la industria. Mediante el proyecto, lo que se busca con el uso del royalty es paliar por anticipado los efectos negativos que puede tener a futuro una presión sobre la explotación de los recursos mineros sesgada por comportamientos rentistas de corto plazo.

En el debate que se ha abierto lo que está en juego es la necesidad de quebrar esa mentalidad de renta inmediata y fácil para instalar en su lugar una política pública que se ha cargo del futuro compatibilizando la necesidad de explotar los recursos mineros con medidas que eviten que el país repita la experiencia del «salitrazo» que deprimió regiones enteras y causó graves males sociales.

Desde un punto de vista conceptual, el proyecto reafirma la propiedad del Estado sobre los recursos naturales y acoge la doctrina económica más actual sobre el manejo de los recursos naturales. En cuanto a lo primero, en materia jurídica el fundamento de legitimidad del royalty minero se ampara en el artículo 19, N° 24, inciso 6°, de la Constitución Política de 1980, que dispone que «el Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas». Por este concepto, el país tiene pleno derecho de cobrar por la extracción y uso con fines comerciales de un recurso natural no renovable que es de propiedad del Estado, sin que se pueda interpretar este cobro como un cambio impositivo para las empresas.

En cuanto a lo segundo, el Mensaje del proyecto reconoce un valor intrínseco a los recursos naturales de los cuales el Estado no recibe actualmente ninguna compensación por su extracción y venta y sostiene que por esta situación el concesionario minero aprovecha los recursos en forma gratuita. En consecuencia se trata de un subsidio del Estado a los dueños de empresas mineras que por lo demás provoca una disminución artificial en el costo de explotación, generando así los incentivos para sobreexplotar los minerales. El establecimiento de la regalía logra no sólo que los oferentes internalicen el costo correspondiente al mineral extraído sino además considera que por ser los recursos naturales parte del capital de toda la sociedad, es obligación del gobierno capturar la rentabilidad de mercado que ese capital genere, independientemente de la tributación.

En el curso anterior al envío del proyecto y cuando todavía no terminaban los trabajos de la Comisión Especial, sin siquiera conocerse el carácter, montos, modalidades de aplicación, ni menos el texto, empezó una intensa campaña impulsada por el Consejo Minero, organizaciones representativas de la gran empresa, respaldada por dirigentes políticos de la derecha y ampliamente acogida en medios escritos identificados con esos sectores, orientada a desprestigiar cualquier iniciativa que pudiese significar que el país corrigiera situaciones abusivas y recaudara legítimamente parte de la renta minera por concepto de extracción y venta de recursos naturales que le pertenecen a toda la sociedad chilena.

Esta operación anti royalty ha estado basado en una procedimiento conocido en toda estrategia conducente a identificar los intereses propios de los sectores con gran poder económico con los intereses del país. Se trata como muchas veces ha ocurrido de profetizar graves consecuencias económicas con repercusiones sociales, fuga de capitales, caída brusca de los niveles de inversión, pobreza y cesantía, todo lo cual sería la resultante ciertamente probable en caso de no hacer lo que la lógica y el buen sentido de los intereses privados plantean. Como ha quedado demostrado a propósito de otras iniciativas de bien público, tales vaticinios han sido desmentidos por el crecimiento del país, la estabilidad y el propio aumento de las utilidades logradas por las empresas. Contra esos sombríos pronósticos se alzan por lo demás las evaluaciones positivas que el país concita por parte de observadores e instituciones especializadas del extranjero. En este sentido, el merecido prestigio de Chile entre los inversionistas se basa no sólo en las ventajas comparativas asociadas a nuestros recursos, que como en el caso del cobre derivan de su naturaleza, sino también a condiciones que dicen relación con el saber acumulado y la profesionalización de sus recursos humanos, la estabilidad y seriedad de la institucionalidad política, la eficiencia económica y la baja conflictividad social.

Fracasada esta estrategia, la derecha a su vez se ha visto obligada a buscar otras fórmulas para boicotear el proyecto una vez éste presentado al Parlamento. Habiendo resultado estériles todas las campañas y amenazas veladas y abiertas para impedir el royalty, en una maniobra de última hora, la derecha no encontró nada mejor que parapetarse detrás de un «memorando» elaborado por un grupo asesor de su líder, y que este ha transformado en «proyecto secreto» destinado a aumentar la patentes mineras en reemplazo de las regalías que se busca cobrar a través del royalty. En esta segunda estrategia de la campaña anti royalty, sin dejar de identificar el proyecto propuesto por el Gobierno con los sombríos pronósticos de la primera estrategia, lo que la derecha busca es confundir al país incurriendo para ello en el error de fondo que consiste en asimilar con un cuidado plan comunicacional orquestado en la prensa receptiva a los objetivos de es sector, patente y royalty. El absurdo de esta maniobra es que por esta vía no sólo se obtienen menos ingresos sino que se mantiene incólume el estatus quo, permitiendo con ello que las empresas sigan beneficiándose del subsidio público al aprovecharse gratuitamente de un recurso natural cuyo dueño es el Estado de Chile. La maniobra de fondo de este «proyecto secreto» es desvirtuar el debate de su sentido original al poner en paralelo dos planteamientos que no siendo idénticos, se pretende que sean vistos por la opinión pública como un proyecto de royalty contra otro «proyecto»

de royalty. En verdad, confundir la patente que tiene por objeto esencial cubrir el derecho a mantener la concesión y por otro lado evitar que se acumulen concesiones sin explotar, con el cobro de una regalía por el uso del recurso, es en definitiva y sin decirlo claramente, rechazar los fundamentos conceptuales, jurídicos y económicos, que motivan la necesidad de cambiar el estatus quo y aprobar un proyecto de royalty minero para Chile.

En esta disyuntiva central entre interés público y el interés privado, la derecha ha tomado un claro partido por defender la posición de las grandes empresas del sector, plegándose a la campaña sostenida en contra del royalty. Sin desconocer el hecho que constituye un derecho legítimo la defensa de los intereses particulares, en este caso como en muchos otros bien vale la pena recordar que no siempre el interés común coincide o se puede confundir con el de un grupo, sector económico o sector social por respetables que éstos sean. En democracia el bien común se define, interpreta y determina en un proceso de deliberación en las instancias encargadas de definirlo y que encarnan la soberanía nacional. Esa instancia es el Parlamento y en ella al menos la derecha no ha hecho sino evitar que el royalty minero pueda transformarse en ley de la República. Tomar partido por cuidar el interés nacional y mirar responsablemente el futuro supone estar de verdad por el cambio que Chile necesita. Es ése el partido que he tomado en este debate y es éste el espíritu de todos quienes hemos sostenido que el royalty es justo, legítimo y necesario para darle sustentabilidad futura a un desarrollo basado en nuestras riquezas mineras.

Senador

Baldo Prokurica P.*

(Intervención en la sala del Senado el 16 de Junio 2004)

*Senador por la III Región, miembro de comisión de minería,
Abogado ex Gobernador de la Provincia de Huasco.

El señor PROKURICA.- Señor Presidente, quiero partir agradeciendo y felicitando al Senado por la formación de esta Comisión Especial, que durante más de siete meses efectuó un trabajo serio y que, sin duda, constituirá un aporte en un tema sobre el cual debiera debatirse más en nuestro país. Diría, sin temor a equivocarme, que casi no se discute respecto de nuestra principal riqueza. Y lo peor de todo es que los chilenos sabemos poco sobre el cobre y la minería, y no aquilatamos su importancia.

Debo manifestar que por años no dispusimos de toda la información que hubiéramos deseado y, de no existir esta Comisión, jamás habríamos accedido a ella.

Fui Diputado durante 12 años y en reiteradas ocasiones solicité información al Ministerio de Hacienda y otras reparticiones, la cual nunca obtuve. Tardé más de 10 años en saber cuál era el sueldo de los máximos directivos de CODELCO. Eso, en alguna medida, no es bueno; no genera transparencia en la actividad y suscita muchas dudas.

¿Es normal, señor Presidente, que en un país donde más del 15 por ciento del producto interno bruto proviene del sector minero, donde el cobre constituye casi la mitad de las exportaciones, se debata tan poco sobre la materia y no se sepa casi nada al respecto? Me parece que no.

El informe que conocemos hoy contiene, primero, las preguntas que los chilenos debiéramos hacernos: ¿Cuánto nuestro país con una política de Estado para la minería? ¿Debería tenerla? ¿Cuáles tendrían que ser sus contenidos mínimos?

Segundo, analiza las formas de asociación societaria de las empresas mineras.

Tercero, hace una reseña del decreto ley N° 600, de sus orígenes y perfeccionamientos.

Cuarto, alude acerca del perfeccionamiento de la fiscalización existente tanto en el Servicio de Impuestos Internos y el Banco Central como en COCHILCO y las demás entidades que operan en el sector minero.

Quinto, menciona las propuestas para modificar las actuales condiciones, a fin de obtener un mayor ingreso tributario para el Estado, incluyendo el análisis de los impuestos que las empresas de la gran minería del cobre han pagado en la última década.

Sexto, expone las proposiciones para reparar la actual situación mediante la aplicación de un royalty y otros mecanismos como el encadenamiento productivo.

POLÍTICAS DE ESTADO PARA LA MINERÍA CHILENA

Con relación a las políticas de Estado para la minería nacional, Chile se caracteriza por tener un gran potencial minero, cuyas ventajas comparativas se pueden ver principalmente en áreas de la minería metálica. De hecho, el sector minero ha sido uno de los principales motores del crecimiento económico en la última década, con un fuerte desarrollo de minerales que no habían sido aprovechados en toda su capacidad.

Sin lugar a dudas, el cobre es uno de los minerales más importantes para el país, por sus grandes volúmenes de exportación. Al mismo tiempo, la política de apertura económica durante las últimas décadas ha permitido mayores grados de libertad para la inversión privada. Es así como la llegada de capitales extranjeros ha incidido en un mejoramiento en las técnicas productivas y en la explotación de otros minerales.

Una característica importante de esta actividad económica es la influencia regional que tiene, debido a la ubicación geográfica de los recursos mineros. Es así como pueden verse grandes diferencias entre la gran minería y la pequeña, donde políticas que afecten al sector pueden experimentar un extraordinario impacto social.

Si hacemos un análisis histórico, podríamos decir que Chile era un país minero antes de la llegada de los colonizadores. Y éstos vinieron aquí buscando oro. Y si analizamos nuestra realidad económica, veremos también que somos y seguiremos siendo por mucho tiempo un país eminentemente minero. Sin embargo, parecíamos no darnos cuenta de ello. Porque vemos que se discute más acerca del smog que afecta a la Capital o de la manera de solucionar los problemas de congestión que en ella existen, que sobre políticas y medidas para hacer más eficiente y competitiva la explotación de nuestras riquezas naturales.

No está claro, entonces, que Chile tenga una política de Estado para la minería del cobre. Es más, tiendo a creer que ésta no existe y que aquellos temas de Estado que la tocan es por lo absolutamente indispensables que son para el país. Por ejemplo, calcular el presupuesto nacional de acuerdo al valor internacional de la libra de cobre.

Lo que sí resulta evidente es que Chile debe tener una política de Estado para el cobre y para la minería en general. Seguramente el señor Ministro del ramo –quien está presente- nos va a decir que desde hace un año hay una política de Estado para la pequeña minería. Es cierto. Y eso es un avance y un intento en tal sentido. Pero creo que hay que seguir adelante y

trabajar con algunas de las propuestas de esta Comisión para que, en definitiva, el país cuente con una política de Estado para el cobre y, especialmente, para la gran minería.

Me alegré mucho cuando esta semana vi en los medios de comunicación el anuncio de que CODELCO habría separado una bacteria para hacer más eficiente la captación de las partículas de cobre. Porque aquí se investiga poco. Yo diría que los resultados de investigaciones sobre el metal rojo se obtienen más bien a nivel mundial, en naciones que a veces no son mineras, que en Chile.

Señor Presidente, nadie puede entender que un país como el nuestro no tenga una política de Estado en esta materia. Es como si España careciera de una en turismo; o Italia, en agricultura; o Israel, en Defensa. Con mayor razón, resulta una incógnita que el más grande productor de cobre del mundo no cuente con una política de Estado clara en minería.

Si concluimos que, por los motivos expuestos anteriormente, es indispensable que en Chile exista una política de Estado para la minería, es necesario determinar cuáles deben ser los elementos mínimos que ha de contener.

PROPUESTAS DE CONTENIDOS PARA UNA POLÍTICA DE ESTADO

Ante todo, no puede quedar excluido el aspecto comercial. Los acuerdos comerciales suscritos por nuestro país, ya sean bilaterales o multilaterales, se han transformado en una fuente creciente de nuevas oportunidades económicas para las naciones en vías de desarrollo.

A su vez, las restricciones comerciales de los países desarrollados se caracterizan por utilizar un sistema arancelario escalonado, o sea, a mayor valor agregado del producto importado, más elevada es la tarifa de internación a la que debe hacer frente. De esta forma, para Chile la exportación de minerales refinados es relativamente más costosa que la de los minerales concentrados, lo que limita la capacidad de generar un valor más alto y, por lo tanto, un incremento en las remuneraciones de la industria.

Por lo anterior, es importante para el sector hacer esfuerzos tendientes a eliminar ese tipo de barreras impuestas por las grandes economías. Esto se debe llevar a cabo a través de los acuerdos comerciales bilaterales y las instancias de negociación multilateral.

En el aspecto tributario, Chile tiene un Estatuto de Inversión Extranjera que entrega dicha estabilidad, lo cual implica que ese instrumento es un activo de suma importancia, tanto para la atracción de capitales como para la absorción de nuevos procesos de innovación tecnológica que permitan la interrelación entre diferentes áreas productivas dentro del país.

Por lo tanto, el Estatuto debe ser profundizado y perfeccionado en aquellos aspectos en que muestra debilidades, como es el caso en que las empresas pueden acogerse al régimen tributario normal. Esto a la larga termina siendo arbitrario, sin que el compromiso de invariabilidad tenga un valor real.

Si una empresa obtiene la invariabilidad tributaria, debiera pagar la tasa real, esto es, 42 por ciento. Pero, en la práctica, no ocurre así, pues, cuando logra este beneficio, al momento de pagar el impuesto, la empresa renuncia a la invariabilidad y se acoge al régimen normal del 35 por ciento.

En lo que respecta al decreto ley N° 600, creado como herramienta en los años 70, éste ha sido, a mi juicio, un eficiente mecanismo para atraer inversiones a Chile. Sin embargo, la realidad que vivía nuestro país en esa época ha variado notablemente. Por lo tanto, más que promover su derogación, como algunos han sugerido, lo que debemos hacer es adaptarlo a la realidad de hoy.

En la promoción de nuevos usos –esto constituye también un tema de política de Estado–, el Gobierno ha tomado conciencia de lo que significa el proceso de colocación de productos nacionales en el exterior. Es así como se ha potenciado a PROCHILE como una de las instituciones fundamentales en ese ámbito, donde el sector público no puede estar al margen.

Lamentablemente, la minería no parece ser una de las industrias con mayores prioridades dentro de la promoción internacional, ya sea por las altas ventajas comparativas, que no hacen temer una competencia directa, o por la falta de valor agregado de los productos. Sin embargo, la dinámica siempre cambiante de los mercados induce a pensar en la necesidad de cubrirse ante mayores niveles de competencia que debiliten las ventajas naturales que tiene Chile en la minería, donde ya se han visto materiales sustitutivos del cobre en sectores tan importantes como la construcción, el transporte, las telecomunicaciones y el área energética.

En las alianzas estratégicas, el crecimiento experimentado en los gigantes asiáticos (China e India) constituye una oportunidad evidente para realizar alianzas de complementación. China, poco

a poco, se está consolidando como uno de los mayores consumidores de cobre, por lo que sus procesos de refinación y comercialización pueden ser un gran espacio para las empresas establecidas en nuestro país.

En el aumento de la transparencia y coordinación de la fiscalización del sector, como un elemento también de política de Estado, el régimen impositivo debe ser estable a través del tiempo, impidiendo todo manejo tributario al margen de la ley. Por ello, es importante aplicar a todas las empresas las normas que el Senado, en particular, y el Parlamento, en general, aprobó en el año 2000 sobre temas tributarios, que no significan cambios, sino que dicen relación más bien a evitar las brechas existentes hasta esa fecha. Aunque se haya celebrado invariabilidad tributaria, lo que se debe hacer allí es impedir la evasión y la elusión.

A partir de 1995, el proceso fiscalizador mejoró bastante. Entre 1980 y 1995, COCHILCO apenas realizó 15 auditorías, mientras que entre 1996 y 2002 la cifra aumentó a 36. No obstante ello, la burocracia nacional es aún muy ineficiente, por lo que es necesario modernizar los sistemas y aprovechar las tecnologías en red, donde las personas a cargo tengan una mayor responsabilidad y conciencia para fiscalizar de forma ágil.

Es fundamental asimismo una mejor coordinación entre el Servicio de Impuestos Internos, el Banco Central, COCHILCO y el Servicio de Aduanas.

Otro tema, tal vez también importante, es mejorar la rentabilidad para las Regiones donde se encuentran operando las faenas mineras. Ya lo decía la Senadora señora Frei, hoy en día los retornos provenientes de la minería no son completamente aprovechados por las localidades que entregan el recurso. El excesivo centralismo en las políticas públicas ha traído como resultado que los proyectos mineros no tengan ningún efecto sobre las Regiones donde están instalados. Dos buenos ejemplos en esta materia son Calama y Diego de Almagro. Calama, hasta hace poco, era una ciudad donde más del 20 por ciento de las familias no contaba con alcantarillado. Diego de Almagro, por su parte, sigue siendo una de las comunas más pobres del país. En general, señor Presidente, hay muchas comunas que han estado al lado de las riquezas más grandes de Chile, pero siguen apareciendo con los índices más altos de cesantía y pobreza y con pésimos resultados en materia de educación, todo ello a causa del centralismo que opera en nuestro país.

El único intento que logramos sacar adelante en algún minuto, como una forma de mejorar las condiciones de las Regiones mineras - me refiero al beneficio regional del producto de las patentes mineras-, finalmente

no generó efecto alguno, dado que Hacienda nos descuenta esos recursos de lo que corresponde a cada Región.

El mejor ejemplo, señores Senadores, del abandono en que se encuentran esas Regiones es que la única parte del país que no cuenta con doble vía, ahora que el Estado privatizó las carreteras, es el norte, o sea, las Regiones Primera, Segunda y Tercera. Todo esto constituye una paradoja, porque fueron éstas las que aportaron los recursos, obtenidos de la minería, para la construcción de la antigua carretera Panamericana.

En lo personal, señor Presidente, considero una burla que, año a año, se anuncien más y más ampliaciones del metro de Santiago, lo que cuesta miles de millones de dólares, que se pagan con los fondos de todos los chilenos, especialmente, con los que aportan estas comunas, que poco y nada los aprovechan.

La necesidad de relacionar la industria minera con el resto de los sectores de la localidad es algo prioritario, ya que hasta ahora el encadenamiento productivo ha tenido magros resultados, principalmente por la falta de interés de las propias autoridades más que por el proceso mismo de la industria minera.

Por otra parte, una política de Estado también debe contener incentivos para dar mayor valor agregado a los recursos naturales.

PERFECCIONAMIENTO AL SISTEMA DE SOCIEDADES Y TRIBUTACIÓN

Otro asunto que la Comisión consideró necesario analizar es la forma en que se han organizado las empresas que se acogen al decreto ley N° 600, especialmente las grandes compañías de inversión extranjera. A esto se le ha llamado «Constitución Societaria».

Todas las empresas del rubro, con excepción de Mantos Blancos y Quebrada Blanca, se han constituido como sociedades contractuales mineras, las cuales, para efectos societarios, son sociedades de personas. En mi concepto, señor Presidente, al menos por dos razones sería deseable que estas compañías, de esa magnitud en inversión, se constituyeran como sociedades anónimas.

La primera de ellas se refiere a la transparencia. Este elemento lamentablemente no ha existido en esta década, como lo expliqué al inicio de mi exposición. Y despejaría dudas -más bien evitaría suspicacias- el hacer públicas sus cuentas y balances.

El segundo elemento tiene relación con el efecto tributario, esto es, que las sociedades contractuales mineras se consideran sociedades de personas. Por esta causa, pagan el impuesto de primera categoría sobre la utilidad tributaria. En cuanto a los socios, se paga el global complementario, pero sólo en lo referente a retiros que provengan de utilidades tributarias.

El señor LARRAÍN (Presidente).- Terminó su tiempo, señor Senador.

El señor PROKURICA.- Pido que me permita redondear la idea, señor Presidente.

El señor LARRAÍN (Presidente).- Pero sea breve, Su Señoría.

El señor PROKURICA.- En este caso, como existe depreciación acelerada y no hay utilidad tributaria, se produce un efecto tributario no deseable.

TRIBUTACIÓN DE LAS EMPRESAS MINERAS

Por último, señor Presidente, de los planteamientos expuestos aquí, se desprende que, como en todas las cosas, no es conveniente generalizar. Hay empresas que son buenas, que han tributado todo este tiempo y producen un efecto muy importante en las regiones; es el caso de La Escondida. Sin embargo, existen otras que no son un ejemplo de compromiso ni con el país ni con sus Regiones.

En cuanto al royalty, he manifestado que votaré a favor y que, en lo óptimo, éste debiera tener tres características esenciales.

La primera es no desincentivar la inversión minera en Chile. Esto significa tener muy claro cuánto es el impuesto que se paga en otros países, a fin de no perder nuestras competencias.

La segunda apunta a que es fundamental respetar la palabra empeñada. Tal principio implica aplicar un royalty en dos fases: una, descontable de impuesto a la renta para las empresas ya instaladas y, la otra, dirigida a las nuevas inversiones y a la ampliación de proyectos antiguos. Esto significaría, por una parte, mejorar el impuesto a la renta, que probablemente sea más importante que el mismo royalty y, por otra, respetar las reglas del juego.

La tercera característica es permitir el beneficio regional. Ya expliqué los fundamentos de este punto. Estimo que lo recaudado por concepto de este royalty debiera ir en ayuda de las Regiones donde los proyectos mineros están instalados. La razón de este planteamiento radica en que quizás el origen de la discusión nació de la baja recaudación fiscal, pero también del efecto que para las Regiones mineras tenía la extracción de un bien no renovable.

En consecuencia, no debemos olvidar que, para la aprobación de cualquier proyecto de royalty, es condición indispensable que los recursos recaudados por este concepto beneficien a las Regiones donde se desarrolla la minería.

Senador

Ricardo Núñez Muñoz*

***Senador por la III Región, miembro de comisión de minería, Licenciado en Sociología y Profesor de Historia y Geografía Económica de la Universidad de Chile, y Master en Demografía y Geografía Económica de la Universidad Carolina de Praga, Checoslovaquia.**

UN ROYALTY PARA CHILE Y SUS REGIONES MINERAS

Senador Ricardo Núñez Muñoz*

INTRODUCCIÓN

Como lo indican las cifras de nuestro comercio exterior, a pesar de la gran diversificación de la estructura productiva y de servicios experimentada por el país debido a la apertura de nuestra economía, el cobre es - y lo seguirá siendo por largo tiempo- nuestro principal producto de exportación. En efecto, de los ingresos fiscales que Chile obtiene de sus exportaciones, el 45% provienen de la venta del cobre al mercado internacional.

A lo anterior, se debe agregar que de las reservas conocidas y cuantificadas de cobre en el mundo, alrededor del 38 % de ellas se encuentran en nuestro territorio. Que Chile exhibe unas de las más altas tasas de productividad en la extracción y procesamiento del metal rojo y una experiencia minera de reconocida calificación internacional. Las minas en explotación poseen leyes que las hacen altamente rentables. Así mismo, el alto nivel profesional de nuestros ingenieros, técnicos y trabajadores permite la utilización plena de avanzadas tecnologías asociada a los procesos productivos incluidas aquellas de origen nacional que gozan de reconocido prestigio mundial como el llamado Convertidor El Teniente. Debe tenerse presente al respecto que la innovación científica y tecnológica es un rasgo distintivo de la minería por lo que el esfuerzo hecho tanto por el sector público como por el privado destinado a elevar permanentemente la formación de nuestros profesionales y estimular la investigación, merecen ser reconocidos. Ello ha permitido, por ejemplo, incorporar a la explotación minas de baja ley que hasta hace poco eran económicamente inexplotables.

Todos estos factores, comúnmente poco apreciados en nuestro propio país, unidos a los fáciles y expeditos accesos a modernos puertos de embarque de los recursos mineros extraídos así como la estabilidad política y social que muestra Chile, aseguran que la explotación de esta riqueza cuprífera, así como de los diversos y valiosos minerales que le acompañan, sean incomparablemente atractivos para los inversionistas extranjeros. Chile es por tanto clave para todas aquellas empresas dedicadas al rubro que tengan la pretensión de incidir significativamente en el mercado mundial del cobre.

Cuando hablamos de cobre por tanto no estamos hablando de un factor productivo más. Estamos hablando de un recurso económico fundamental para hacer de Chile un país desarrollado a partir del año 2010, nos estamos refiriendo a una riqueza estratégica en torno a la cual se ha construido una industria cuyas ventajas comparativas no tienen parangón en ninguna actividad productiva que podamos exhibir.

Por experiencia histórica Chile sabe que cuando no existen políticas adecuadas que faciliten la obtención de una renta justa y legítima para el país, no solo sufren de esas carencias las generaciones de chilenos que fueron incapaces de implementarlas, sino que dramáticamente todas aquellas generaciones que le sucedieron. En el pasado fue el salitre, luego el hierro y ahora nos enfrentamos a los desafíos del cobre. Mañana con seguridad serán otros minerales, como el litio, el oro e innumerables productos no metálicos, que se encuentran durmiendo en las entrañas de nuestras montañas, los que puedan sufrir de la irresponsabilidad de no haber obtenido de esas riquezas los frutos que nos merecemos.

Sin embargo, el país debe tener conciencia que el cobre no sólo es fundamental para su progreso y desarrollo sino que se trata, a diferencia de otros recursos naturales, de una riqueza que nos se renueva, que se volatiliza en miles de productos finales, que una vez extraída del fondo de la mina en ella sólo queda el hoyo y el recuerdo de tanto esfuerzo desplegado para extraerla. Es mas, aun cuando nuestras reservas son aparentemente cuantiosas, ellas algún día se agotarán o no poseerán valor alguno.

Chile debe asumir lo sucedido con el salitre.

En cualquier momento, debido al extraordinario avance de las ciencias, nuestro mineral puede verse seriamente afectado por políticas sustitutivas implementadas por los grandes países consumidores. Este hecho, que no aparece como un riesgo inmediato para las actuales generaciones de chilenos, tenemos la obligación de tenerlo presente siempre. No es casual que durante el año 2002 Alemania implementara eficientes procesos de reciclaje de cobre que lograron cubrir, durante ese período, casi el 75% de su demanda interna. De acentuarse medidas de esta naturaleza Chile será el principal afectado.

Otra dimensión importante relacionada con la industria del cobre es la necesidad de construir una política de carácter estratégico para hacer de nuestra principal riqueza una verdadera palanca de progreso. Urge establecerla, de ella carecemos como país y ha llegado la hora de construirla. Si bien en el pasado dimos pasos importante como fue la nacionalización de la empresas extranjeras, en la actualidad se trata de optimizar sus rendimientos, de combinar adecuadamente el esfuerzo público con el privado, de agregar valor a cada libra de cobre extraída, de explotarla teniendo presente la exigencias medioambientales, de hacer de ella una fuente que estimule la investigación científica y la innovación tecnológica. En suma se trata de hacer de ella en las actuales condiciones en que se desenvuelve la economía mundial, un factor determinante para nuestro futuro.

Por tanto, no sólo debemos atender a la necesidad de introducir cambios en el sistema tributario de la gran minería del cobre, sino que además debemos establecer de una Comisión del mas alto nivel que esté en condiciones de estudiar a fondo las características del mercado internacional del cobre, las nuevas condiciones en las que éste se desenvuelve, los procesos de cambio y de modernización industrial que se llevan a cabo en algunos países de los llamados miembros del segundo y tercer mundo, como lo son India, China y Rusia, todos los cuales tenderán a favorecer, según todas las predicciones, el consumo del cobre. Ello requiere del estado políticas que apunte a perfeccionar los procesos de extracción, producción y comercialización de nuestros recursos mineros, elevar la productividad, enfrentar los desafíos de su sustitución, promover nuevos usos del mismo, y apoyar la investigación científico-tecnológica que la haga posible.

Nadie lo hará por nosotros.

Ni siquiera las grandes empresas extranjeras que hoy se encuentran en nuestro país, explotando nuestra riqueza cuprífera con ventajas comparativas altamente beneficiosas para ellas. El objetivo central que las anima es aprovechar las altas rentabilidades que obtienen de su explotación en Chile. Lo anterior debido a que casi un 100% de los recursos cupríferos que ellas extraen se traducen en concentrados de cobre que es una pre-materia prima que es tratada en refinerías y fundiciones que se encuentran en países donde estos procesos se encuentre fuertemente subsidiadas.

Por estas razones considero que debemos abrir un debate serio y fundado que le permita a Chile conocer con la máxima exactitud posible el destino estratégico de nuestra principal riqueza minera: el cobre.

Desde hace mucho tiempo hemos venido manifestando nuestra preocupación sobre este acuciante tema, reconozcamos, sin embargo, que el interés despertado por la materia surgió, en lo fundamental, a propósito de de la escandalosa situación que afectó a la empresa minera Disputada las Condes. Esta empresa al hacer uso y abuso de ciertos resquicios de la legislación tributaria, declaró por más de 20 años pérdidas contables ante la pasividad y la anuencia de nuestras propias autoridades. La venta que se hiciera de dicha empresa a la transnacional sudafricana Anglo American, ha servido para estimular una discusión que más allá de sus resultados concretos ha tenido la virtud de poner en el centro del debate la real contribución que la gran minería hace a nuestro país.

La experiencia vivida con esta empresa no es nueva. También ocurre en otras latitudes.

En efecto, tal como se señala en un reciente ensayo del escritor y documentalista norteamericano Michael Moore:³ «En los años más recientes sobre los que se tienen datos, cuarenta y cuatro de las principales ochenta y dos empresas del país no pagaron la tasa del 35% en impuestos que se exige a todas las compañías. De hecho, diecisiete de ellas no pagaron impuesto alguno. Y siete, con General Motors a la cabeza, hicieron juegos malabares de un virtuosismo tal que el gobierno acabó por deberles dinero.». Tal como se lee. Lo mismo que en Chile. Todos los chilenos le debemos a la Anglo American, sucesora de la Exxon, una impresionante cantidad de millones de dólares por los créditos tributarios que ella heredó.

Michael Moore continua: «Otras 1.279 corporaciones con activos por valor de 250 millones de dólares o más tampoco pagaron impuestos, aduciendo no haber tenido ingresos en 1995 (el año más reciente para el que existen estadísticas).»

Igual que en Chile. A pesar de ser un país muchas veces menos desarrollado que la gran potencia del norte, la mayoría de las grandes empresas mineras

³«Estúpidos hombres blancos». Ediciones B, Grupo Zeta, septiembre 2003

extranjerías que se encuentran explotando nuestras riquezas mineras «...tampoco pagaron impuestos, aduciendo no haber tenido ingresos...». La diferencia está en que no sólo no pagaron durante el año 1995, como lo recuerda el ensayista estadounidense, sino que prácticamente durante todos estos años, desde el momento en que éstas iniciaran sus actividades en Chile.

Lo anterior justifica plenamente las expresiones del ministro de hacienda Nicolás Eyzaguirre, quien interpretando el sentir mayoritario de los chilenos llamó a esas empresas a hacer, en el marco de la actual legislación, un aporte mayor al erario nacional. La lamentable respuesta del Consejo Minero que agrupa a todas ellas ha dejado en claro, una vez más, que éstas no están dispuestas a escuchar el llamado que les fuera formulado ni siquiera en momentos en que observan precios tan favorables para la libra de cobre como los que hemos tenido en el último tiempo.

Actitudes como estas me hacen sostener que crece entre los chilenos la idea que el establecimiento de un royalty constituye una respuesta legítima que se parangona con la nacionalización del cobre y que toda otra medida que se implemente más bien nos recuerda la política de «chilenización» del mismo.

El debate, por tanto, está abierto.

1. LA TRIBUTACIÓN EFECTIVA DE LA GRAN MINERÍA PRIVADA

Las consideraciones que expondré a continuación son una apretada síntesis de las normas legales que principalmente influyen en la tributación de las empresas mineras.

1.1. IMPUESTO A LA RENTA

Como regla general, la gran minería se encuentra afectada al impuesto de primera categoría en términos similares aplicables a otros sectores de la economía nacional, más con ciertas particularidades que emanan de la estructura jurídica que se utiliza para la organización de la empresa minera.

Efectivamente, si la empresa minera se organiza bajo la estructura jurídica de una sociedad anónima, su régimen tributario no diferirá de las regulaciones aplicables a cualquier otra industria o sector productivo que opere en Chile. En

tal caso, es posible afirmar que las compañías mineras de la «gran minería» tributarán en primera categoría, por su renta efectiva determinada en base a contabilidad completa, con una tasa del 17% a contar del año tributario 2004 en adelante.

Los retiros que efectúen sus accionistas tributarán siempre con impuesto global complementario o adicional, dependiendo si éstos tienen sus domicilios o residencias en Chile o el extranjero, respectivamente, y a tales tributos les será descontado, de ser procedente, el impuesto de primera categoría pagado por la sociedad anónima en calidad de crédito.

Pero si la organización jurídica se ha hecho bajo la forma de una sociedad de responsabilidad limitada o contractual minera, la tributación diferirá significativamente de la de una sociedad anónima por tener tales figuras jurídicas un tratamiento diferenciado en cuanto a la aplicación del impuesto global complementario o adicional, ya que la Ley de Impuesto a la Renta trata tales estructuras jurídicas como sociedades de personas para fines tributarios, lo que significa que los retiros que efectúen los socios o accionistas solo estarán afectos a impuesto global complementario o adicional en el mismo año tributario del retiro dependiendo de que la sociedad tenga o no Fondo de Utilidades Tributables («FUT»). Es decir, tratándose de este tipo de estructura societaria, se produce el fenómeno de que existiendo retiros de utilidades financieras – que difieren en su determinación de las utilidades tributables – tales retiros no tributan en la misma época en que se verifique el respectivo retiro, difiriéndose el tributo global complementario o adicional hasta la época en que exista Fondo de Utilidades Tributables. Dicho de otra forma, los retiros de las empresas mineras organizadas como «sociedades de personas» para efectos tributarios, no acrecientan las arcas impositivas fiscales en la misma época en que tales retiros se materializan, lo que sin lugar a dudas representa un perjuicio para el interés público, ya que los tributos que no se pagan ni perciben hoy pasan a tener absoluta incertidumbre futura respecto a su valor económico, situación que se produce, precisamente, por no ser posible aplicar y aprovechar tales recursos en la época efectiva de su obtención. Esta situación, parcialmente remediada por la ley de evasión y elusión tributaria de reciente data, me lleva a sostener que el estado de Chile durante todo este período en los hechos ha venido subsidiando indirectamente a la enorme mayoría de estas empresas.

En el sector minero la diferencia entre utilidades tributarias y financieras, elemento básico para la determinación de la tributación de los retiros de las sociedades de personas, pasa a ser un tema fundamental.

¿Por qué?

La respuesta descansa principalmente en la aplicación de una serie de mecanismos y ajustes propios del cálculo de la base imponible del impuesto de primera categoría, a saber, el tratamiento tributario de los denominados gastos de exploración, gastos de desarrollo, gastos de preparación, entre otros y, principalmente, la aplicación de la depreciación acelerada.

1.1.1.- Otro componente del impuesto a la renta es el impuesto sobre la distribución de utilidades (impuesto adicional). En relación al impuesto sobre las utilidades, Chile aplica la tasa de impuestos más alta del mundo, que alcanza al 35%. Esta cifra es muy superior al promedio de los países mineros, que es del 14%.

Sin embargo, se debe precisar que el pago de impuestos de primera categoría constituye un crédito sobre el pago de este impuesto adicional por las remesas de capital o distribución de dividendos. Por ello, el pago de este último impuesto se reduce considerablemente.

1.1.2.- Otro tributo que resulta necesario considerar respecto a las empresas mineras por la forma de estructurar sus aportes de capital externo, es el de tributación de los intereses de créditos otorgados desde el exterior.

En efecto, todo proyecto minero de la «gran minería» desarrollado en nuestro país en las últimas décadas se ha efectuado bajo la estructura de un «financiamiento de proyecto» («Project Financing») que implica ingresar como capital sólo el monto máximo exigido por el Comité de Inversiones Extranjeras (hoy un 25% de la inversión), ingresando el resto de la inversión como «créditos asociados» a la inversión externa, parte de los cuales son otorgados en la generalidad de los casos por entidades relacionadas con la empresa receptora de la inversión.

Desde la dictación de la Ley N° 19.738, sobre evasión y elusión tributaria, se gravan con tasa del 4% sólo los intereses correspondientes a los créditos externos siempre que sean otorgados por «instituciones bancarias o financieras extranjeras o internacionales», siempre y cuando la relación deuda-patrimonio sea menor de 3 a 1. Sólo si no es así pagan una tasa del 35%.

Sin embargo y atendido el hecho que la tasa de impuesto a las remesas de capital o utilidades siempre es de un 35%, se genera indirectamente un incentivo

perverso a que las empresas «disfracen» remesas de capital como deuda para, de esta manera, pagar menos impuestos.

Al respecto, es del caso señalar que la tasa de impuesto que se aplica en Chile al pago de intereses de créditos externos es una de las más bajas del mundo, ya que el promedio internacional alcanza a un 11%.

1.2. DECRETO LEY N° 600 SOBRE INVERSIÓN EXTRANJERA

En Chile, la inversión extranjera cuenta con un estatuto especial contenido en el Decreto Ley N° 600, del 11 de julio de 1974, refundido, coordinado y sistematizado por el DFL 523, de 1993.

Este cuerpo normativo esta orientado a los estados extranjeros, a las personas naturales y jurídicas extranjeras y a los chilenos con residencia y domicilio en el exterior.

Al amparo de este cuerpo normativo, se celebran los contratos de inversión extranjera entre el inversionista y el Estado de Chile, los cuales tienen el carácter de «contratos leyes» y en ellos se contemplan aspectos relativos a la tributación.

El inversionista extranjero puede optar o no al contrato suscrito con el Estado chileno propuesto por el DL 600. El Comité de Inversiones Extranjeras, establecido en el mismo decreto, autoriza la inversión y su propósito, a través de la firma del contrato. A su vez, con su firma, el inversionista opta, entre otras materias, por el régimen de invariabilidad tributaria que garantiza una carga de impuesto efectiva del 42% durante diez años, salvo que el proyecto de inversión supere los 50 millones de dólares, porque en este caso, el plazo se amplía a los 20 años y se lo faculta para llevar su contabilidad en moneda extranjera. El inversionista puede renunciar por una sola vez a la opción de invariabilidad tributaria.

El DL 600 establece, además, un plazo de 8 años para el ingreso del capital al país para las inversiones mineras, el cual puede ser extendido hasta 12 años cuando se requieran exploraciones previas. Las utilidades pueden ser repatriadas en todo momento, a condición que los impuestos hayan sido pagados. El capital puede ser repatriado después de un año, proviniendo las divisas de la venta de acciones y derechos que materializan la inversión, o de la venta de la empresa. Asimismo, el decreto garantiza al inversionista el acceso al mercado de cambio formal y la mejor tasa para la repatriación del capital y de sus dividendos.

Por último hay que considerar que los contratos leyes de inversión extranjera contemplan una suerte de congelamiento de toda la normativa tributaria, esto es, invariabilidad de normas legales y también de circulares del Servicio de Impuestos Internos, relativas a regímenes de depreciación de activos, arrastre de pérdidas a ejercicios posteriores y gastos de organización y puesta en marcha.¹

En relación a la conveniencia de mantener o no la vigencia de este estatuto, es imprescindible tener presente que una eventual derogación del DL 600 no afectaría la validez de los contratos suscritos ya que no podría tener efecto retroactivo y en consecuencia sólo tendría efectos a futuro. Por otro lado, tal como lo señalara recientemente Roberto Mayorga Ex Vicepresidente Ejecutivo del Comité de Inversiones Extranjeras, «...el DL 600 ha dejado de poseer la importancia que había tenido durante un par de décadas, ya que su contenido ha sido reemplazado por el de tratados... (internacionales), que conceden plena garantía jurídica al inversionista extranjero y que, como instrumentos internacionales bilaterales o multilaterales, no pueden ser modificados unilateralmente por el Estado. En otras palabras, desde una perspectiva de futuro, el DL 600 no posee la justificación que tuvo en el pasado, y su eventual derogación, creemos, no tendría mayor incidencia sobre la inversión extranjera.»²

2. USOS Y ABUSOS DE LA LEGISLACIÓN TRIBUTARIA VIGENTE

Las empresas de la gran minería privada del cobre, sostienen que ellas tributan en la misma forma aplicable a cualquier otra industria o sector productivo en Chile. Sin embargo, como se ha señalado con anterioridad ella puede diferir y de hecho difiere debido principalmente a que su forma de organización jurídica para efecto tributario más generalizada es la de «sociedades de personas», situación que, unida a los beneficios que se otorgan al inversionista y empresa receptora de la inversión derivados del llamado «contrato de inversión extranjera», éste las hace tributar en forma diferenciada con significativos beneficios para ellas y pérdidas significativas de valor presente para el Estado de Chile.

¹ Artículo 11 bis del Decreto Ley N° 600 del 11 de julio de 1974

² Inversión extranjera: ¿DL 600 o royalty?. Roberto Mayorga L. El Mercurio, domingo 29 de febrero de 2004

De igual manera, estas compañías señalan que, no obstante que sus costos de producción están por debajo del precio del cobre, sus costes totales y finales son negativos por efecto de los elevados gastos financieros que deben incurrir como consecuencia del alto endeudamiento que han debido contraer para financiar sus proyectos.

De acuerdo a las diversas opiniones recogidas en el seno de la Comisión, ha quedado claro que la mayoría de las empresas de la gran minería privada del cobre han utilizado diversos procedimientos tributarios que han redundado en la disminución de sus utilidades y el no pago de impuestos en Chile.

Entre los principales procedimientos utilizados destacan aquellos referidos a:

2.1. LOS PRECIOS DE TRANSFERENCIA

El precio de transferencia es el costo o valor que se paga por la adquisición o la contratación de servicios entre empresas relacionadas. De acuerdo a la información recogida en el seno de la Comisión se ha evidenciado que estos precios no siempre son congruentes con los precios de mercado para los mismos bienes o servicios.

Es así, que en el ámbito de la minería existe una cierta práctica tendiente a subvalorar los concentrados de cobre que se venden a empresas relacionadas. Bajo este esquema las empresas podrían reducir sus ingresos por ventas y por ende, reducir sus utilidades tributarias. De acuerdo a alguna estadística, ciertas empresas venden cobre a sus filiales a valores que son en 20 a 30% inferiores a los precios de mercado.

El caso de la empresa minera Disputada de las Condes plantea legítimas dudas sobre abuso de este mecanismo por otras empresas mineras.

2.2. EL PAGO DE INTERESES A LAS CASAS MATRICES

Las empresas de la gran minería son altamente intensivas en capital y requieren ingentes financiamientos iniciales. Esta situación hace que exista una alta relación deuda patrimonio. Un gran endeudamiento significa importantes gastos de intereses lo que conlleva una disminución de la base de ingresos tributables.

Para aumentar los gastos en Chile y disminuir o eliminar sus utilidades, alrededor de los dos tercios de la inversión para la exploración, instalación de faenas y explotación de los yacimientos mineros, algunas de estas empresas la efectúan mediante créditos de filiales financieras de sus propias casas matrices, las que generalmente se encuentran radicadas en paraísos fiscales. Pero, además, generalmente las tasas de esos créditos, son muy superiores a las que se otorgan en el mercado financiero internacional.

2.3. PERDIDAS EN LOS MERCADOS DE FUTURO DEL COBRE

Para rebajar las utilidades tributables algunas empresas mineras extranjeras venden, en los mercados de futuro del cobre, una cierta cantidad de opciones de cobre a un precio determinado, comprando posteriormente esas mismas opciones a precios superiores.

El caso más emblemático es del la Compañía Minera Mantos Blancos que el año 1995, estando el precio del cobre a 133 ctv/l, vende a futuro toda su producción en alrededor de 80 centavos la libra de cobre.

2.4. DEPRECIACIÓN ACELERADA

La depreciación acelerada es un beneficio tributario que permite a las empresas depreciar los activos fijos a la tercera parte de la vida útil que establece el Servicio de Impuestos Internos. Bajo esta modalidad se incentiva la inversión de las empresas, ya que se retrasa el pago de impuestos a la renta.

Este mecanismo, constituye uno de los principales instrumentos que se utiliza en la actividad minera para postergar el pago de tributos. A través de su aplicación se obtiene la reducción de la base imponible de estas empresas como consecuencia del uso intensivo de bienes de capital para el desarrollo de actividades productivas, traduciéndose en que en los primeros años de operación de los proyectos mineros -los que pueden llegar incluso a ocho años- se produzcan pérdidas tributarias difiriéndose el pago de impuesto por los retiros por la falta de un fondo de utilidades tributarias positivo que haga exigible el pago de tal tributo, como consecuencia, precisamente, de la pérdida tributaria que se obtiene por la aplicación del mencionado mecanismo.

La minería, debido a las tecnologías utilizadas para la extracción de minerales y a la gran infraestructura requerida para su explotación, es muy intensiva en capital, por lo que la utilización de la depreciación acelerada abulta enormemente los costos de la empresa, durante la vigencia y aplicación del mecanismo.

La Ley 19.738, sobre normas para combatir la evasión y elusión tributaria, determinó que la depreciación acelerada es aplicable sólo para los efectos del Impuesto de Primera categoría y la depreciación normal para los efectos del Impuesto Global Complementario. Sin embargo, la clara intención que fue perseguida a través de esta modificación legal, ella no se logra, ya que gran parte de las empresas receptoras de inversión extranjera en minería, amparadas en el Decreto Ley N° 600 y específicamente en el artículo 11 bis y en sus «contratos de inversión extranjeras» firmados con el Estado de Chile con antelación a tal modificación, se han sustraído de su aplicación utilizando las facultades que les confiere ese estatuto, para así evitar que los cambios tributarios afecten alguno de los componentes que conforman la determinación de la renta, entre ellos, el tratamiento de la depreciación de los activos.

En relación con este tema, es preciso traer a colación que, el 13 de enero de 2004 el Ministerio de Hacienda, a través de una declaración pública, sostuvo que: «...hacia mediados de los 80, bajo el pretexto de estimular la inversión extranjera, se modificó la legislación autorizando la inadecuada práctica de extender el uso del incentivo tributario de la depreciación acelerada no sólo a la reinversión de utilidades, sino también, en el caso de determinadas sociedades, a su repatriación. Como se podrá advertir, cuando se permite la postergación del pago de impuestos para abultar las utilidades remitidas al exterior, se está en la práctica concediendo un crédito sin interés, con recursos fiscales, a los socios extranjeros que materializaron una inversión en el país, para cualquier uso que estimen conveniente.»

2.5. SOCIEDADES CONTRACTUALES MINERAS

Tal como ya lo señalara anteriormente, es necesario enfrentar el tema de la estructura societaria de las empresas que laboran en la gran minería. La mantención de la situación actual, en que la mayoría de las empresas están constituidas como sociedades contractuales mineras, que son tratadas para efectos tributarios como sociedades de personas es inaceptable y se requiere de una urgente reforma.

Un camino es obligar a que todas las empresas que forman parte de la gran minería se constituyan como sociedades anónimas u otra es que el Estado decida tratar a toda empresa minera, productora de más de un tonelaje anual a determinar, como una sociedad anónima para fines tributarios, cualquiera sea la forma societaria que haya decidido libremente adoptar el inversionista minero.

Adicionalmente se puede legítima y legalmente establecer la obligación para dichas entidades de registrarse en el Registro Público de Valores de la Superintendencia de Valores y Seguros, de forma tal de permitir transparencia en los estados financieros y en sus operaciones con partes relacionadas.

3. APORTES DE LA GRAN MINERÍA PRIVADA AL PAÍS Y SUS REGIONES

Según fuentes de Cochilco y Codelco, entre el año 1991 y 2001 la gran minería privada tributó en promedio 167 millones de dólares anuales, en circunstancias que CODELCO, entre 1990 y 2002 aportó al Fisco un promedio de 809 millones de dólares anuales, no obstante que la minera estatal sólo participa con el 46% del total de la producción de cobre.

Según un estudio realizado por Cochilco, entre el año 1991 y el año 2001, el Fisco recaudó US\$ 1.836 millones por concepto de pago de impuestos de las 10 mayores compañías mineras privadas productoras de cobre (Escondida, El Abra, Mantos Blancos, Quebrada Blanca, Cerro Colorado, Disputa, Zaldívar, Collahuasi, Los Pelambres y Candelaria).

Esta cifra se desglosa en US\$ 748 millones en pago de Impuesto de Primera Categoría, US\$ 997 millones en impuestos adicionales por dividendos, y US\$ 111 millones en pago de impuesto adicional por pago de intereses a los créditos contraídos en el exterior.

De acuerdo a este mismo estudio, de los impuestos pagados por estas 10 principales empresas de la gran minería privada en el período referido, la Compañía Minera Escondida participó con un 96% en el pago de Impuesto de Primera Categoría y con un 94% en el pago de Impuesto a Remesa de Dividendos.

Las impresionantes cifras que exhibe la minería en aspectos puramente económicos (Participación en el PIB, exportaciones y niveles de inversión), no se compadecen con su bajo aporte en el ámbito de la economía social. A la luz de las cifras se puede constatar que la minería es, comparativamente, uno de los sectores que más bajo aporte entrega en dicho ámbito.

En cuanto a su participación en el empleo a nivel nacional, la actividad minera es el segundo sector económico con menor aporte a este rubro, con una participación de apenas un 1,7 del empleo en promedio para la década. Según la estadística del INE, en 1990 la generación de puestos de trabajo de este sector, representaba un 2,2 % del total, en cambio, durante, el año 2002, su participación llegó al 1,3 % del total.

En cuanto a las patentes mineras, en términos comparativos con otros países, Chile se ubica en un lugar intermedio. Sin embargo, las empresas pueden descontar o rebajar su valor de los Pagos Provisionales Mensuales obligatorios de primera categoría. Esto significa, que las empresas mineras pagan la patente de concesión sólo en el caso de registrar pérdidas.

Por ello, las regiones poseedoras de los recursos minerales, a las cuales teóricamente van los recursos obtenidos por este concepto, no pueden seguir contentándose con este escaso aporte y menos con las donaciones culturales y contribuciones caritativas a los entes e instituciones locales que eventualmente reciben su apoyo.

Algunos datos estadísticos:

APORTES AL FISCO DE CODELCO

(Promedio 1990-2002, moneda corriente)

ITEMS	MONTO (Millones de US\$)
Dividendos	241
1° Categoría	76
Adicional	206
Ley Reservada	252
Otros Impuestos	34
TOTAL APORTES	809

Fuente: Cochilco y Codelco

APORTES AL FISCO DEL SECTOR PRIVADO

Tributación Gran Minería Privada

Promedio 1991-2001

ITEMS	MONTO (Millones US\$)
1° categoría	68
Adicional Dividendos	89
Adicional Intereses	10
TOTAL APORTES	167

Fuente: Cochilco y Codelco

4.- ALTERNATIVAS PARA UNA MAYOR Y MEJOR CONTRIBUCIÓN

4.1. ESTABLECIMIENTO DE UN ROYALTY O REGALÍA

4.1.1. Una cuestión previa: El debate constitucional sobre la propiedad de los recursos mineros

La discusión sobre el establecimiento de un royalty a la gran minería ha tenido como telón de fondo, el debate constitucional sobre la propiedad de los recursos mineros que yacen en nuestro subsuelo, el carácter constitucional de la concesión minera y el derecho de propiedad que recae sobre ella.

En los últimos meses ha circulado un estudio realizado por el profesor Alejandro Silva Bascañan y que le fuera encomendado por la Sociedad Nacional de Minería. En ese estudio, el profesor Silva sostiene que el estado no es dueño de las minas que se comprenden en el objeto de la concesión minera judicialmente otorgada a un particular, es decir, que el Estado no tendría respecto a dicha riqueza la calidad de propietario común ni la de dueño especial de tales bienes, lo que no lo facultaría para considerar dicha riqueza como recurso originario o patrimonial suyo. Concluyendo que: «no existiría (...), en nuestro ordenamiento institucional espacio para que se autorice la dictación de una ley que lo imponga», refiriéndose específicamente al royalty o la regalía. El Estado, podría establecerla, según el mismo Silva Bascañan, sólo a las sustancias no concesibles, porque en relación a éstas actúa como un «propietario especial», pudiendo imponerle, por esta razón un tributo igual o parecido al royalty o regalía.

De acuerdo al mismo informe el dominio del Estado sobre la riqueza minera concesible es un dominio especial, cuya principal característica es que sólo permite al Estado establecer las reglas jurídicas aplicables para que los particulares puedan adquirir un título que les permita acceder al aprovechamiento de tal riqueza –la concesión minera judicial- estableciendo los derechos y obligaciones de los concesionarios y las causales de extinción de tales concesiones, extinción que por expreso mandato constitucional debe ser siempre declarada judicialmente.

Al contrario, según el Informe en Derecho del Abogado Alfonso Laso Barros, el Estado si es dueño pleno de los recursos mineros concesibles y que en tal virtud puede imponer a los concesionarios cargas o gravámenes para su explotación.

Esta opinión, compartida por otros constitucionalistas, señala que el Estado detenta el Dominio Patrimonial sobre las minas, con todos los derechos propios del dueño, y que está facultado para desprenderse de algunos atributos de este dominio, como el de disfrutar de sus productos, mediante la constitución de un derecho real de concesión, que entrega a los particulares la facultad de apropiabilidad de los minerales que extraiga en la forma y con las obligaciones que establezca la ley.

Del mismo modo, este informe señala que, «la carta fundamental otorga dos espacios para la aplicación de un royalty por la explotación de recursos de la minería, siendo el primero de ellos el de establecerlo como una nueva obligación del concesionario de pagar un precio al Estado por la adquisición de un factor productivo que es de su propiedad y, el segundo como un tributo dentro de la soberanía tributaria del Estado.»

El abogado Laso, fundamenta esta opinión señalando que: «...es necesario analizar detenidamente, tanto el texto como la génesis del Inciso 4º, del N° 20 del artículo 19 de la Constitución. Dicha norma expresa:

«Sin embargo, la ley podrá autorizar que determinados tributos puedan estar afectados a fines propios de la defensa nacional. Asimismo podrá autorizar que los que gravan actividades o bienes que tengan una clara identificación regional o local puedan ser aplicados, dentro de los marcos que la misma ley señale, por las autoridades regionales o comunales para el financiamiento de obras de desarrollo.»

El origen de esta disposición, nos señala el abogado Laso, se encuentra en una indicación que yo presentara junto a la H. Senadora Carmen Frei, y el ex Senador Rolando Calderón, con motivo de la reforma constitucional del año 1991, que se materializó en la ley N° 19.097, y que en parte de su fundamentación señalaba: *«esta indicación innova respecto de la proposición del Ejecutivo en cuanto incorpora como tributo de afectación para obras de desarrollo regional, una parte de los que se obtengan de actividades vinculadas a la explotación de recursos no renovables situados en la región, y tiene su fundamentación en la necesidad de compensar el empobrecimiento que experimentan las regiones con motivo de las actividades extractivas (minería, carbón, petróleo y otras), que las desposeen de estos recursos naturales.»*

El informe referido continúa señalando que, «De esta forma, el propio constituyente autorizó y justificó plenamente la aplicación de un tributo que gravare la explotación («bienes») de los recursos naturales no renovables de la minería, con el propósito de compensar a las regiones que son desposeídas de ellos. Constitucionalmente, el royalty, considerado como un tributo, tiene un nítido espacio, tanto en el texto como la historia del establecimiento fidedigno de la Constitución Política.»

El abogado Laso Barros, expresa a modo de conclusión que:

«1.- El Estado de Chile ejerce el Dominio patrimonial de todas las minas situadas en el territorio nacional, en los términos establecidos en el artículo 19, N° 20, inciso 6° y siguientes, normas que le definen como dueño absoluto, exclusivo, inalienable, e imprescriptible de ellas.

La tesis que sustenta la teoría contraria, esto es que su dominio es sólo Eminente o Alto Dominio y que permite al descubridor de ellas a hacerse dueños de los yacimientos, fue desechada por la Junta de Gobierno Militar al sancionar la Constitución del 80, la cual no innovó respecto de la caracterización de la propiedad estatal de las minas. Al respecto resulta ilustrativo ver el Requerimiento al Tribunal Constitucional que hiciera la Junta de Gobierno, en 1981 y que se encuentra contenido en Rol N° 5, de 1981 de ese tribunal, sobre alcances de la L.O.C. sobre Concesiones Mineras.

2.- El cambio del sistema de otorgamiento de la concesión, desde una autoridad gubernamental hacia el Poder Judicial, no alteró en absoluto el dominio patrimonial del Estado, por cuanto sigue siendo éste quien otorga la concesión por intermedio de uno de sus poderes. Sólo se buscó certeza jurídica y eliminar arbitrariedades en el otorgamiento.

3.- Cualquiera que sea la tesis a la cual se adscriba, el Estado puede agregar nuevas obligaciones al concesionario minero, como la de pagar una compensación por la explotación de los recursos, toda vez que esa posibilidad se enmarca en la soberanía legislativa. Basta con dar cumplimiento al N° 26 del artículo 19, en el sentido de no afectar el ejercicio de los derechos del concesionario hasta el punto de hacerlos ineficaces.

4.- Para la Constitución Política, particularmente según lo dispuesto en el artículo 19, N° 20 inciso 4°, y la historia fidedigna de su establecimiento, la Compensación al Estado por la explotación de recursos mineros puede ser considerada un tributo y, en tal caso, este debe sujetarse a los requisitos y principios constitucionales en materia tributaria.»

Del mismo modo, el abogado constitucionalista, Armando Uribe, ha señalado categóricamente que «los yacimientos mineros son de propiedad del Estado. El dominio del Estado sobre todas las minas es absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible y es previo a la entrega de concesiones por el mismo Estado a particulares.»

El abogado Uribe explica que «los especialistas en Derecho Minero y los constitucionalistas consideraban que la naturaleza de las minas era única, porque el Estado tiene el dominio de todos los yacimientos mineros que se encuentren en las entrañas del país. Por ese motivo, hay un tratamiento legal y constitucional de esos bienes distinto al de cualquier otro, que proviene de la circunstancia de que nuestro país ha sido identificado como país minero y, por lo mismo la Constitución declara que el Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas.» Recordando que desde la reforma constitucional de 1971, no cabe ninguna discusión, ni jurídica ni teórica, sobre la naturaleza del dominio del Estado sobre las minas. Todos los yacimientos mineros del país son de propiedad del Estado, que puede conceder, por un tiempo y en un espacio limitado, el derecho a explorar y explotar los minerales de una mina.

El abogado Uribe explica que «el artículo 19 de la Constitución dice que los concesionarios estarán obligados a desarrollar las actividades necesarias para satisfacer el interés público que justifica el otorgamiento de la concesión, lo que constituye una tremenda exigencia que hace el Estado a la explotación minera, que no efectúa respecto de otros bienes que pueden ser entregados en concesión. Dicho interés público es mayor aun respecto de la Gran Minería del Cobre, según resulta de la disposición tercera transitoria de la Constitución, entonces, en el derecho constitucional chileno, la Gran Minería del Cobre tiene

un estatuto particular respecto de todas las demás minas en el país. Todas las minas son de dominio absoluto del Estado, pero la Gran Minería del Cobre no sólo tiene esa característica, sino que además es declarada de orden nacional o nacionalizable».

4.1.2. Los royalties o regalía: Marco conceptual

A la luz de los conceptos mundialmente aceptados de lo que se entiende por el royalty a la explotación de los recursos naturales no renovables y teniendo presente los criterios que imperan en los países que lo aplican es preciso señalar que en ellos se parte del concepto de considerar a los recursos naturales minerales como un bien en stock que conforma un capital natural de propiedad de toda la sociedad y que es necesario reponer económicamente cuando se explota.

Para los Estados Unidos y Canadá, que siguen el concepto de dominio patrimonial del Estado respecto de los recursos naturales no renovables, establecen en sus legislaciones federales normas que consagran nítidamente tal tipo de dominio. Así la ley federal norteamericana define al royalty como el pago en base al valor o volumen de producción que se debe pagar al Estado o a las Naciones Indígenas por la explotación de recursos del subsuelo.

La reposición de dicho capital natural es de responsabilidad del estado, a quien el sistema constitucional le ha encomendado su sustentabilidad. Desde este punto de vista, el Estado debe cobrar a los productores mineros un precio por los recursos extraídos a título de transferencia onerosa de un factor productivo que es básico para el negocio minero. De esa forma, el propietario del recurso (el Estado) captura un retorno competitivo en reemplazo de aquel que transfiere a los privados, y el cual debe ser considerado como costo de oportunidad.

Si no se cobra el costo, se le estaría asignando al recurso un valor cero, lo cual implica aceptar que no tiene demanda alguna, esto es, que no es un bien escaso y que está en libre disponibilidad para todos. Si, en cambio, se captura un retorno, el dueño del recurso está vendiendo un factor de producción que es utilizado y combinado con el trabajo, con el capital de explotación, con la energía, con insumos varios, etc., para producir una renta.

Así, al igual que todos los factores mencionados, por los cuales se paga un costo de adquisición, también se debe cancelar el precio del recurso minero que se ocupa y que representa el costo de oportunidad, reflejado en la escasez del mismo, según las reglas de mercado de los metales a nivel mundial. El precio así calculado mostrará el valor renta del recurso.

Dicho pago del precio del recurso no tiene nada que ver con la tributación de la empresa extractora en lo relativo a los impuestos a la renta y otros. Ellos constituyen una obligación hacia el estado, que no tiene una contraprestación de ninguna especie y que obligan a todos los agentes económicos, por el sólo hecho de obtener una ganancia en cualquier actividad. En el caso de la compensación por la explotación de recursos del subsuelo, se está pagando por la adquisición de un bien, como un cargo por insumo. El hecho que ese cargo se pague al Estado, no altera en absoluto tal naturaleza.

4.1.3. La opinión experta

Ahora bien, contextualizado el tema constitucional, creo que es necesario desarrollar en su mérito la alternativa del royalty, para ello creo que es menester tener presente la opinión de T. Panayotou, profesor de la Universidad de Harvard, expresada en su trabajo: «Efficient Mineral Resource Pricing and Rent Collection in Chile», de octubre 1999: «En el caso de la minería, el Gobierno no sólo recauda impuestos sino que también es dueño del recurso, tal como lo consigna la Carta Fundamental. Como dueño del recurso debe cobrar un precio o cargo por autorizar a un tercero a disponer del recurso. En otras palabras, estos recursos naturales son parte del capital de la sociedad y el gobierno tiene la responsabilidad de capturar la rentabilidad de mercado que este capital debiera generar, independientemente de la tributación a que la actividad este afecta. El pago por el derecho a disponer del recurso constituye un gasto necesario para generar la renta al igual que los gastos incurridos en la contratación o compra de otros factores productivos y, por tanto, debe deducirse de la base imponible para los efectos de determinar el impuesto a la renta. Las regalías son una de las formas utilizadas por los gobiernos para cobrar por el derecho a disponer del recurso.»

La opinión de este experto, sintetiza de muy buena forma la naturaleza conceptual de los royalties o regalías.

4.1.4. Tipos de royalties

Entre los tipos de royalties que se aplican en el mundo podemos mencionar los siguientes:

Específico (E): Basado en el volumen de producción; impone un cargo de «x» unidades monetarias por unidad de producción antes de la aplicación del impuesto a la renta; puede ser deducible del impuesto a la renta.

Ad Valorem (AV): Basado en el valor bruto de la producción; se aplica un cargo porcentual sobre ingresos brutos en la mina; también es aplicado antes del impuesto a la renta y es deducible de éste.

Sobre utilidad operacional (SUO): Basado en el valor neto de la producción o ganancia contable; se aplica como porcentaje sobre la utilidad operacional (ingresos menos costos de operación y depreciación); es aplicado antes de impuesto a la renta y deducible de éste.

Sobre utilidad neta (SUN): Basado en las ganancias netas que son obtenidas después de permitir un retorno competitivo sobre el activo fijo (costo de oportunidad del activo fijo); es aplicado antes de impuesto a la renta y deducible de éste.

Sobre renta del recurso (SRR): Existencia de renta ($VAN > 0$). Aplicado sobre los flujos de caja positivos (entradas menos salidas), considerando una anualización de la inversión según su costo de oportunidad.

Por su parte, la legislación comparada sobre royalties nos indica que, por ejemplo, en los Estados Unidos de Norteamérica, para el caso de la producción de cobre y otros minerales no metálicos se cobra a nivel federal una tasa de impuestos a las utilidades, progresiva, que fluctúa entre un 15% y un 35%. A nivel federal no se cobran royalties pero sí los estados dueños de los minerales: un royalty al valor bruto de la producción que fluctúa entre un 3% y un 10%, además de un impuesto a la propiedad que fluctúa entre un 4% y un 7% sobre la base de un tercio del valor total de la propiedad. En el caso de Canadá, a nivel provincial y en los Estados los royalties toman la forma de una sobre tasa de impuesto a las utilidades de carácter no deducible y que varían entre el 12% y el 16%; sin perjuicio que algunas de sus provincias cobran además, royalties sobre la venta bruta que van entre el 1% y el 2%.

APLICACIÓN GENERAL DE ROYALTY EN PAISES MINEROS

Países	Tasa	Base
Argentina	3%	Valor boca mina
Australia	Variable según estados	Tasa variable
Bolivia	1 a 7%	Venta bruta
Canadá (algunas provincias)	1 a 2%	Venta bruta
China R. P.	2%	Venta bruta
Indonesia	45 0 50	US\$/ton producción
Kazakhstan	2%	Venta bruta
Polonia	3%	Venta bruta
Zambia	2%	Retorno neto de

fundición

Fuentes: Global Mining Taxation Comparative Study C.S.M., marzo 2000, James Otto; Base de Datos Cochilco; y A Primer on Mineral Taxation – Thomas Baunsgaard

4.2. OTRAS ALTERNATIVAS PARA UNA MAYOR CONTRIBUCIÓN DE LAS EMPRESAS DE LA GRAN MINERÍA

Hechas estas consideraciones es un hecho irrefutable que más allá de la disquisición referida a la legalidad de las prácticas tributarias que efectúan las empresas de la gran minería privada, es imprescindible, junto con cerrar las brechas que permiten los abusos tributarios, decidir sobre que mecanismo o procedimiento es el más adecuado para lograr el objetivo de una mayor contribución de este sector al desarrollo del país.

Para lograr el propósito antes señalado, existen distintos medios, unos más idóneos que otros. Sin embargo, y a estas alturas del debate es evidente que debemos optar por alguna forma ya que no es aceptable aquella opinión que circula en algunos sectores que señalan que nos es necesario hacer nada, que «no movamos el árbol», puesto que de hacerlo no solamente estaríamos cambiando las reglas del juego, sino que ahuyentaríamos a los inversionistas. Tal opinión o postura es evidentemente inaceptable ya que no solamente plantea la inmutabilidad de las normas, sino que también pone en cuestión aspectos de soberanía nacional.

Por ello, creo pertinente desarrollar otras alternativas que están en juego para lograr el propósito ya declarado de acrecentar la contribución de la gran minería al estado.

4.2.1. Aumentar las patentes mineras (régimen de amparo)

Una alternativa que también ha surgido del debate es aquella referida a aumentar la carga del amparo de la concesión minera o patente minera.

Tal formula tendría para algunos la ventaja que redundaría en beneficios como el de dar mayor movilidad al régimen concesional, ya que al aumentar la carga del amparo existirán concesionarios que preferirán abandonar su concesión permitiendo así el acceso a la propiedad minera a personas que hoy no la tienen por el alto grado de concentración de la propiedad minera; y, al mismo tiempo, crearía una carga factible de establecer sin necesidad de nuevas leyes sino tan sólo de modificaciones a aspectos específicos de la legislación minera, lo que permitiría acelerar ingresos al Fisco que para su pagador serían imputables al impuesto a la renta, lo que eliminaría cualquier discusión en cuanto a su discrecionalidad y legalidad.

La obligación de amparo no es un tributo sino que constituye una obligación que ha de cumplir el concesionario minero para mantener vigente e incorporado en su patrimonio el dominio sobre la concesión judicial minera. Esta obligación se encuentra impuesta a fin de permitir satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento. Y lo hace de una forma indirecta, al establecer la Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras que dicha obligación consiste en el pago de una cantidad anual por hectárea íntegra que comprende cada concesión minera, obligación que se conoce como «patente minera», cuyo monto y forma de integro en arcas fiscales son determinadas por la ley, en este caso el Código de Minería en vigencia. El pago de la patente permite al concesionario de explotación, a partir del comienzo de ésta, descontar lo pagado, con el límite que establece la ley, como gasto para los fines de determinar la base imponible del impuesto a la renta. Hoy en día la patente tiene un valor de un quincuagésimo (1/50) de UTM por hectárea en el caso de la concesión de exploración, y de un décimo (1/10) de UTM por hectárea en el caso de la concesión de explotación, valor este último susceptible de rebajarse a un trigésimo (1/30) de UTM por hectárea respecto a concesiones judiciales de explotación cuyo riqueza minera

concesible radique principalmente en minerales no metálicos. El incumplimiento de la obligación de amparo permite al Estado perseguir su pago por la vía judicial, a través de un juicio ejecutivo especial, el juicio de desamparo, que se inicia por la Tesorería General de la República y que limita el cobro de la patente impaga del concesionario respecto a de la concesión judicial de la cual es titular. De esta forma se puede llegar a la subasta judicial de la concesión y, de no haber postores, se traduce en la extinción de la respectiva concesión judicial.

Ahora bien, es la Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras, a través de su Artículo 12, la que deja en manos de la ley, en este caso el Código de Minería, determinar el monto y forma de pago de dicha patente minera. El Código de Minería, en su Artículos 142 y siguientes, regula esta obligación en la forma antes señalada, imponiendo su pago por año anticipado dentro del mes de Marzo de cada año calendario. Dicha disposición legal puede ser modificada por razones de interés público a fin de consultar un pago por concepto de patente que se base en parte en una cantidad fija y, en otra, en una variable y progresiva en relación ya sea a la producción de minerales concesibles o bien a su valor bruto, real o presunto. El pago de la patente así determinada podría ser descontado como gasto por el minero para los efectos de determinar su renta líquida imponible, para efectos del impuesto de primera categoría de la Ley de la Renta.

Hoy el Estado se encuentra legítimamente facultado para, luego de 20 años de experiencia en materia de amparo, variar o modificar la forma de aplicación de esta obligación, sin que dicha modificación pueda en forma alguna ser considerada la imposición de nuevas cargas tributarias ni menos el pretender discriminar en cuanto a cargas a un determinado sector de nuestra economía. De lo que se trataría, en definitiva, es de perfeccionar el requerimiento constitucional de «satisfacer el interés público» que justifica el otorgamiento de la concesión minera, tendiendo a cumplirlo más en una forma directa que indirecta, otorgando así movilidad al régimen de propiedad minera.

4.2.2. Fondo sustentable de afectación regional

Otra alternativa que ha surgido del debate y análisis efectuado por la comisión es aquella que se refiere al establecimiento de un «Fondo Regional de Desarrollo Sustentable» constituido por «contribuciones por la explotación de recursos de la minería», que sería administrado por «Corporaciones Regionales para el Desarrollo Sustentable».

Esta alternativa que se basa en contribuciones por la explotación de recursos de la minería, tendría el carácter de un gravamen o carga pública no tributaria que se aplica a todos los productos mineros que se exporten, afectando a todos los concesionarios que extraigan recursos mineros cuando éstos sean exportados. Esta contribución sería recaudada por Aduanas, previo informe de Cochilco. La tasa de la contribución tendría un valor de 2% ad-valorem de los productos extraídos en la región.

La referida contribución no afectaría a las empresas estatales que extraen recursos del subsuelo, como asimismo a las empresas que adquieren minerales para agregarles valor más allá del producto mineral primario comerciable. Del mismo modo, las empresas privadas extractivas, en que el Estado tenga participación accionaria, rebajan la contribución en el mismo porcentaje de dicha participación.

La recaudación realizada por Aduanas se entera en Tesorería, quien transfiere los recursos correspondientes a los fondos regionales, según el origen de los productos exportados.

La referida contribución se destinaría al financiamiento de los «fondos regionales de desarrollo sustentable»; fondos estatales, creados por ley, distintos y complementarios del FNDR.

Estos fondos se administrarían por Corporaciones Regionales Para el Desarrollo Sustentable, personas jurídicas de derecho público, creadas por ley, sin fines de lucro, de administración autónoma y patrimonio propio. Estas corporaciones serían administradas por un consejo público privado, con participación mayoritaria de consejeros nombrados por el Presidente de la República y por otros nominados por las empresas mineras de la región respectiva.

El fondo tendría como propósito y objetivo contribuir al desarrollo de las regiones mineras, orientando su acción hacia la formación de capital humano y al fomento de la innovación científica y tecnológica de la región.

En síntesis, esta alternativa se basa en la constatación que el desarrollo de la gran minería en el país se encuentra afectado por una crisis de sustentabilidad, que ha generado gran incertidumbre en las regiones mineras sobre su futuro, ya que no existe credibilidad sobre los beneficios que esta actividad les aporta.

En los últimos 10 años las empresas de la gran minería han materializado contribuciones a las regiones claramente insuficientes en relación al capital que ellas mueven, siendo que la mayoría de éstas se encuentran en condiciones de efectuar un aporte complementario al desarrollo sustentable de las regiones mineras.

Es preciso señalar que esta alternativa- cuyo rendimiento real no ha sido precisado- busca obviar el debate sobre una reforma de carácter tributario, toda vez que una contribución de esta naturaleza no constituiría un tributo y no se encontraría entre aquellos gravámenes que están afectos a la invariabilidad tributaria garantizada por el estatuto de inversión extranjera y los contratos leyes que éste genera. Queda por establecer que opinión generaría una alternativa de esta naturaleza en el resto de las regiones del país.

4.2.3. Los cluster mineros

Otra de las alternativas surgidas en el debate expuesta recientemente por el Ministro de Minería consiste en la constitución o desarrollo de cluster mineros, es decir de la promoción de encadenamientos productivos entre la minería y los distintos sectores, como la industria, el comercio, la construcción, los bancos, los proveedores en general, y servicios anexos, como hotelería, gastronomía, turismo y líneas aéreas.

Al respecto habría que tener presente, que no obstante que la minería es un sector relevante dentro del PIB nacional, su interacción con otros sectores es muy baja. Siendo sus principales insumos importados, ellos se encuentran fuertemente favorecidos por la rebaja unilateral que Chile ha hecho de sus aranceles así como por los Tratados de Libre Comercio que nuestro país ha suscrito con la Unión Europea, Estados Unidos y Corea los que cuentan con una industria exportadora de bienes de capital altamente competitiva.

Como señalara el profesor de la Universidad Católica del Norte, señor Patricio Aroca, el proceso de producción en la minería del cobre para la última década no ha conducido a fortalecer la formación de un cluster minero con encadenamientos más fuertes entre los sectores económicos y el sector minero chileno.

A mayor abundamiento, esta iniciativa para su real concreción requiere la existencia de una industria minera de un tamaño tal que sólo la haría factible, y a muy largo plazo, en la segunda región de Antofagasta. Situación que significaría - de implementarse - un desequilibrio demasiado ostensible con otras regiones mineras del país.

4. NECESIDAD DE UNA POLÍTICA ESTATAL PARA LA GRAN MINERÍA DEL COBRE

4.1. CONTENIDOS MÍNIMOS

Expuesta la realidad tributaria de las empresas mineras, y sin perjuicios de las reformas legales señaladas anteriormente, resulta un imperativo nacional determinar una política nacional para la gran minería del cobre y establecer mecanismos más efectivos que permitan obtener para el Estado y sus regiones parte de la renta que significa la explotación de recursos naturales no renovables que pertenecen a la nación toda.

Del debate habido al interior de la Comisión y las opiniones entregadas por las empresas, expertos y por los organismos públicos vinculados a la minería se puede colegir, sin lugar a dudas, que Chile carece de una política con sentido estratégico para la gran minería nacional. De esta forma, es imprescindible, tal como se está intentado con la pequeña y mediana minería a través del Decreto N° 76 del Ministerio de Minería, que en julio de 2003 promulgara el Presidente Ricardo Lagos, que en síntesis pretende establecer una política más estable de fomento para este sector, generar condiciones necesarias para dotarlo de medios que le garanticen la explotación de recursos mineros adecuados a sus medios, con respeto a las normas medioambientales, promoviendo así tanto la producción minera, la obtención de productos de mayor valor agregado y el acceso fluido a los mercados.

Una política de Estado para la Gran Minería debiera en primer lugar, tener una mirada de largo plazo, no coyunturalista, que fijando metas y objetivos claros apunte al desarrollo integral de este sector en la perspectiva de sustentarlo en el tiempo y acrecentar sus aportes al desarrollo nacional.

En segundo término, debiera establecerse claramente que la legitimidad de la demanda del Estado por obtener parte de la renta que genera la explotación de recursos naturales no renovables como es la minería. Ello significa que el Estado y sus regiones deben ser compensados adecuadamente por el uso de recursos que le pertenecen garantizando rentabilidades atractivas para los inversionistas.

En tercer término debiera consolidarse a CODELCO como uno de los productores de más bajos costos y mayor rentabilidad de la industria. Debemos transformar a Codelco en una gran empresa transnacional, líder mundial en su rubro.

En cuarto lugar, esta política debiera definir acciones e inversiones que permitan defender y consolidar mercados, en especial aquellos que forman parte de las llamadas « economías emergente », así como la promoción sostenida de nuevos usos del cobre. Aun cuando no constituya preocupación inmediata, tal como lo señalara mas arriba, especial atención debe tenerse en relación a la latente posibilidad del desarrollo de productos alternativos y sustitutivos del cobre que pudieran hacer peligrar nuestra principal riqueza. La experiencia histórica debiera estar presente a la hora de enfrentar este desafío.

En quinto lugar, se debe incentivar la investigación científica y la innovación tecnológica. Ello no solamente debe emprenderse al interior de las empresas sino que es preciso crear instrumentos capaces de afrontar de manera sistemática los requerimientos que tiene por delante nuestra industria, especialmente en la incorporación de investigación y conocimiento científico vinculado a la extracción, refinamiento, comercialización y aplicaciones intermedias y finales del metal rojo, como también en el estudio de las dimensiones ambientales y sanitarias que implican los usos de nuestro cobre.

En sexto lugar la promoción de conductas tendientes a reducir la amplitud del ciclo y la volatilidad del precio del cobre (evitar acumulación excesiva de stocks, contratos de mediano plazo con precio fijo, etc), también deben ser parte de una política del cobre.

En séptimo lugar, esta política debiera enfrentar la preocupante política de la industria privada del cobre que exporta fundamentalmente concentrados, en desmedro de exportación de productos con mayor valor agregado. Esto debiera implicar el establecimiento de una política que propenda a aumentar nuestra capacidad de fundición y refinación. La situación actual es insostenible y atenta profundamente contra los intereses nacionales.

En octavo lugar es necesario avanzar en la mejoría de los estándares ambientales vinculados a la industria del cobre.

Por último, para enfrentar todos estos desafíos es necesario no solamente modernizar la institucionalidad pública del sector, la que debe comprender al Ministerio de Minería, y a los organismos e institutos que de el dependen .En tal sentido me parece fundamental,- tal como lo propusiera hace mas de diez

años- la constitución de un Instituto Nacional del Cobre con aportes público y privado que sea capaz de afrontar de manera sistemática los requerimientos que enfrenta nuestra minería del cobre especialmente en la incorporación de investigación y conocimiento científico vinculado a la extracción, refinamiento, comercialización y aplicaciones intermedias y finales del metal rojo, como también en el estudio de las dimensiones ambientales y de salud que implican los usos de nuestra principal riqueza minera.

5. A MODO DE CONCLUSIÓN.-

A la luz de los antecedentes expuestos, queda en evidencia la necesidad de enfrentar, con visión de país y principalmente de cara a las generaciones venideras, dos grandes temas que dicen relación con la elaboración de una política de Estado para la gran minería del cobre y el establecimiento de un royalty o regalía por la explotación de nuestra riqueza mineral.

EN RELACIÓN A UNA POLÍTICA DE ESTADO PARA LA GRAN MINERÍA DEL COBRE

Chile requiere con urgencia elaborar una política de largo aliento en relación a nuestro principal recurso que tenga presente las siguientes consideraciones:

1. Que a pesar de la extraordinaria diversificación que ha sufrido nuestra canasta exportadora, el cobre seguirá siendo y por largo tiempo, nuestro principal producto de exportación.
2. Que Chile posee alrededor del 38 % de las reservas de cobre mundialmente conocidas
3. Que Chile ha logrado constituirse en uno de los países con más alta productividad en la producción de cobre, asociado a una experiencia minera de reconocida calificación internacional
4. Que los recursos mineros de nuestro subsuelo seguirán siendo por largo tiempo de una elevada calidad en términos de sus leyes.

5. Que por experiencia histórica Chile sabe de la importancia de observar con atención que cuando no existen políticas adecuadas que faciliten la obtención de una renta justa y legítima para el país, no solo sufren de esas carencias las generaciones de chilenos que fueron incapaces de implementarlas, sino que dramáticamente todas aquellas generaciones que le sucedieron.

6. Que el país tiene conciencia que el cobre es una riqueza no renovable como también que, aun cuando nuestras reservas aparecen inconmensurables, ellas algún día se agotarán o no tendrán el valor relevante que hoy poseen

7. Que la actual institucionalidad del sector minero carece de las fortalezas necesarias para la materialización de los objetivos estratégicos por lo que se hace urgente materializar, en el marco de la modernización del Estado, reformas y cambios y reordenamientos en todos los organismos que a él pertenecen.

8. Que en ese marco es altamente necesario la formación de un Instituto Nacional del Cobre destinado a elaborar estudios, informes e investigaciones, con la participación del sector público y privado, así como de las universidades, institutos y organizaciones gremiales y académicas, relacionadas con la minería, y

9. Que la ciudadanía requiere conocer con la máxima exactitud posible el destino estratégico de nuestra principal riqueza minera: el cobre

EN RELACIÓN AL ESTABLECIMIENTO DE UNA REGALÍA A LA MINERA EXTRACTIVA

A la luz de diversos estudios e investigaciones, pero especialmente teniendo presente la importante e inédita labor desarrollada por la Comisión Especial del Senado sobre la tributación de la gran minería chilena que entregara sus importantes conclusiones el 7 de julio recién pasado, podemos concluir que:

1. El Estado de Chile, en virtud de lo dispuesto en el artículo 19 N° 24, inciso sexto, de la carta Fundamental, tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas.

2. La Constitución Política de la República, en su artículo 19 N° 20, inciso cuarto, establece que la ley podrá autorizar la aplicación de tributos que gravan actividades o bienes que tengan una clara identificación regional o local.
3. La Constitución Política de la República, en su artículo 19 N° 26 establece que la soberanía legislativa del Estado sólo reconoce como restricción no afectar la esencia de un derecho o limitar gravemente su ejercicio.
4. La Constitución Política de la República en su artículo 19 N° 22, inciso segundo, establece que sólo en virtud de una ley, y siempre que no signifiquen discriminación arbitraria, se podrán establecer gravámenes especiales que afecten a algún sector, actividad o zona geográfica.
5. Que las empresas de la gran minería privada explotan recursos pertenecientes a la nación toda.
6. Que la la gran minería posee características que la hacen distinta a cualquier otra actividad económica, entre las que se cuentan la fuerte inversión extranjera en el sector, el uso intensivo de capital, la existencia del precio de transferencia y la exportación de productos que no tienen precio de mercado, tales como el concentrado y la utilización de un recurso natural no renovable.
7. Que las empresas de la gran minería privada utilizan abusivamente la legislación tributaria general y especial.
8. Que el aporte de las empresas de la gran minería privada a la economía nacional y regional es insuficiente y poco significativa.
9. Que muchos países mineros han adoptado en sus legislaciones nacionales sistemas de cargo por el uso y explotación de recursos naturales no renovables.
10. Qué en razón de lo expuesto, el establecimiento de un royalty a la gran minería chilena no solamente constituye un imperativo económico con el objeto de recuperar parte de la renta que genera la explotación de recursos naturales no renovable, sino que principalmente ético, toda vez que no es justificable que recursos pertenecientes a la nación toda no rindan sus frutos para todos los chilenos y chilenas, especialmente para las generaciones futuras.

Ministro de Minería
Alfonso Dulanto R.*

(Intervención en la sala del Senado el 16 de Junio 2004)

El señor DULANTO (Ministro de Minería).- Señor Presidente, señores Senadores, para tranquilidad de todos, voy a ser extremadamente breve (mi participación no tomará más de tres minutos). Y no me referiré a ningún tema específico, porque no creo que sea el motivo de la invitación que recibí.

Como Ministro de Minería, coincido con los señores Senadores que intervinieron durante esta sesión en que ésta es una ocasión histórica para destacar el valioso trabajo que realizó la Comisión especial encargada por el Senado de estudiar la tributación de las empresas mineras.

Ese trabajo constituye un informe actualizado sobre la situación de la gran minería del cobre en Chile y va mucho más allá de aspectos netamente tributarios, que son los que normalmente se mencionan. Destaca vacíos que tiene el sistema y la necesidad de redefinir ciertos aspectos de gran importancia relativos a dicho sector.

Una de las conclusiones más relevantes se refiere a la necesidad -mencionada aquí reiteradamente- de fijar una política de Estado para la gran minería del cobre, que -insisto- va mucho más allá de los aspectos netamente tributarios.

No coincido con esa opinión, señor Presidente, pues existe una política de Estado para la minería del cobre; de otra manera, el sistema no operaría y no se invertiría en el país. Sí pienso que ella no es lo suficientemente explícita y que, tal como concluyó la Comisión, resulta indispensable someterla a revisión para actualizarla a la realidad de una industria que ha sufrido cambios drásticos en los últimos quince años.

En la Comisión especial, todos los participantes alcanzaron acuerdos consensuados, y desde el Ministerio de Minería queremos ayudar a llevarlos a la práctica.

Consideramos muy adecuada la proposición específica de establecer una comisión del más alto nivel que estudie lo que la Comisión especial del Senado ha definido como «principales variables del mercado del cobre». Y si al Presidente de la República le parece pertinente, ayudaremos a buscar la fórmula para implementar el funcionamiento de ese organismo con la mayor brevedad.

Una parte importante de los temas indicados en el informe de la Comisión especial ha sido estudiada -lo destaco- por el Ministerio de Minería, al menos en los últimos dos años, y también por la Comisión Chilena del Cobre.

Por consiguiente, creemos que en un plazo corto estaremos en condiciones de hacer planteamientos específicas y proponer fórmulas que permitan solucionar algunos de los problemas detectados por Sus Señorías.

Termino felicitando por esta iniciativa al Senado; muy especialmente, al Presidente de la Comisión especial, Honorable señor Lavandero, quien ha estudiado el tema, y a los integrantes de dicho organismo. Este acucioso trabajo representa un importante y oportuno aporte acerca de una materia que se ha instalado en la opinión pública nacional y que en democracia merece debatirse abiertamente, sin dramas ni temores. Este debate nos hace más grande como país, y es normal y no llama la atención de nadie, como ocurre en la actualidad, si se considera el impacto de nuestras últimas discusiones en el ambiente financiero internacional.

Agradezco, señor Presidente, la oportunidad que me ha dado de expresar estas observaciones.

Espero que podamos concluir el trabajo de Comisión con la implementación de las medidas consensuadas en ella.

El señor GAZMURI (Vicepresidente).- Muchas gracias, señor Ministro.
Terminado el Orden del día

Abogado
Alfonso Laso Barros*

*Abogado U. de Chile, postgrado en la Universidad de Sussex , Inglaterra,
ex Profesor de la Cátedra de Minería de la U. de Chile

ALGUNOS ELEMENTOS JURÍDICOS DEL ROYALTY A LA MINERÍA

Alfonso Laso Barros*

(Presentación ante las Comisiones Unidas de Hacienda y Minería de la H. Cámara de Diputados)

I.- El Estado y Los Recursos Naturales no Renovables.

Tendencia Mundial sobre la Propiedad del Estado de los Recursos No Renovables:

Doctrina Constitucional Mundial establece que el Estado es el dueño y tutor de los recursos no renovables, por cuanto en ellos se basa el desarrollo sustentable de los países explotadores de dichos recursos, los cuales tienen un valor económico equivalente a su costo de reposición. El estado tiene el deber de reponerlos para la generaciones venideras, cuando ellos son explotados por personas que persiguen fines de lucro personal.

Naturaleza de la Compensación al Estado por la Explotación de los Recursos No Renovables

Esta especial situación de los recursos naturales no renovables difiere de aquellos que son renovables, toda vez que éstos últimos existen a partir del trabajo del hombre y es justo que se los apropie si él los creó. Con lo no renovables en cambio, es la Naturaleza la que los puso a disposición de la nación toda, y sólo pueden ser adquiridos pagando por ellos un precio equivalente a la renta del recurso, precio que el Estado debe destinar al desarrollo sustentable de las generaciones que entrarán en acción cuando éstos se agoten o pierdan su valor.

Si el Estado No cobra por la entrega de éstos recursos no renovables, el que los recibe gratis está recibiendo un subsidio estatal a costa del porvenir de las generaciones futuras. El caso del Salitre es un ejemplo emblemático en el cual el Estado de Chile no cumplió tal rol y el valor de los recursos extraídos se transformó en palacios en Francia. Igualmente, si no cobra por la entrega de ellos se les está asignando un valor cero, como si no hubiere demanda sobre ellos, lo que es plenamente desmentido por los mercados mundiales.

Alfonso Laso Barros, Abogado U. de Chile. Postgrado en la Universidad de Sussex, Inglaterra, ex Profesor de la Catedra de Minería de la U. de Chile

Más de 126 países aplican un Royalty por la explotación de Recursos Naturales No Renovables y, para el caso de los países productores mineros, sólo Chile y Méjico no lo cobran. El cobro que se efectúa en dichos países es absolutamente distinto del sistema tributario nacional y se encuentra al margen de éste

De esta forma, el Estado está en pleno derecho a percibir una Renta por la entrega a particulares de los Recursos No Renovables de la Minería, como una contraprestación por poner a disposición de ellos un factor productivo, la cual no constituye en caso alguno un tributo y menos un impuesto. Ese es el fundamento básico de toda iniciativa a la aplicación de un Royalty.

Se ha argumentado que los Recursos Mineros **son renovables**, a partir de la existencia de las reservas. Esa aseveración no tiene sustento alguno en las ciencias físicas por la simple aplicación del principio de la transformación de la materia, la que por definición, es finita. La existencia de reservas, no hace sino confirmar que el recurso que está en el subsuelo, constituye un Stock en permanente camino a la extinción.

Sobre el carácter no tributario del Royalty, distinguidos profesores de Derecho Público Chileno han teorizado sobre la materia. Recientemente, el Profesor Dn. Alejandro Silva Bascuñan, en un informe en Derecho solicitado por la Sociedad nacional de Minería, ha conceptualizado el Royalty como el *«pago que deberían efectuar al Estado las empresas que explotan minerales de un precio que se determinaría en diversas formas, de ordinario en función de la cantidad o ad valorem del mineral extraído y que tendría como fundamento la especie de propiedad de que gozaría el Estado sobre todas las minas existentes dentro del territorio nacional»*

La conclusión del Profesor Silva B, sobre este aspecto de su informe es que *«1.- El royalty impuesto por el Estado no es, por su naturaleza, un tributo, sino un precio y no es aplicable a su respecto en N° 20, del Art.19, inciso 4° de la Constitución, precepto éste último que entrega al Presidente de la República la iniciativa exclusiva para imponer tributos.»*

Esta categórica conclusión del Prof. Silva Bascuñan, sobre la naturaleza jurídica del Royalty, debe también entenderse dentro de su particular visión sobre la materia, la que incluye además, dudas sobre la propiedad del Estado y su derecho a imponer un Royalty.

A manera de conclusión, en esta parte de esta presentación, se puede afirmar que también en Chile, una compensación al Estado por la entrega de productos mineros a particulares tiene plena legitimidad como obligación constitucional tutelar de los recursos naturales no renovables y que, dentro de dicho marco, dicha contraprestación no constituye un tributo de ninguna especie.

II.- Rol del Estado en Los Recursos Mineros en el Derecho Positivo Chileno.

El análisis del Rol del Estado frente a los recursos mineros en derecho positivo, se enmarca en la discusión sobre el tipo de dominio que le asiste sobre los yacimientos y, a partir del él, cuáles serían los espacios Constitucionales y legales para hacer efectivo dicho dominio y recibir una compensación por la explotación de ellos.

Desde principios de la década del treinta, con la entrada en vigencia del Código de Minería que rigió hasta 1982, dos grandes tipos de dominio estatal sobre los yacimientos Mineros han prevalecido en la doctrina sobre derecho constitucional y minero:

a) Teoría del Dominio Eminente, Radical, Inmanente o Alto Dominio, que asigna al Estado una titularidad primigenia y nominal, y que hace dueño al particular del yacimiento que pudiere descubrir, dejando al Estado al margen de cualquier intervención tanto en la propiedad como en la explotación.

b) Teoría del **DOMINIO PATRIMONIAL**, que hace al Estado dueño absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible en plenitud de todos los yacimientos mineros, pudiendo entregar a los particulares una concesión para la explotación de ellos, concesión la cual constituye derechos reales distintos del dominio del Estado sobre el yacimiento concedido, dominio que permanece en el patrimonio de éste.

La diferencia entre ambas teorías no es menor. Ella radica en que en el Dominio Patrimonial, el Estado será siempre dueño pleno de los yacimientos y sus reservas, mientras no hayan sido extraídos los minerales, caso en que pasan a ser de propiedad del concesionario.

En la teoría del dominio Eminente, en cambio, se trata de un alto dominio o dominio inmanente del Estado sobre los yacimientos mineros, y el particular que descubra una mina, pasa a ser dueño del yacimiento y se apropia de los minerales, aún cuando éstos no hayan sido extraídos.

EVOLUCIÓN EN CHILE

El Código de Minería de los años treinta, estableció un difuso tipo de dominio Eminente. El artículo 1° de dicho Código, establecía que «El Estado es dueño de todas las minas de plata, cobre.....etc, pero se concede a los particulares la facultad de labrar, beneficiar y **disponer de dichas minas como dueños**»

Esta definición se acerca muy certeramente a la caracterización de Dominio Eminente, explicitada en los párrafos precedentes y sobrevivió hasta la Reforma Constitucional del año 1971

Proceso de Nacionalización del Cobre del año 1971.-

Con motivo del proceso de nacionalización de las empresas productoras de Cobre, iniciado el año 1971 durante el Gobierno del Presidente Salvador Allende, el debate jurídico y económico se centro en el tipo de indemnización que sería menester cancelar a los dueños de dichas empresas.

Las alternativas que se tuvieron en consideración eran dos:

- Inversiones y Activos físicos;
- Yacimientos y Reservas.

El criterio tanto del Presidente de la República como del Parlamento Nacional, fue la cancelación de los activos físicos e inversiones y abstenerse de cancelar ningún tipo de indemnización por los yacimientos y por la reservas de minerales contenidos en ellos, por cuanto que se consideró que ellos pertenecían a la Nación toda.

Para ello se procedió a la incorporación a la Constitución del Dominio Patrimonial del Estado sobre los yacimientos Mineros. Se aprobó entonces, la ley N° 17.450, Modificatoria de la Constitución de 1925, agregando un inciso 4° al n° 10, del artículo 10 que expresó:

El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, las covaderas, las arenas metalíferas, los salares, los depósitos de carbón e hidrocarburos y demás sustancias fósiles, con excepción de las arcillas superficiales.

La misma norma reguló las Concesiones a los particulares y dispuso que la ley podía determinar los procedimientos para que la autoridad administrativa entregare tales concesiones.

REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1980

Con el advenimiento del Gobierno Militar, el año 1973, se instauró la denominada Comisión Constituyente (Ortúzar), encargada de proponer a la Junta de Gobierno una proposición de nueva carta fundamental.

Dicha comisión creó una subcomisión de minería la que estudió latamente la necesidad de derogar aquella innovación incluía en la Constitución Política en el año 1971, ya reproducida, para incorporar en ella el principio de la Propiedad Eminente o de Alto Dominio del Estado sobre los yacimientos mineros, en sustitución del Dominio Patrimonial asignado al Estado en la reforma aludida.

El criterio que prevaleció en la Subcomisión de Minería fue la de cambiar el Dominio Patrimonial de la reforma del 71, por el dominio Eminente o Alto Dominio, sobre la base de la propuesta y definición del Profesor de derecho de Minería Dn. Samuel Lira Ovalle. Para el profesor Lira, el cambio era absolutamente necesario, toda vez que la reforma del año 1971 había introducido un tipo de dominio del Estado en materia de propiedad minera que era, a su juicio, muy perjudicial para el desarrollo de la minería en Chile.

El profesor Lira fue categórico al expresar, en la Comisión Constituyente, descartando fundamentalmente una de las ponencias que buscaba conservar básicamente la norma constitucional del año 1971, vigente en ese momento. Al respecto expresó:

El precepto que entrega al Estado el dominio patrimonial de las minas está concebido en los siguientes términos, en sus partes fundamentales: «El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas. Al respecto, no pudo haberse dado una redacción más clara o más rotunda para remarcar un dominio tan pleno del Estado sobre las minas y que tiene las mismas características que el establecido en la Constitución actual.»(Sesión N° 171, Pág.6, de fecha 4 del 12 de 1975)

En síntesis, La Comisión Constituyente acogió la tesis del profesor Lira Ovalle y recomendó a la Junta de Gobierno innovar sobre la materia, derogando el artículo 10° de la Constitución del 25 y reemplazarlo por otro que incorporare el Dominio Eminente o Radical para el Estado respecto de la propiedad minera, estableciendo para los particulares la llamada «Libertad de Minas» que les permitía hacerse propietario de los yacimientos que descubrieren. Igual criterio adoptó criterio del Consejo de Estado.

Resolución de la Junta de Gobierno Militar.

La Junta de Gobierno Militar **rechazó de plano** la propuesta de la comisión Ortúzar y mantuvo plenamente vigente el texto expreso de la reforma del 71, conservando para el estado el dominio patrimonial de todas la minas.

La justificación que tuvo la Junta de Gobierno para tomar tal decisión se encuentra nítidamente explica en el Requerimiento del año 1981 al Tribunal Constitucional con motivo de la revisión de la L.O.C. de Concesiones Mineras, y lo hizo en los siguientes términos:

«La Junta de Gobierno, al formular una norma constitucional, repudió la idea de dominio «eminente» del Estado y anunció la dictación de un estatuto especial, dejando vigente, entretanto, con el carácter de transitorias, las normas de los incisos cuarto, quinto y sexto del artículo N° 10 de la Constitución de 1925. La declaración de que «el Estado tiene el dominio eminente de todas las minas» fue, pues, reemplazada por el precepto, tantas veces aludido, según el cual el Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas. Ello importa la expresión inequívoca de la intención del constituyente de repudiar la consagración de un dominio teórico, mera expresión de soberanía, y, por el contrario, de consagrar en el texto de la Carta Fundamental el dominio patrimonial del Estado sobre todas las minas.»()*

En el resto del texto del referido requerimiento, la Junta Militar en su escrito ahonda en consideraciones sobre la materia.

De esta forma, tres gobierno nacionales de distinta inspiración doctrinaria, primero Don. Eduardo Frei Montalba, luego Don. Salvador Allende Gossens y, finalmente, el Gobierno Militar, optaron por una política continua de defensa de los intereses del país, incorporando y manteniendo el Dominio Patrimonial del Estado sobre los recursos naturales no renovables de la minería.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.-

El Tribunal Constitucional, al conocer del Requerimiento de la Junta de Gobierno sobre la Constitucionalidad del al LOC de Concesiones Mineras, sancionó Resolutivamente el Dominio Patrimonial del Estado sobre todas las Minas, indicando, en el fallo Rol N° 5 de fecha 21 de Enero de 1982,

«10°. Que, por otra parte, el dominio del Estado sobre las minas no cambia por el hecho de que la concesión sea a plazo o de duración indefinida. La única alteración a los atributos del dominio, descrito en el inciso sexto, se efectúa por el otorgamiento de las concesiones mineras. Pero esta alteración, por estar consagrada en la propia Constitución, no corresponde objetarla;

11°. Que se afirma, para fundamentar la impugnación a la norma, que una concesión de explotación de duración indefinida, al extenderse hasta el posible agotamiento del mineral, equivaldría a transferir el dominio de la mina. Esto no es exacto, pues si bien la Constitución Política ha consagrado el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible del Estado sobre las minas, al mismo tiempo ha establecido el sistema de concesiones sujetas a la obligación impuesta al dueño de desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento y bajo un régimen de amparo con la consiguiente caducidad, todo lo cual indica claramente que la duración indefinida no implica, en caso alguno, transferencia por parte del Estado de su dominio sobre las respectivas minas»

Párrafo E, 3°, inc. 6 y 7 del cit. Requerimiento

De esta forma la Jurisdicción Constitucional del país, por intermedio del fallo cuyos considerandos resolutivos se transcriben precedentemente, dejó plenamente a salvo de cualquier objeción la calificación del dominio patrimonial del Estado sobre los yacimientos mineros, tal como así lo describió el profesor Lira Ovalle en su intervención en la Comisión Ortúzar ya transcrita.

No resulta posible pensar y argumentar hoy que el Poder Constituyente, tanto en el año 1971 como en el 1980, aprobó importantes principios en materia de dominio patrimonial pleno del Estado y que se produjo un efecto de ineficacia de la norma, en virtud del cual, aquello que se puso en vigencia, no es tal y que, pese al categórico texto del artículo 19, N° 24 de la Constitución Política, rige otra cosa. Los intentos de efectuar una interpretación artificiosa derogatoria de texto expreso de la constitución del 80, a partir de leyes de rango inferior o mediante análisis forzados de leyes, no tienen cabida en normas de carácter Constitucional que forman parte del Derecho Público, de interpretación estricta por definición.

Pero, sería el propio Poder Constituyente el que reforzó enormemente el Dominio Patrimonial pleno del Estado sobre los recursos de la minería, a propósito de la reforma constitucional del año 1992. En efecto, al incorporarse la autorización para afectar tributos que gravaren actividades y bienes de clara identificación regional al desarrollo de las regiones, dejó expresa constancia en las Actas Constitucionales que *y tiene su fundamentación en la necesidad de compensar el empobrecimiento que experimentan las regiones con motivo de las actividades extractivas (minería carbón, petróleo y otras), que las desposeen de estos recursos naturales.*»(*Acta Sesión del Senado Sesión N° 23, Pág. 29*).

De esta forma, ha sido el propio Constituyente, una vez más, el que ha dejado en texto y espíritu la legitimidad y constitucionalidad de que el Estado cobre una compensación por los recursos naturales no renovables de la Minería.

Autorización Constitucional al Legislador para limitar el derecho de propiedad.

Sin perjuicio del indubitable dominio patrimonial del Estado sobre los yacimientos mineros, así establecido en el texto de la Constitución y en la historia fidedigna del establecimiento de la norma, la propiedad minera se encuentra al alcance de los principios de la función social de la propiedad. Establecidos en la Carta Fundamental.

Al respecto, el artículo 19, N° 24 establece:

«ART 19, N° 24°. El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales.

Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social.»

Cuando se aprobó esta norma por la Comisión Constituyente, Dn. Alejandro Silva Bascuñan, miembro de ella, en relación a la minería, expresó:

«Lo que la Constitución pretende es reservar al Estado, o sea, a toda la colectividad, el aprove-chamiento de tales riquezas, sin dejarlas inmovilizadas. De manera que cualquier formula que permita que la colectividad aproveche esas riquezas, es el objeto constitucional, pero no permite dar concesiones que importen un derecho real o de cualquiera especie que significara quitar a la colectividad dichas riquezas (sesión 88, Pág. 22)

CONCLUSIÓN:

Tanto el poder constituyente de los años 1971 como de 1980 y el tribunal constitucional reafirman claramente el dominio patrimonial del estado sobre los yacimientos mineros.

III.- Royalty a la Minería y el DL. 600, sobre estatuto de Inversión Extranjera.

De conformidad al artículo 19º, N° 20 de la Constitución Política, se asegura a todas las personas igual repartición de cargas y tributos en proporción a las rentas o en la progresión o forma que determine la ley.

Esta disposición consagra el derecho del Estado a la soberanía del Estado Para establecer nuevas cargas o tributos. En virtud de ella, puede establecer cualquiera de ellas, siempre que no sean manifiestamente desproporcionadas o injustas.

Frente al principio de la soberanía o potestad del Estado para establecer cualquier sistema de cargas o tributos con arreglo a la Constitución y las leyes, nadie tiene propiedad sobre el monto de las o de los que paga, salvo que se encuentre amparado por contratos leyes y sólo respecto de las cargas o tributos expresamente incluidos en él. Así, como es cierto que ninguna ley puede establecer cargas o tributos con efectos retroactivos, cualquiera puede determinar nuevos gravámenes patrimoniales a favor del Estado a futuro y nadie incluida en ellos puede alegar exención sin justificación.

Sobre este último punto, es necesario dejar establecido que tanto la Ley de Evasión y Elusión Tributaria (19.738), así como la de Plataforma de Inversiones (19.840), modificaron el sistema de cálculo de impuestos existentes y establecieron nuevas restricciones respecto de franquicias tributarias vigentes y, durante la discusión parlamentaria de dichas leyes, se expresó que, pese a ser aplicables algunas de sus normas a los inversionistas amparados en un contrato ley, no importaban un desconocimiento de sus derechos, por cuanto trataban sobre disposiciones tributarias que no están incluidas en el DL 600. Y conste que se trataba de impuestos.

Ahora bien, el D.L. 600, sobre Estatuto de la Inversión Extranjera, de 1974, establece un sistema de beneficios e incentivos para que los inversionistas extranjeros se instalen en Chile. Dichos beneficios dicen relación con la carga tributaria y su invariabilidad y las facilidades de adquisición y repatriación de capitales y utilidades.

Como instrumento básico de garantía y certeza jurídica, el referido cuerpo legal utiliza el contrato de inversión extranjera entre el Estado de Chile y el

inversionista. En dicho contrato se deben incluir los plazos para efectuar la materialización de la inversión, los que varían según monto y tipo de actividad a desarrollar. Igualmente, las partes pueden pactar cláusulas sobre invariabilidad tributaria, que a continuación se explican.

La Invariabilidad Tributaria

Los impuestos respecto de los cuales taxativamente la ley permite pactar invariabilidad son:

1.- Una tasa del 42% como carga impositiva efectiva total a la renta a que estarán sujetos, considerando, para estos efectos los impuestos de la Ley de la Renta que corresponde aplicar conforme a las normas legales vigentes a la fecha de celebración del contrato». La carga impositiva total se calculará aplicando sobre la renta líquida imponible de Primera Categoría determinada en conformidad a las normas sobre Impuesto a la Renta, la tasa de esa categoría que dicha ley establezca.» (Art.7)

2.- Régimen tributario del impuesto a las compraventas y servicios (IVA) (Art. 8)

3.- Régimen arancelario aplicable a importación de máquinas y equipos que no se produzcan en el país.(Art.8)

4.- Normas legales y la Resoluciones del Servicio de Impuestos Internos relativas a los regímenes de: (Art. 11bis)

- Depreciación de Activos.
- Arrastre de Pérdidas
- Gastos de Operación y de Puesta en marcha

De las normas transcritas, queda en claro que la invariabilidad tributaria es específica respecto de los impuestos o tasas arancelarias predefinidas por la ley e incluidas por el inversionista en su contrato. No existe la invariabilidad tributaria a todo tributo o carga y a todo evento.

Aún más. El artículo 8° del DI 600 establece, como norma general, *«A la inversión extranjera y a las empresas en que ésta participe, se les aplicará el régimen tributario indirecto y el régimen arancelario comunes aplicables a la inversión nacional»*. Esta norma deja categóricamente sentadas dos premisas:

- La invariabilidad tributaria sólo puede recaer sobre el Impuestos a la Renta, IVA y normas de renta sobre depreciación de activos y arrastre de pérdidas;
- A las empresas acogidas al DL 600, aún con contratos de invariabilidad tributaria, se les aplican las normas legales que establezcan modificaciones o nuevos tributo cargas de cualquier tipo, que no sean de aquellos incluidos en sus contratos.

El Royalty y la Invariabilidad Tributaria.

A partir de la caracterización de la compensación por la explotación de recursos la minería, mencionada previamente, es forzoso concluir que el establecimiento de ella, como una carga a favor del Estado por explotar dichos recursos, escapa absolutamente del ámbito de aplicación del DL. 600, aún respecto de los inversionistas que detentan un contrato ley, y ello por las siguientes razones:

La compensación no es un tributo y menos un impuesto. Es un gravamen que el Estado recolecta por poner a disposición de los particulares un factor productivo de su propiedad y, como tal, no está previsto en absoluto, en la carga impositiva total. Ahora bien, aplicando aquella doctrina, según la cual podría llegar a considerarse un tributo, aún así no será de aquellos incluidos taxativamente por el DL.600.

- El referido cuerpo legal de los inversionistas se refiere, en su artículo 7º, a los impuestos incluidos en la Ley de Impuesto a la Renta y la contribución por explotación de recursos de la minería no puede ser considerada, ni remotamente, como algunos de elementos que la Ley de Impuesto la Renta mencione para el cálculo de ella.

- Sobre la base del principio de la soberanía o potestad tributaria del Estado, éste puede establecer a futuro, todos los actos gravados que estime conveniente y nadie puede alegar propiedad sobre el régimen vigente de pagos patrimoniales al Estado.

- La aplicación de una compensación en los términos señalados, en caso alguno tipifica alguna de las causales de discriminabilidad establecidas en el DL 600, en perjuicio de la inversión extranjera, por cuanto ella deberá ser establecida para todos los actos de explotación de recursos mineros, independientemente si la empresa explotadora es nacional o extranjera o si está o no amparada por un contrato de inversión extranjera.

IV: Breves comentarios sobre argumentos en contrario al establecimiento del Royalty a la minería

Las interpretaciones en el sentido que el Estado no es dueño de los Yacimientos mineros se fundamentan en consideraciones que, me merecen los siguientes breves comentarios

Una de ellas consiste en que la L.O.C. De Concesiones Mineras, en su artículo 11, establece el derecho del concesionario, en caso de expropiación del yacimiento, al pago de un indemnización por el flujo de caja que deja de percibir, el cual incluye el valor de las reservas, lo cual implicaría que el Estado no es dueño de los yacimientos.

En primer lugar, se trata de una práctica de hermenéutica legislativa absolutamente inaceptable, por cuanto pretende interpretar la Constitución a partir de una Ley, cuando lo apropiado es exactamente lo contrario, esto es interpretar la Ley a la Luz de los Preceptos constitucionales. Si no fuere así, se podría modificar la Carta Fundamental cada vez que se apruebe un ley simple y ello está absolutamente al margen del Estado de Derecho. La interpretación de las normas en un contexto jurídico, no puede ir tan lejos que se asevere que una ley derogue preceptos constitucionales, sin haber sido sometida al proceso de reforma establecido en la Carta Fundamental.

En segundo lugar, la norma del artículo 11 de la L.O.C. de Concesiones Mineras, mencionada es de carácter especialísimo, por cuanto sólo entra en aplicación cuando se trate de la expropiación de una concesión minera. Por ello no existe autorización constitucional para extender su ámbito a otras materias distintas del motivo para el cual fue establecida: la expropiación de una concesión.

También se pretende debilitar el Dominio Patrimonial del Estado sobre los yacimientos Mineros, argumentando que la Constitución del 80 estableció como forma jurídica con la cual el Estado entrega la concesión, la sentencia judicial, a diferencia de lo que ocurría con anterioridad que ella se perfeccionaba mediante acto de la Administración. Este argumento, incomprensible en su juridicidad, parte de la base que el Poder Judicial es una entelequia ajena al Estado, y que no forma parte de éste. Ambos son poderes del Estado y es éste, el que a través de uno de sus poderes, da lo mismo cual, permite a los particulares explotar un yacimiento.

También se dice que el Estado sólo puede ejercer el dominio de los yacimientos propios de sus empresas públicas (Codelco y Enami). Tal argumento está confundiendo dos tipos de propiedad enteramente distintos, consagrados por nuestra Carta Fundamental, según la doctrina del Tribunal Constitucional: El Dominio Patrimonial del Estado sobre los Yacimientos y el dominio de los particulares sobre el derecho real de concesión que le ha sido otorgado. Así, Codelco explota yacimientos que son de propiedad del Estado pero haciendo uso del derecho real de concesión que le fue otorgado, al igual que todos los demás concesionarios.

Se ha estimado que las actuales normas constitucionales y aquellas del año 1971, si bien es cierto establecen el Dominio Patrimonial del Estado sobre los yacimientos Mineros, este no es Pleno. El criterio del Prof. Lira Ovalle, tantas veces citado anteriormente, desmiente tal aseveración. Para él, «no pudo darse una redacción más clara y rotunda para remarcar un dominio tan pleno del Estado» (cita anterior). Es la opinión de un constitucionalista minero versus un generalista.

Por último, se ha dicho también, que sólo las nuevas concesiones podrían verse afectadas por un Royalty a la minería, ello por cuanto sería algo nuevo no contemplado al momento de otorgarse la concesión. A mi modo de ver ello es inexacto.

El concesionario minero debe cumplir con obligaciones establecidas en la Ley Orgánica Constitucional del Concesiones Mineras y en otras que la legislación posterior vaya agregando. Dentro de las primeras, está la de amparar la concesión, la de indemnizar los daños que cause al propietario del terreno superficial, y la de sujetarse a las normas del derecho del Estado a la primera opción de compra de los minerales que la misma ley declara estratégicos.

El profesor Juan Luis Ossa. B. en su obra Derecho de Minería, nos manifiesta que la ley puede agregar otras obligaciones al concesionario minero y que la autoridad administrativa también puede hacerlo por la vía reglamentaria. Pone como ejemplo la entrada en vigencia de la Ley N° 19.300, de 1997 sobre Bases Generales del Medioambiente, que estableció la obligación de someter los proyectos de explotación minera al proceso de Evaluación Ambiental, mediante un Estudio de Impacto Ambiental, como requisito sine qua non para iniciar la explotación de los yacimientos. Igualmente, los Servicios de Salud

del Ambiente imponen condiciones ambientales a la faenas de explotación al concesionario minero. Por su parte, el Reglamento de Seguridad Minera, contenido en el Decreto N° 72 del Ministerio de Minería, impone una serie de obligaciones sobre seguridad a la explotación a que pueda someterse un yacimiento.

Como se puede apreciar, las obligaciones a que está sujeto el concesionario minero son dinámicas y cambiante en el tiempo. No existe norma ni principio alguno que elimine la potestad legislativa del Estado para imponer nuevas obligaciones al concesionario minero.

La imposición de nuevas obligaciones al concesionario, puede entrar en vigencia en cualquier momento después de constituida la concesión, salvo las que dicen relación con las causales de caducidad de la misma, las que, por mandato de constitucional, no pueden afectar a una concesión legalmente otorgada e inscrita. Esta última excepción, es la única limitación a la soberanía legislativa del Estado en materia minera. Expresar que la existencia del régimen de amparo es el que impide establecer nuevas causales de caducidad a las concesiones ya otorgadas, es confundir la naturaleza de dicho régimen con la protección constitucional a la concesión otorgada. El incumplimiento de pago del Royalty, jamás va a acarrear la pérdida de la concesión como sucede en el no pago de la patente. Sólo habilitará a un cobro judicial de ella.

De esta forma, la ley puede perfectamente agregar al concesionario minero una nueva obligación siempre que ella no afecte la esencia de su derecho o hacer imposible su ejercicio: la de pagar al Estado una contribución por recibir de éste la entrega de los minerales que se encuentran en el subsuelo de la concesión legalmente constituida. Naturalmente, esta nueva obligación puede imponerse modificando la L. O. C. sobre Concesiones mineras.

Santiago, 14 de julio del 2004. Alfonso Laso Barros

Abogado
Sergio Hernández Núñez*

*Abogado , ex Subsecretario de Minería

LA DISCUSION SOBRE EL ROYALTY A LA MINERIA

Sergio Hernández⁶

I.- Generalidades

El gran tema sectorial minero, y uno de los más significativos de la agenda política que se discute hoy, consiste en si es posible mejorar la renta minera para el país sin afectar la inversión.

Ante esta pregunta, descarto las posiciones extremas (tanto las catastrofistas como las reivindicativas), que se presentan siempre cuando hay importantes temas en la agenda política. ¿Cuál debería ser el nivel de carga tributaria total a un sector determinado sin que esa carga tributaria desaliente la inversión? Si esa carga tributaria es muy alta, la inversión se perjudica, y si es muy baja, la inversión seguramente se desarrolla, pero el Estado no tendría los suficientes recursos para los programas sociales y para funcionar en general como administrador de la sociedad organizada, todo lo cual garantiza el desarrollo las actividades sujetas a tributación. En otras palabras, la tributación se justifica en la medida que, con esos recursos, la sociedad se organiza y permite con ello el equilibrio social y la actividad productiva.

En Chile la riqueza minera está dividida entre sustancias concesionables y sustancias no susceptibles de concesión. Las sustancias mineras son, según la Constitución de Política de la República, de propiedad absoluta, exclusiva, inalienable e imprescriptible del Estado, pero sin embargo se establece un régimen de concesión hacia los privados para algunas de ellas, para que ellos exploten la riqueza mineral, concesión que es muy *sui géneris*, porque siendo efectivamente una concesión entregada por el poder del Estado y que, por la naturaleza de las facultades de los poderes públicos en derecho correspondería otorgarlos al Poder Ejecutivo, no obstante existe la figura de la concesión judicial. En el país, por lo tanto es la justicia ordinaria la que, reunidos los requisitos formales para otorgar la concesión de una pertenencia minera, la otorga en forma indefinida en la medida que se pague una patente que es lo que ampara el derecho a la concesión.

⁶ Abogado, ex Subsecretario de Minería.

Por lo tanto el Estado no interviene definiendo si el concesionario minero tiene interés en hacer inversión, tiene *know how* para realizar el proyecto o no, si tiene suficiente respaldo financiero para hacer la inversión o no y ni siquiera le pregunta si quiere hacer la inversión. La concesión se otorga por la vía de los tribunales de justicia sólo ante el cumplimiento de los requisitos formales que dan lugar ella.

Esta forma de otorgarla ha sido generosa en los resultados, porque garantiza la seguridad jurídica al concesionario en cuanto a que el administrador del Estado no puede aplicar ninguna arbitrariedad administrativa, ni al otorgar concesiones ni tampoco al resolver el término de la concesión, que se mantiene sólo con el pago de la patente y está amparada por ella. Con este sistema, la Constitución le otorga certeza jurídica a la propiedad minera.

2.- La Constitucionalidad del Proyecto

Luego de explicado esto, para definir la procedencia constitucional de aplicar un royalty a la minería, es necesario atenerse a lo dispuesto por el artículo 11 de la Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras. Al respecto, dice la Constitución Política que el concesionario de explotación tiene derecho a «hacerse dueño todas las sustancias minerales que extraiga» (Art.11 N° 2). Por su parte, el N° 3 del mismo artículo le da derecho al concesionario de la explotación, ante el evento que el Estado resuelva por causa de utilidad pública la expropiación de un yacimiento minero, a que el Estado le pague el valor presente de los flujos netos de la concesión, valorizando para estos efectos las reservas que el minero pruebe que existen en su concesión. Hay en estos dos números del mismo artículo una aparente contradicción: en efecto, ¿cómo puede el Estado pagar el valor de las reservas en circunstancias que el minero aún no es dueño de ellas porque aún no las ha extraído? Por otra parte, ¿cómo puede el Estado pagar las reservas si los minerales le pertenecen mientras no son extraídos? La única forma lógica de interpretar armónicamente estos dos artículos, a mi juicio, consiste en que la Constitución quiso proteger al minero especialmente ante el evento de una expropiación e indemnizarlo por la pérdida de sus facultades para extraer y apropiarse de las sustancias minerales, propias de la concesión. Pero, como ésta es una disposición especial, sólo puede ser aplicada en caso de expropiación. Si estamos en presencia del régimen normal, el minero se apropia de los minerales sólo al momento en que los extraiga y son separados de las minas. De esta manera, el Estado puede aplicar un royalty a

la extracción de recursos mineros, antes de esa extracción, ya que no lo está aplicando a recursos que sean todavía de propiedad del concesionario.

Sobre esta base se plantea la discusión jurídica, para determinar si es permitido o no, desde el punto de vista constitucional, imponer un Royalty o una compensación especial a la minería.

3.- La Discusión Política

Por otra parte, la discusión política se basa en la idea arraigada en la sociedad chilena, que la enorme explotación minera, sobretudo la de gran escala, no está dejando suficiente renta al país, tomada ésta en un sentido amplio. Así, la gran pregunta es ¿cómo mejorar la renta minera para el país, sin afectar la inversión?

Como la discusión se ha centrado en que las grandes empresas mineras tributan poco porque tienen un régimen tributario muy privilegiado, se ha dicho que el gran desarrollo minero en Chile no le genera al Estado una adecuada retribución por la vía de los impuestos equivalente a la magnitud de los capitales que mueve, a su importancia en el producto interno bruto, al nivel de inversión extranjera que existe, al nivel de su desarrollo tecnológico y, sobretudo, que esta baja tributación no se compadece con el inmenso volumen de minerales que extrae.

4.- El Concepto de Renta Minera para un país

A esta altura, deseo destacar que, en mi opinión, el concepto de renta para un país de una actividad económica, no puede referirse únicamente a sus aportes tributarios. A mi juicio, renta para un país de una actividad económica es aquel beneficio que esa actividad económica (en este caso la minera), deja en el país en un sentido amplio. Así, el concepto renta minera para un país debe considerar muchos aspectos: su aporte al producto interno bruto, su aporte a las exportaciones, el impacto que produce en la balanza comercial, en las divisas, en el empleo directo e indirecto. En este último aspecto deseo detenerme brevemente: en Chile un gran proyecto de capitales mineros de miles de millones de dólares de inversión, genera un impacto en el empleo directo bastante escaso, porque los grandes proyectos mineros son altamente intensivos en bienes de capital, son intensivos en tecnología de punta y por esto se necesita un millón doscientos o trescientos mil dólares de inversión para generar un solo empleo

directo estable en la actividad de la gran minería. En la minería mediana se necesita entre 50 y 300 mil dólares de inversión para generar un empleo directo y en la pequeña minería una inversión muy escasa (depende el proyecto); sin embargo hay que tener en cuenta la generación de empleo indirecto que puede significar dos o tres veces más empleo en este sector por cada uno directo; también consideramos cómo es sustituido este empleo por tecnología y bienes de capital que son principalmente importados, reduciendo a la adquisición de servicios y de insumos para operación a los proveedores nacionales. También debe considerarse el importante encadenamiento productivo que produce la minería de gran escala, generando grandes beneficios a las regiones mineras. En este sentido, ha surgido en Chile con fuerza en el último tiempo el concepto de *cluster* que tiene que ver con la posibilidad de generar renta adicional para el país, a partir de una industria básica primaria que es la minería, generando una red completa de relaciones de productores, proveedores, prestadores de servicios, universidades, institutos de formación profesional, comercio, bancos, etc., es decir, una red productiva integral que se mueve a partir del impulso de una industria básica primaria como es la minería. El concepto de *cluster* busca organizar este conjunto productivo para generar beneficios adicionales a la zona. Este concepto también debe considerarse dentro de la renta que el país recibe por el desarrollo de la actividad minera.

Por lo tanto, no sólo la tributación debe ser considerada para valorizar cuanto es social y económicamente beneficioso un desarrollo productivo primario para generar efectos positivos en la renta país. Muchos otros beneficios adicionales a la comunidad se generan a partir de la actividad primaria minera; además de los ya mencionados, una indudable mejoría en el nivel tecnológico y en el desarrollo profesional, en la construcción, las carreteras, etc.

Por lo tanto, reitero una vez más que no es sólo la recaudación tributaria o el beneficio a las arcas fiscales que le genera a un país la actividad productiva minera, los que deben considerarse para concluir si un país obtiene beneficios proporcionales a la extracción de sus riquezas naturales o no.

5.- Los más importantes Elementos del Debate

Hecho este análisis, entro derechamente a exponer algunos elementos del debate en relación con la idea de establecer las regalías en el derecho minero chileno.

a) Comparación con CODELCO

Dentro de los elementos de este debate, se dice que «Codelco», empresa estatal de excelente administración y muy buenos resultados, ha aportado un promedio de mil millones de dólares al año al Estado durante los últimos 10 años (y que, por lo tanto muy pocos cuestionan que debe mantenerse en poder del Estado), mientras que toda la minería privada del cobre, que produce el 65% del total del cobre de mina en el país, deja tributariamente sumas sustancialmente menores.

En honor a la verdad, esta comparación no es muy justa con la minería privada, ya que Codelco le entrega al Estado no sólo impuestos sino que también el retorno de la inversión que el propio Estado hizo como dueño. Por lo tanto a la comparación hay que restarle la utilidad de la empresa después de impuestos a la renta y comparar sólo estos impuestos pagados por Codelco con los pagados por los productores privados. Pues bien, aún así, no resulta bueno ni razonable el bajísimo nivel de aportes tributarios a la renta de las grandes compañías mineras privadas al Estado.

b) La depreciación acelerada y otros gastos

Pueden haber muchas razones para la mencionada baja tributación: una de las más importantes es la depreciación acelerada de los activos fijos que tributariamente se acepta, lo que produce una diferencia notoria entre el resultado de utilidades financiero-contables que arrojan los balances de las mineras y el resultado de pérdidas tributarias que arrojan esos mismos balances en los primeros años de operación; esto se ve agravado porque en Chile la pérdida tributaria se puede imputar indefinidamente a las utilidades futuras. Así, hay grandes compañías mineras que no han tributado sobre rentas por más de 25 años de operación.

Otra causa de este fenómeno consiste en que hay un nivel alto de gastos de las empresas matrices extranjeras dueñas de las mineras en Chile, que se imputan a estas filiales, lo que hacen las corporaciones transnacionales en todo el mundo, sumado esto a las importantes importaciones de bienes de capital y su tecnología asociada, que reducen significativamente los ingresos oficiales de capitales al país por las inversiones mineras. Esto en la minería es más influyente, por su alto grado de inversión extranjera.

c) ¿Es un impuesto?

La regalía, desde el punto de vista de la concepción del dominio patrimonial del estado, no es un impuesto. Otras razones avalan esta naturaleza: los impuestos se aplican en uso de la facultad de imperio del Estado a los contribuyentes, con el objeto de recaudar recursos para financiar la organización de la sociedad, la organización del Estado y el equilibrio social, dos circunstancias que son esenciales para permitir el desarrollo de actividades económicas. Hay una lógica detrás de esto: el Estado organizado cobra impuestos para financiar su actividad, la cual al particular le permite desarrollar su actividad por la cual paga el impuesto. Los impuestos son una compensación genérica a esta actividad del Estado, en ellos no hay una compensación directamente vinculante a la compra de un producto o a la adquisición de un servicio, como sí ocurre con la regalía. Tampoco la regalía es una contribución, ni una tasa, definidas como las define el derecho tributario.

d) ¿ Es discriminatorio?

Otro aspecto discutido consiste en la opinión de algunos que imponer una regalía sería una discriminación inaceptable en contra del sector minero, porque implica aplicar un impuesto que ninguna otra actividad económica en Chile tiene. Como en Chile se aplica el principio de la neutralidad tributaria es decir, a cada actividad o hecho gravado (no importa quien lo realice) se le aplica la misma tributación en el mismo momento y de la misma forma para no favorecer el desarrollo de una actividad u otra solo por razones tributarias, aplicar un «impuesto especial» a la minería sería discriminatorio.

Pues bien, si concebimos a la regalía como un pago por un insumo minero, no hay discriminación posible. En efecto, no es un impuesto y por lo tanto no hay discriminación.

e) ¿Comienza una escalada de nuevos gravámenes sectoriales?

También se ha criticado que, con esta proposición, comenzaría una escalada de aplicación de impuestos especiales a otros recursos naturales como la pesca, lo forestal, la agricultura y, así, se iría aplicando a todas las demás actividades económicas de explotación de recursos naturales.

No comparto este temor, porque la pesca no es comparable con la minería, ya que siendo un recurso natural, respecto a ella la Constitución no dice que los recursos del mar sean del Estado; además es un recurso renovable, y por último, tiene regulaciones especialísimas, como cuotas de captura que la minería no tiene. Lo forestal también tiene muchos incentivos, limitaciones a su explotación y pueden pasar muchos años, pero los bosques son renovables. Hay enormes diferencias en el tratamiento de uno u otro recurso natural, por lo tanto no había tal discriminación y así la aplicación de una regalía a la extracción minera no sólo no sería discriminatoria, sino que su no existencia en la legislación discrimina positivamente en favor de la minería. En efecto, ninguna otra actividad productiva en Chile deja de pagar precio por sus insumos y materias primas necesarias para el proceso industrial, excepto la minería.

f) ¿Afecta la Invariabilidad Tributaria del D.L. 600?

Otro punto de discusión en relación con este tema, es que la imposición de una regalía afectaría la invariabilidad tributaria que tienen derecho los inversionistas extranjeros que han contratado un régimen con el Estado, invariable en el tiempo, para darle certeza y seguridad jurídica a su inversión. Por esta razón, señalan que una regalía podría sólo aplicarse a proyectos futuros que no tengan este contrato con el Estado de Chile.

Analicemos este punto. La invariabilidad tributaria en Chile tiene un triple alcance: no pueden aumentar los impuestos a la renta, el impuesto al valor agregado, ni los derechos de aduana. Por tanto, como el Royalty se aplica por la extracción de los recursos naturales agotables y no por la utilidad de la empresa ni por las ventas, no afecta la garantía de invariabilidad tributaria. Está fuera de su alcance.

CONCLUSIONES.-

Por todo lo expuesto, en mi opinión es constitucional en Chile la aplicación de un Royalty a la minería.

No es un impuesto, no es discriminatorio, ni afecta la invariabilidad tributaria del D.L. 600.-

Esta regalía es sólo una justa compensación al Estado, por la extracción de recursos mineros que son riqueza agotable y parte de su patrimonio.

Con un gravamen moderado como es el que propone el Proyecto de Ley y la exención a las PYMES, se continúa garantizando para el inversionista privado un retorno a su inversión que sea comparativamente mejor que otros países, para seguir estimulando la inversión minera en el país.

Pero también con esta aplicación moderada del royalty, o compensación, se satisfaría la necesidad del país de recibir una justa retribución económica por el deterioro de su patrimonio natural.

Santiago de Chile, Julio de 2004.

Abogado

Renán Fuentealba Moena*

* Abogado, Profesor de Derecho Minero, Ex Diputado por Coquimbo (1957 a 1965)
Senador por Bío Bío, Malleco y Cautín (1965-1973).
Presidente de la Democracia Cristiana, Intendente de Coquimbo por 12 años

LA GRAN MINERÍA DEL COBRE Y EL ROYALTY.-

Se ha escrito mucho en estos días sobre el royalty. ¡No es para menos! Cuando se trata de tocar el bolsillo de quienes ganan miles y miles de millones de dólares a costa del Estado de Chile, que es lo mismo que decir del pueblo todo de nuestro país, los medios de comunicación comienzan a ser copados y surgen los informes jurídicos *ad-hoc* que tratan de destruir el legítimo derecho de establecer una compensación inobjetable, aunque bastante modesta y casi simbólica, por el traspaso de una riqueza mineral cuprífera de inconmensurable valor, que constituye el principal objetivo de las empresas de la gran minería. ¡y riqueza **no renovable!**

Sin conocer todavía esos informes, nos parece necesario recordar cuestiones jurídicas elementales que parecen ser intencionalmente examinadas a la ligera.

Comencemos por recordar que la Constitución Política establece en el artículo 19, No. 24, incisos 6º, 7º y 9º. las normas fundamentales que rigen esta materia y hagamos un breve análisis de ellas, aunque suficiente para destacar lo que más interesa para desenredar la tremenda madeja que se está tejiendo para apartarnos de la verdad, llegando al extremo de discutir la constitucionalidad del asunto.-

Según estas disposiciones el **Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas.** Esto significa que el Estado puede usar, gozar y disponer de las minas, que no tiene copartícipes ni competidores, que no puede enajenarlas ni siquiera autorizado por una ley, y que nadie puede adquirir el dominio de ellas por el transcurso del tiempo. No hago referencia a doctrinas que discurren sobre esta materia. En consecuencia, aquellos que sostienen que las minas son de propiedad del concesionario están profundamente equivocados porque es el Estado su único propietario, con las excepciones que la propia constitución o la ley establece.

Sin duda que este dominio del Estado tiene características especiales. Desde luego, las ya señaladas en la misma disposición citada. Y además digamos que es un **dominio público, emanado de la propia carta fundamental.** Por otra parte, este dominio no puede equipararse al dominio privado. Si bien tiene las

facultades de uso, goce y disposición, éstas no puede ejercerlas libremente, sino de acuerdo y con sujeción a las normas constitucionales y legales, como son la Ley Orgánica Constitucional Sobre Concesiones Mineras, el Código de Minería y su Reglamento.

Podríamos decir que, además de los modos de adquirir del artículo 588 del Código Civil, a los cuales se agrega la ley, la Constitución en este caso, es el modo de adquirir el dominio de las minas por parte del Estado.

Refirámonos ahora a las disposiciones más esenciales relativas a las concesiones, sin adentrarnos en detalles para no perder de vista lo esencial.

Dice la Constitución en la disposición citada que corresponde a la ley determinar qué sustancias...pueden ser objeto de concesiones de exploración ò de explotación. Ya queda claro de inmediato que no hay concesión de la mina, la que no es susceptible de ella. Enseguida señala como se constituirán y dispone que la concesión minera obliga al dueño a desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento, dejando así muy en claro el predominio del interés nacional sobre los intereses de los concesionarios.

El concesionario pasa a ser titular del dominio sobre su derecho de concesión. Es decir, ésta le pertenece, es de su propiedad y puede ejercer respecto de este derecho de concesión todos los atributos propios del dominio como usar, gozar y disponer de ella. Como dice el Art. 19 N° 24 inciso 9°, «el dominio del titular sobre su concesión minera está protegido por la garantía constitucional de que trata este número», que se refiere al derecho de propiedad. En consecuencia, debe distinguirse entre: a) el dominio del Estado sobre la mina que es inalienable; b) el dominio del Estado sobre las sustancias minerales, sobre las cuales se puede otorgar concesión, salvo excepciones; y c) el dominio del concesionario sobre su derecho real de concesión, protegido por la garantía constitucional del derecho de propiedad.

Para continuar avanzando hasta llegar al problema del royalty, hablemos ahora de la concesión minera ya constituida, sea concesión para explorar o concesión para explotar, llamada también esta última pertenencia.

Dice el artículo 3º. de la Ley Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras (LOCCM) sobre concesiones mineras que las facultades conferidas por las concesiones mineras se ejercen sobre el objeto constituido por las sustancias minerales concesibles existentes en el terreno de que se trate y ratificando el precepto constitucional, la misma ley dispone en su artículo 6º. que el titular de una concesión minera judicialmente constituida tiene sobre ella derecho de propiedad, protegido por la garantía del No. 24 del artículo 19 de la Constitución Política. Añade que la privación de las facultades inherentes a la concesión constituye privación de los atributos o facultades esenciales del dominio de ella.

No queda duda, entonces, que el concesionario sólo tiene los derechos de explorar o explotar las sustancias minerales concesibles existentes en la mina, según sea el caso, sujeto a los derechos y obligaciones que la Constitución y las leyes establecen, en especial la LOCCM y el Código de Minería, éste último contempla todos los trámites y procedimientos a seguir para constituir una concesión, cualquiera que ella sea.

Ahora bien, los artículos 10 y 11 de la LOCCM establecen que el concesionario tiene derecho exclusivo a hacer suyos o a hacerse dueño de las sustancias minerales que extraiga y que sean concesibles, se trate de un concesionario para explorar o de un concesionario para explotar, aunque en el primer caso se limita a la extracción que ha debido hacerse inevitablemente con motivo de las labores de exploración e investigación. Esto último es obvio, porque el concesionario de exploración no tiene el derecho de extraer minerales.-

Estos mismos conceptos son reproducidos o reiterados en el Código de Minería., tal es el caso de los artículos 1º, 2º, 26, 91 y 116, entre otros, para los efectos de estas reflexiones.

Al igual que los artículos 10 y 11 de la LOCCM, el artículo 116 del Código de Minería dispone en su inciso 2º que «el concesionario se hará dueño de todas las sustancias minerales que extraiga dentro de los límites de su pertenencia y que sean concesibles a la fecha de su constitución o lleguen a serlo posteriormente». En el inciso 3º, el mismo artículo agrega que «se entienden extraídas las sustancias desde su separación del depósito natural de que forman parte; o desde su aprehensión, tratándose de desmontes, escorias y relaves a que se refiere el artículo sexto»

Al hecho material de extraer los minerales separándolos de la mina, la ley le atribuyó la virtud de transferir o traspasar el derecho de dominio de las sustancias minerales al concesionario. O sea, que el modo de adquirir el dominio por parte de éste es la ley.

Esta transferencia del dominio de las sustancias minerales es absolutamente gratuita. El Estado no percibe ni un solo centavo por ella. ¿No es esto indignamente injusto, sobre todo tratándose de la gran minería del cobre?

Pues bien, el establecimiento de una legítima compensación por el valor de los minerales transferidos es lo que constituye el royalty que el gobierno pretende establecer. Ello es de la más estricta justicia y particularmente no podemos entender que existan personas que se opongan. No podemos entender que las grandes compañías mineras del cobre no se satisfagan con las inmensas utilidades que obtienen a cambio de nada. No se hable como excusa que ellas pagan patente, o impuesto a la renta u otros, porque esos los pagamos todos.-

Esta compensación o royalty no es impuesto, sino que pretende cubrir el valor de los minerales extraídos. ¿Por qué el Estado tiene que regalar las sustancias minerales? Resulta que el objetivo más importante que se persigue por estas empresas es la explotación de las minas y sus productos, éstos son su materia prima. Sin ella las empresas no existirían. En estricto rigor, el Estado está aportando gratuitamente lo más importante del patrimonio de la empresa y lo que la justicia demanda es que el Estado sea socio de ellas con una participación proporcional al valor que representan las sustancias minerales en relación con la inversión de las compañías. Sabemos que dentro del régimen capitalista en que vivimos esto no sería posible. Pero lo menos que se puede pretender es percibir un royalty o valor compensatorio que se aproxime lo más posible al verdadero valor de las sustancias minerales extraídas. La proposición del gobierno suena a burla por la insignificancia de la compensación que propone. En realidad, es verdaderamente simbólica.

Ojalá que en la discusión de la ley los señores parlamentarios exijan conocer los costos reales con que operan las empresas. Puedo decir que en el caso de Los Pelambres, que existen en mi región, ellos son inferiores a 40 centavos de dólar la libra. Cuando comenzaron su explotación el precio de la libra de cobre era de alrededor de 60 centavos de dólar y estaban satisfechos, y no pararon sus inversiones.

¿Que si se establece el royalty los inversionistas se van a ir? ¡No se irá ninguno porque el negocio seguirá siendo suculento! Ni tampoco se abstendrán de venir

nuevos inversionistas porque el negocio es redondo. La cantidad que pagarán por concepto de royalty es ínfima si se compara con el valor real de las sustancias minerales que extraen.

En cuanto a la constitucionalidad de la ley que se discutirá hay que decir que tanto la LOCCM como el Código de Minería, son eso, leyes, y, como tales pueden ser modificadas por otra ley competente, esto es, por otra ley orgánica. Su texto, que no conozco, debería consistir en una modificación a los artículos pertinentes de la LOCCM y del Código de Minería, los que ya he indicado. El no pago de la compensación debería producir la caducidad de la concesión, pero sería preferible establecer otro tipo de sanción que no afectara a la existencia de ella.

Es obvio que este valor compensatorio debe extenderse, en principio, a toda la minería, pero evidentemente que tratándose de la mediana, la pequeña minería y la minería no metálica, las tasas de compensación deben ser más modestas. Todo esto es materia que corresponde dilucidar a los legisladores, en cuyas manos está velar por los intereses nacionales, sin transformar este delicado asunto en una cuestión electoral. En este país luchamos durante muchos años por la nacionalización del cobre. Hubo los procesos de chilenización bajo el gobierno del Presidente Frei y el de nacionalización bajo el Gobierno del Presidente Allende. Bajo los gobiernos socialdemócratas de la concertación hemos mantenido y acrecentado lo que heredamos de la dictadura. Hagamos un mea culpa recuperando algo del valor de nuestra riqueza para Chile.

Renán Fuentealba Moena

La Serena, 13 de Julio del año 2004.

Abogado
Héctor Vega Tapia

El derecho del Estado de Chile a imponer un royalty o regalía

El royalty o regalía es un derecho que el Estado soberano cobra al concesionario por la explotación de sus riquezas naturales. Situación que corresponde al caso del cobre, que es además un bien no-renovable. Su cobro tiene relación con la cantidad de mineral extraído, independientemente de las transacciones mercantiles a que puede ser objeto. El fundamento jurídico de la regalía es el dominio fundiario del Estado. Esta es la noción que consagra don Andrés Bello en el Art. 591 inc. 1° del Código Civil (1855). En ese artículo Bello entiende que la naturaleza jurídica del dominio del Estado sobre las minas y yacimientos es completo y de carácter patrimonial.

La noción de dominio patrimonial del Estado enunciada por Bello, proviene de las Ordenanzas de Minas de Nueva España (1783) las cuales rigen en Chile a partir de 1785, donde coexisten el alto dominio de carácter y naturaleza regalista patrimonial del Estado sobre minas y yacimientos con el dominio útil del particular, esto es sujeto a la condición precisa de trabajarlas y de pagar la correspondiente regalía. Esta es la noción que prevalece en la reforma de la Constitución de 1925 del año 1971 cuando el Presidente Allende nacionaliza los yacimientos del cobre el 11 de julio de ese año. Allí se establece el dominio minero patrimonial del Estado, noción que se mantiene en la Constitución de 1980.

Interpretaciones civilistas en la legislación minera

El razonamiento de don Andrés Bello es histórica, política y jurídicamente consistente. El Estado de la República de Chile, reemplaza al Estado del absolutismo español personificado, durante la colonia, en el soberano. Por lo tanto, don Andrés Bello mantiene y reconoce el carácter de Estado patrimonial/regalista que surge de las luchas independentistas y que anteriormente detentaba el soberano. Con la independencia, la soberanía pasa del soberano español a la

⁷ La interpretación jurídica de este documento debe mucho a la importante investigación del jurista, Profesor, Julio Vildósola. Como es habitual, hago la reserva de que cualquier error es responsabilidad del autor.

⁸ Abogado y Economista. Docteur d'État ès Sciences Économiques. Universidad Aix-Marseille. Francia. Docteur du Troisième Cycle en Sciences Sociales du Développement. EHESS, Paris. Profesor del Doctorado en el Estudio de las Sociedades Latino-americanas. Universidad Arcis.

Nación, la cual ejerce de manera inequívoca su dominio sobre «todas las minas de oro, plata, cobre, azogue, estaño, piedras preciosas, y demás substancias fósiles, no obstante el dominio de las corporaciones o de los particulares sobre la superficie de la tierra en cuyas entrañas estuvieren situadas» (Art. 591, inc. 1º del Código Civil). Noción sin ambigüedades, a la cual la Comisión Revisora del proyecto superpone un criterio *sui generis*, sin parangón en otras legislaciones, a saber el dominio eminente del Estado, introducido en el Art. 591 inciso 2º donde «se concede a los particulares la facultad de catar y cavar en tierras de cualquier dominio» (y explotar dichas minas) «y la de *disponer de ellas como dueño* (yo subrayo- HV), con los requisitos y bajo las reglas que prescribe el Código de Minería».

Nótese que en la Constitución de 1833 no hay ninguna norma o referencia al dominio de las minas y yacimientos. Hasta 1874, fecha de promulgación del Código de Minería, rigen las leyes españolas. Es más, el pago de regalía al Estado es una práctica consagrada que se impone sobre cualquier interpretación civilista de la propiedad minera. El Estado de Chile, históricamente sumido en los problemas de las dos deudas gemelas – déficit fiscal y deuda externa – no podía prescindir de políticas que exigían por una parte, pago oportuno de regalía e impuestos y por otra, contrapartida de lo anterior, un ejercicio útil de la concesión, estableciéndose una contribución local para el caso de suspenderse la explotación durante dos años. El jurista Julio Vildósola resume en su tratado de derecho minero (El Dominio Minero y el Sistema Concesional en América Latina y el Caribe, véase pp. 345-400) la transmisión, desde la cátedra, de las teorías civilistas de la propiedad minera. Menciona a Claro Solar, en el decenio de 1930, como la fuente de interpretaciones de autores, esencialmente jurisperitos, que «sin analizar, evaluar, ni profundizar en absoluto sus curiosas afirmaciones y argumentos de autoridad» repiten sistemáticamente que «el Estado tiene sobre las minas un derecho de propiedad general y superior, y no un derecho patrimonial perfecto» (textos de Arturo Alessandri R., y Manuel Somarriva), con lo cual, concluyen estos autores, el Art. 591 del Código Civil repetido por el Art. 1º del Código de Minería de 1932 trasunta estas ideas doctrinarias. Así, «las minas son en principio bienes del Estado, pero no son bienes nacionales de uso público ni bienes fiscales; el dominio eminente de aquél sirve para justificar los derechos que al respecto otorga a los particulares». Con estas interpretaciones se quiere asimilar la propiedad minera a la propiedad civil, como un derecho real, que conforme al Art. 577 del Código Civil se tiene sin respecto a determinada persona, interpretación que limita drásticamente cualquier intervención de Estado en la regulación y planificación de la actividad minera. Así, se transmitía de generación en generación de jurisperitos

positivistas, la ambigüedad que culminaría en la Ley Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras del 21 de enero de 1982 (LOCCM N° 18097), vaciando de contenido las disposiciones constitucionales de 1980 que transcribían literalmente las declaraciones de la reforma constitucional de Allende de 1971, donde el dominio de los recursos minerales es atribuido al Estado a título «absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible» (véanse la CPE de 1925, con la reforma de 1971, Art. 10 n° 10 inc. 4°; y la CPE de 1980 Art. 19, n° 24 inc. 6°). En definitiva, estas disposiciones señalan la inconstitucionalidad de la LOCCM, la cual se construye sobre interpretaciones civilistas que desconocen tanto la letra como el espíritu de más de 300 años de legislación minera en Chile. Sobre bases ideológicas liberales del siglo 19 que sacralizan la propiedad privada y que hacen suya la consigna, «todo a los particulares, nada con el Estado», se echan las bases para una virtual *cohabitación* espuria entre la Constitución y la LOCCM.

Una cohabitación espuria

La LOCCM consagra el «dominio subsidiario del Estado». Según esta doctrina, el Estado es un mero tutor, depositario y administrador de la riqueza minera de la Nación. De este dominio subsidiario, se deriva que lo que se le otorga al particular es una concesión plena sin ingerencia del Estado. A renglón seguido la LOCCM establece el dominio privado del yacimiento a través de la concesión plena, la cual se consagra como el derecho real inmueble (...) oponible al Estado y a cualquier persona..., etc., rigiéndose por las mismas leyes civiles que los demás inmuebles (Art. 2 de la Ley N° 18097). Quienes justifican la concesión plena en nuestra legislación privilegian la vigencia de la LOCCM sobre la Constitución y destruyen de raíz la posibilidad del royalty o regalía, ignoran el carácter patrimonial y regalista del Estado y se otorga base jurídica a la confusión entre propiedad civil y propiedad de una actividad productiva o comercial, cual es el caso de la explotación de minas. Se confunde así el patrimonio privado del poseedor con su patrimonio social, contra todo distinguido de base consagrado en las legislaciones comerciales del mundo.

Dicha concesión es de carácter indefinido; es declarada por el juez, el cual verifica aspectos técnicos adjetivos (identificación del concesionario, límites de la concesión, mensura de la superficie, etc. etc.), eliminándose toda intervención del aparato de administración del Estado, lo cual es una excepción a la orientación de las legislaciones mineras actualmente vigentes en el mundo. J. Vildósola, escribe que «en prácticamente todos los países del mundo con

significación minera jurídica e incluso en los de vertiente anglosajona así como los de Europa y América Latina, la Autoridad Minera administrativa es la que otorga y concede, en representación del Estado o la Nación, los derechos mineros contenidos en el sistema concesional administrativo» (Op. cit., p. 368). Subrayemos que esa es la doctrina que se desprende de las disposiciones ya citadas de las Constituciones de 1925 (reformada) y 1980.

Durante 14 años de gobiernos democráticos la *cohabitación* de la Constitución de 1980 con la LOCCM ha buscado la neutralización del Estado. De hecho, se ha introducido la confusión entre propietario civil y propietario de una actividad productiva, distingo de base consagrado en todas las legislaciones comerciales del mundo. No por el hecho de desarrollar una actividad productiva y comercial sobre el yacimiento minero, el poseedor adquiere la calidad de propietario. Tampoco el concesionario podrá prevalerse del pago de la patente minera, o del IVA, para invocar su calidad de propietario del yacimiento. Noción que es válida tanto en el ámbito de la propiedad industrial, comercial, como civil. Agreguemos que en la ley tributaria el pago de contribuciones de inmuebles no acredita propiedad a quien efectúe dicho pago.

Actitud de la Junta Militar

Subrayemos que la Junta Militar que ejercía en esa época el poder legislativo se opuso a esta virtual *capiti diminutio* del Estado. El Contraalmirante de la Armada, Carlos Quiñónez, Ministro de Minería de la época, expuso el alcance del Art. 19 n° 24, de la Constitución de 1980. Citando a Canadá, Australia, Zambia, Zaire, Estados Unidos, Perú, Filipinas, Nueva Guinea, etc, grandes productores de cobre y otros metales, el Ministro expresa que los cuerpos legales que rigen la explotación minera, otorgan **«un derecho temporal de explotación, sin desprenderse de su dominio patrimonial estatal** sobre la riqueza minera y bajo el régimen de concesiones que corresponden mayoritariamente a países que han desarrollado la explotación de sus recursos mineros; lo cual no obsta a otorgar las correspondientes garantías que se requieren para incentivar el desarrollo minero con la participación activa de inversionistas privados, nacionales o extranjeros (yo subrayo – HV)».

Haciéndose cargo de las teorías civilistas, el Ministro agrega «hacer revivir la concepción *sui generis* chilena del dominio eminente del Estado sobre las minas, mediante la figura del dominio subsidiario, **es repudiable** (yo subrayo – HV)».

Es más, cita el Art. 10 n° 10, incisos 4°, 5° y 6° de la Constitución de 1925 (que consagra la reforma del gobierno del Presidente Allende) para establecer el «**dominio del Estado sobre las minas**» el cual, afirma, «**no es un dominio teórico** (yo subrayo – HV)».

Al aprobarse el proyecto de LOCCM, el Ministro Quiñónez renunció y fue reemplazado por José Piñera, quien finalmente llevó adelante junto con sus asesores, la aprobación legislativa, promulgación y posterior publicación del texto. En síntesis Piñera argumentaba que el derecho del Estado es sobre un objeto indeterminado, que no tiene forma...desconociéndose incluso su ubicación (yacimiento) y existencia real. En seguida afirma, no es necesario que el Estado exprese su manifestación de voluntad traslativa de derechos que sirva al particular de título para adquirir la concesión. Basta, prosigue, que el Poder Judicial reconozca un titular legítimo de pleno dominio civil sobre la concesión. Con lo cual, la resolución judicial será así constitutiva de derecho y no meramente declarativa del mismo. Por último, el argumento lapidario: el Estado es un simple «tutor» – sentencia Piñera – mero depositario de la riqueza minera de la Nación.

El «royalty chileno» en el contexto de la LOCCM y leyes tributarias

El significado político de la discusión sobre los royalties en la minería chilena del cobre, supera con creces los resultados económicos que se proclaman, según el gobierno alrededor de US\$ 100 millones. Del lado de los costos para las compañías mineras, un estudio de CODELCO, señala que el proyecto en su forma actual, disminuiría sólo en un uno por ciento la rentabilidad de dichas empresas. En el proyecto de ley enviado al Congreso, que establece la regalía minera (Mensaje del 5 de julio de 2004, véanse Arts. 18 y 19), vincula dicha regalía a los precios de mercado, pues su cobro se determina aplicando un coeficiente de 0% a 3% sobre las ventas brutas (deducidos ciertos costos específicos); para empresas que venden más de 2000 Unidades Tributarias Anuales: alrededor de US\$ 1,2 millones. Esta peculiar concepción convierte el royalty en un impuesto, lo cual es erróneo, pues éste no es sino la emanación de la soberanía del Estado sobre el patrimonio minero con todas sus consecuencias regalistas: se paga por lo que se extrae, no por lo que se vende.

Al presentar el gobierno este impuesto como modificación a la LOCCM, plantea un escenario abiertamente desfavorable a su aprobación, pues en ese caso requiere un quórum calificado de 4/7, esto es una mayoría que dada la actual correlación de fuerzas el gobierno está lejos de alcanzar en el parlamento.

Agreguemos que este virtual impuesto arrastra consigo un efecto práctico importante pues lo sitúa al mismo nivel que un costo específico, es decir como base para argumentar una rebaja del impuesto a la renta que deberá deducirse en la determinación final de dicho impuesto. Con ello se ignora que la renta minera o regalía es independiente, como se ha dicho más arriba, de los resultados del negocio, constituyendo por sí mismo un factor de producción condicionante de la explotación. En otras palabras, no es posible incorporar capital, mano de obra u otros insumos si no existe el yacimiento, el cual según nuestra interpretación y para todos los efectos, pertenece al Estado.

El «royalty-impuesto» así planteado, desemboca fatalmente en el tema tributario, que conjuntamente con la interpretación de la concesión plena – inconstitucional en la legislación chilena – consagra un régimen especial único en el mundo para atraer la inversión minera a Chile. En este sentido, a la LOCCM ya citada, agreguemos la Ley de Impuesto a la Renta, 1974 y modificaciones y el DL 600 sobre inversiones extranjeras de 1974 y su modificación del año 1993⁷. El Art. 11 bis del DL 600 sobre inversiones extranjeras consagra la libertad de precios y de exportación para todas las empresas extranjeras que invierten en Chile, por lo cual resulta difícil impedir las operaciones dudosas, entre otras las cubiertas por los llamados precios de transferencia o precios mediante los cuales las filiales venden lo producido a precios manifiestamente reducidos a sus casas matrices, con lo cual las utilidades tributarias se minimizan o se transforman en deudas. La ley 19506 (30 de julio de 1997), que modifica la Ley de Impuesto a la Renta, entregó al Servicio de Impuestos Internos atribuciones para impugnar los precios de transferencia que no se ajusten a operaciones similares celebradas entre empresas independientes, y para rechazar el exceso que determine por concepto de intereses, comisiones y otros que provengan de operaciones crediticias o financieras, celebradas con la casa matriz o institución financiera en la cual tenga participación de a lo menos un 10% del capital la casa matriz (Art. 38, incisos 4º y 5º de la Ley sobre Impuesto a la Renta). El Art. 18 del Proyecto de Ley sobre Royalty enviado por el Ejecutivo al Congreso prevé la situación de los precios de transferencia cuando establece un precio mínimo de la primera venta del producto minero y el caso de transacciones entre empresas relacionadas.

⁷ El Decreto con Fuerza de Ley N° 523 (Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción Subsecretaría de Economía, Fomento y Reconstrucción), fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 600, de 1974, Estatuto de la Inversión Extranjera, según facultades que confiere al Presidente de la República el artículo 3º de la ley N° 19.207 y publicado en el Diario Oficial de 16 de diciembre de 1993.

La historia de la aplicación de la ley demuestra que el Servicio de Impuestos Internos ha sido incapaz de controlar los precios de transferencia. Es más, salvo las disposiciones citadas, no se ha legislado específicamente. Baste decir que se trata de un tema complejo, pues los precios de transferencia entre empresas relacionadas instaladas en distintos países se refieren a préstamos, prestación de servicios, uso o transferencia de bienes tangibles, uso o transferencia de bienes intangibles y transacciones en los mercados de futuro. La manipulación de estos precios de transferencia en transacciones con empresas relacionadas en el extranjero, puede disminuir los ingresos o generar gastos excesivos según el caso. Es más, pese a las reformas introducidas por la Ley de Evasión Tributaria, la situación sigue siendo vulnerable. La ley de Impuesto a la Renta impone un impuesto de 4% a las remesas por pago de intereses de préstamos, y la Ley de Evasión Tributaria establece que el impuesto se elevará a 35% cuando las remesas correspondan al pago de intereses por préstamos otorgados por empresas relacionadas y que equivalgan a 3 veces el capital de la empresa deudora. Si bien el mecanismo previsto es un avance sobre la legislación anterior, en la práctica la elusión tributaria se perfecciona creando en el extranjero acreedores ficticios no relacionados. Recordemos, que la ley anterior no tenía en cuenta que 65% de las inversiones de las compañías extranjeras corresponden a créditos asociados, mecanismo mediante el cual se evade el impuesto a la renta para transformarlo en impuesto a las remesas por préstamos, de 4%. Todo esto revela la complejidad del tema.

En Derecho Comercial Moderno se ha impuesto la llamada doctrina del «*disregard*», esto es, sin perjuicio de los precios fijados, debe investigarse irrestrictamente, la empresa, sociedad, o grupos de sociedad (conjunto de empresas que constituyen una «cadena de valor») y las distintas funciones de las sociedades por acciones, para con ello verificar si los precios de transferencia de sociedades vinculadas, pero jurídicamente independientes, con sede en diversas jurisdicciones fiscales, establecen precios que no se corresponden con los «precios normales de mercado abierto» (*arm's length principle*), eludiendo con ello el pago del impuesto a las ganancias, mediante la reducción de la base imponible en el país donde están domiciliadas. Las prácticas que no se sujetaren a ese principio acarrearán, como en el caso de Chile, la erosión de la recaudación fiscal en beneficio de la empresa constituida localmente, la cual cae en flagrante delito de evasión fiscal: casos de La Disputada, El Indio y 45 filiales de un total de 47 transnacionales que operan en el territorio de Chile. En

consecuencia, la reglamentación de los precios de transferencia, persigue evitar el flujo ilegal de ingresos fiscales entre distintos países que en la abrumadora mayoría de los casos afecta a las economías subdesarrolladas. En los países de origen de las transnacionales, la tendencia ha sido su protección. Las transnacionales trasladan, vía precio de bienes y servicios, el impuesto a las ganancias para pagarlo en las naciones origen de las empresas y no en aquellos países donde se desarrollan las actividades de sus subsidiarias. Su justificación es evitar la doble tributación, argumento que puede en su caso conducir a conflictos entre la economía (subdesarrollada) que acoge la inversión y la economía (desarrollada) origen de la empresa transnacional.^{8,9}

Las reservas mineras

Si el Estado ejerce un dominio exclusivo, absoluto, inextinguible e imprescriptible y los concesionarios son propietarios del mineral extraído, todo el problema acerca de la legalidad del establecimiento del royalty o regalía, consiste en saber a quien pertenecen las reservas mineras.

¹ Baste decir que Estados Unidos y el Reino Unido gravan los dividendos que sus sociedades residentes reciben de sus filiales extranjeras. Agreguemos, que la inclusión de una sociedad holding permite aplazar la imposición sobre los dividendos hasta el momento en que son efectivamente transferidos al país de residencia de la sociedad matriz. En Francia y Bélgica, no existe un régimen fiscal particular a los holding, el derecho común de sociedades de ambos países hace que los dividendos percibidos de sociedades filiales en el extranjero estén exentos de tributación, no así las plusvalías de la venta de participaciones, que sí se ven gravadas.

² Con relación a los juicios interpuestos en materia de precios de transferencia los resultados no son estimulantes. En Francia, habiéndose regulado en 1996 las diferencias de estos precios los «precios normales de mercado abierto» se estima que entre el inicio del procedimiento y la sentencia definitiva, se puede incurrir en un plazo no menor a diez años (Véase Comentarios Oficiales del Servicio de Rentas Internas de Francia, de 4 de mayo de 1973). En el Reino Unido de la Gran Bretaña, la diferencia de precios tiene fuertes penalidades para la filial allí domiciliada (Véase Notas de guía del proceso documental, 1997, Art. 770). En Canadá, la Dirección de Impuestos Internos puede reajustar los precios cuando se demuestre que las condiciones de las transacciones difieren de las de mercado abierto (Véase el arm's length principle contenido en la legislación de 1997). En Brasil, en un comienzo, el control sobre los precios de transferencia tenía relación solamente con la valoración aduanera, y el objetivo era evitar la subfacturación con el propósito de disminuir tributos ad valorem. La ley 9430/96 ordenó y fijó los parámetros para determinar los precios practicados en operaciones efectuadas a partir del 1 de enero de 1997, aplicándose solamente para las operaciones realizadas con residentes en países extranjeros. En el caso de la exportación, la legislación brasileña especifica márgenes de lucro que pueden ser alterados por solicitud del contribuyente, asociación representativa del sector económico, o de oficio por la autoridad. El Internal Revenue Service (IRS) de EE.UU., tiene la facultad por ley de formular y hacer cumplir las reglas sobre los precios de transferencia. La sección 6662 obliga al contribuyente a documentar sus prácticas sobre los precios de transferencia todos los años. El IRS evalúa el precio entre partes relacionadas, utilizando como referencia el precio que se pacta en una transacción comparable. La confiabilidad del método propuesto depende del grado de comparación entre transacciones que se pueda establecer. En México, la fiscalización está a cargo de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, la cual sigue el principio arm's length propuesto por la OCDE.

Mi opinión es que según su redacción, el Art. 11 n° 2 de la LOCCM parecería reconocer el dominio del Estado sobre las reservas. Dicha disposición establece que el concesionario de la explotación tiene el derecho exclusivo de todas las sustancias minerales que extraiga, con lo cual, podría alegarse que la ley reconoce implícitamente que el concesionario no es dueño de las reservas, las cuales caerían dentro del dominio eminente del Estado. Desde luego, no se trataría del dominio subsidiario, o dominio eminente del Estado *sui generis* de los civilistas liberales, sino de un bien fundiario, dominio de un Estado patrimonial/regalista (supra).

Lógica de la LOCCM para evaluar las reservas mineras

Ahora bien, la redacción del n° 3 del artículo 11 de la LOCCM establece que se indemnice al concesionario las reservas al valor presente de los flujos netos de caja. Observemos que es imposible que se haga esta evaluación a menos que se realice la venta de las reservas del mineral. Sin el conocimiento de dos parámetros fundamentales de la operación, a saber el precio de venta del mineral y el interés del capital, estaríamos en la imposibilidad absoluta de realizar el cálculo exigido por la ley, a menos que se tratara de una simple proyección (teórica) la cual supone hipótesis relativas al precio del mineral y el valor del capital necesario para producirlo.⁹ No es precisamente un ejercicio teórico el que establece la ley sino atenerse a evaluaciones que correspondan a lo que sucede realmente en los mercados mundiales. Una predicción de ambos parámetros es imposible, pues el mineral transado en los mercados de Londres y Nueva York (COMEX) representa apenas 0,06% del total comercializado, siendo opciones y futuros (23,5%), más operaciones fuera de Bolsa (76,4%), la cifra de 99,9% del total¹⁰. Si se quiere mantener el ejercicio teórico y al mismo tiempo evaluar correctamente la base imponible que permita la indemnización que establece la ley, habrá que extraer el mineral y venderlo, manteniendo un eventual crédito del Estado por pago de impuestos y royalty (si existiese) y, lógicamente, según el comportamiento del mercado. Lo cual lleva a una conclusión sorprendente: en la imposibilidad de llevar a cabo lo dispuesto en el Art. 11 N° 3 de la LOCCM el juicio de expropiación carece de objeto, y como consecuencia de ello resulta irrelevante que el Estado sea propietario o no de las reservas mineras.

⁹ El flujo neto de caja a valor presente, se basa en una serie de ingresos, $Y_1, Y_2, Y_3, \dots, Y_{n-1}, Y_n$, que deberán ser descontados según una tasa de interés, «i», o costo de oportunidad de la inversión inicial, a saber $1+i; (1+i)^2; (1+i)^3 \dots (1+i)^{n-1} + (1+i)^n$.

¹⁰ Commodities Free Trade Comisión de Estados Unidos.

Un tal resultado muestra los extremos a que llegaron «legisladores-seudo-economistas» (ver *infra*) que concibieron una ley que establecía operaciones «comerciales prospectivas», imposibles de evaluar, según el método propuesto por la LOCCM, con una consecuencia precisamente no deseada por ellos, a saber una indemnización indeterminada por la imposibilidad de valorar los activos (reservas del mineral), a la manera de la ley.

Algunos sostienen que el Art. 11 n° 3 da sustento para que el concesionario pudiera rechazar el royalty, «argumentando que, si tiene derecho a que se los paguen (los recursos) si es expropiado es porque son propios, y el Estado no puede tener derecho a recibir compensación por recursos que son del minero» – abogado Sergio Hernández)¹¹. El mismo Hernández busca una interpretación alternativa armónica entre los n° 2 y 3 del Art. 11, argumentando que la disposición del n° 3 «sólo sería aplicable para el caso especial de estar en presencia de una expropiación y no para el caso de una concesión no afecta a ella. En este último caso, primaría la disposición del n° 2 citado, en cuyo caso el concesionario no es dueño aún de lo que no ha extraído, siendo por lo tanto jurídicamente factible la aplicación de regalías a favor del Estado, sin afectar el derecho de propiedad».¹²

Estas interpretaciones no toman en cuenta el ámbito comercial en que se sitúan los autores de la LOCCM, y *a fortiori* tampoco toman en cuenta los parámetros de cálculo involucrados. No está demás insistir, como ya en otra ocasión alguien lo señalara, que esta ley fue hecha por economistas - agreguemos al servicio de las transnacionales - transformados en legisladores. Su sobreargumentación los llevó a consolidar el dominio eminente del Estado patrimonial/regalista sobre las riquezas mineras y con ello a justificar, sin que ello fuera su intención, la existencia de una eventual regalía independiente de los avatares del mercado.

El royalty en las legislaciones mineras

En Chile, no se cobran royalties, contrariamente a la mayoría de los países donde existe minería del cobre, entre ellos, Argentina, Australia, Brasil, Bolivia,

¹¹ Sergio Hernández N. Minuta legal a la Comisión Económica y Social, del Partido Demócrata Cristiano. «Compensación al uso de recursos mineros», p. 2, agosto 2002.

¹² *Ibidem* p. 2

China, Costa de Marfil, Etiopía, USA, Papúa Nueva Guinea, Filipinas, etc. Una mirada a la legislación internacional sobre la materia revela que algunos países incurren en un cálculo destinado a cuantificar el royalty según una determinada tasa, por ejemplo, tantas unidades monetarias – pesos, rupias, dólares, etc... - por tonelada de fino vendida, lo cual obliga en último término, a buscar un valor de referencia o valor de mercado. Es el caso de China, donde el cobre paga un royalty de 2% sobre los ingresos que se obtienen de la venta; o en Ghana, donde el poseedor de la concesión minera paga un royalty que puede variar entre 3% y 12% del valor bruto del mineral. Más cercana a la noción del derecho del Estado a usar, gozar y disponer de los minerales que se encuentran en su territorio, es aquella que fija derechamente un derecho nominal sobre el mineral extraído sin referencia al valor del mercado. Es el caso de la India donde el Estado cobra Rs17 por centésimo de mineral contenido por tonelada de mineral; Indonesia donde el cobre paga US\$ 45 por tonelada, etc. En Estados Unidos, el royalty es un derecho estadual, no federal, llegándose aún a un pago entre particulares en cuyo caso se supone una renta presunta basada en ciertas externalidades que son valoradas de manera subjetiva (o práctica conocida vulgarmente en Chile, como «derecho de llaves»). Este último criterio, independiente de los resultados financieros de la explotación minera o del valor del yacimiento, se acerca más a la noción de patente que a la de royalty estimado según precios de mercado.

Conclusiones

1. El «*royalty-impuesto*» según la versión del gobierno será muy probablemente rechazado en el Congreso (escribimos el 2 de agosto de 2004) pues requiere un quórum calificado.

Pese a los resultados previstos, el proyecto de ley del Ejecutivo ha permitido acercar las discusiones parlamentarias a múltiples sectores de la ciudadanía y establecer conciencia en el país sobre los privilegios tributarios de que gozan las compañías extranjeras del cobre, amén de la importancia de recursos que se transfieren al extranjero en desmedro de inversiones productivas y beneficios que se podrían capitalizar para la población. En definitiva la discusión se instaló en la conciencia nacional de manera irreversible.

En un grado de conciencia más regional que nacional está el hecho que las compañías de la Gran Minería del cobre son titulares de derechos de aprovechamiento de aguas, superiores a sus necesidades, y sus efectos colaterales sobre la agricultura altiplánica la cual se ha visto desplazada y en muchos casos eliminada de raíz. Hoy los afectados son los marginales de las grandes urbes costeras, esto es, Iquique (Alto Hospicio), Antofagasta y Arica. La contaminación de las napas subterráneas es hoy un problema de salud pública que el ministerio de Salud, no las compañías, ha debido hacerse cargo. De manera más general, se trata de externalidades a las faenas mineras, a las cuales podemos agregar infraestructura productiva, como rutas, energía, educación, vivienda que finalmente deben ser financiadas ya sea por el presupuesto público o por otras actividades privadas. Tres senadores, Jorge Lavandero, Carmen Frei y Ricardo Núñez presentaron al gobierno un proyecto de impuesto específico para cuya aprobación se requiere quórum simple. De esa manera se sale del impase que significa la modificación de la LOCCM. En este plano, la Constitución de 1980 en su artículo 19, N° 20 inc. 4° autoriza por ley de quórum simple que se establezca un tributo afectando actividades locales para obras de desarrollo comunal. Caso que cae precisamente en las externalidades señaladas y que como solución alternativa llenaría, en parte, los objetivos que se buscan con el establecimiento de la regalía.

2. En el mediano plazo la LOCCM deberá ser derogada. Como consecuencia de ello, la propiedad minera sobre sustancias que señala el Art. 19 n° 24, inc. 6 debe ser establecida por una ley común. Eso lo mandata el mismo Art. 19 n° 24, inc. 7. En esa ley común se determinarán las sustancias mineras objeto de la concesión. Además en esa misma disposición la Constitución resuelve que la ley debe fijar la duración de la concesión (véase opinión en este sentido de J. Vildósola, op. cit. p. 383).

Un examen elemental de las bases de la indemnización sugerida en la LOCCM – esto es, valorización de las reservas de mineral, al valor presente de los flujos netos de caja – revela su total inconsistencia. Es más, dada la orientación de las legislaciones y prácticas mineras en el mundo coloca a los inversores extranjeros en un terreno de inseguridad e indefensión. Los inversores saben que se trata de privilegios que no pueden mantenerse indefinidamente y que de alguna manera debe llegarse a una situación, a los ojos de la opinión pública informada, aceptable para ambas partes. La soberanía del Estado sobre los

recursos mineros deberá restablecerse realmente. Lo cual no es sino reconocer el carácter patrimonial/regalista del Estado. Con la derogación de la LOCCM se habrá terminado cualquiera duda relativa a la existencia de la concesión plena en la legislación, concepto que va contra toda la tradición jurídica chilena en materia de recursos mineros. Conforme a ello deberá dictarse una ley común de quórum simple que reconozca los derechos y deberes del concesionario, y reglamente la actividad que satisfaga el interés público que justifica su otorgamiento. El pago de una regalía al Estado, la duración de la concesión, así como el dominio útil en cuanto causal de caducidad de la concesión, deberán ser fijados en dicha ley.

3. Finalmente, el reconocimiento del derecho patrimonial del Estado sobre todos los yacimientos del territorio de Chile, lleva a plantear el tema de la nacionalización de los yacimientos del cobre. Políticamente ese es un problema de largo plazo. Fundamentalmente, se trata de crear una política minera de la que actualmente carece el Estado y cuyo eje central es la explotación sustentable de un recurso no renovable: el cobre. En tres decenios se habrán agotado las reservas cupríferas y el Estado será el propietario de los hoyos que habrán dejado tras sí las transnacionales. Será la oportunidad de explicar a las futuras generaciones la desidia con que se trató este problema. Lo cual será demasiado tarde, pues los efectos de esta política suicida que lleva a dilapidar una riqueza natural no renovable son irrecuperables. Es entonces el momento de seguir la vía que franquea la Constitución de 1980 en su artículo 5º, el cual consagra el llamado poder constituyente originario. En el Art. 5º citado se lee que «la soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito..» Agreguemos que el artículo 4º de la Constitución declara que «Chile es una república democrática» eliminando el vocablo «representativo» de la Constitución de 1925 (artículo 1º), con lo cual el carácter directo o al menos semi-directo del sistema político aparece como el *desiderátum* lógico de la Constitución de 1980. Las constituciones de 1925 y 1980 fueron aprobadas mediante convocatoria en que el Presidente de la República sometía su aprobación a la voluntad solemnemente expresada por sus conciudadanos a través del plebiscito. En conclusión nada obsta para que el Presidente de la República haga uso de sus facultades y llame a plebiscito para aprobar la modificación de la LOCCM, en el sentido de eliminar cualquier duda respecto a la naturaleza de la concesión, reafirmando de esta manera el carácter **patrimonial regalista** del Estado.

Santiago, 2 de agosto de 2004

Abogada
Mónica Madariaga Gutiérrez*

**Abogado , Profesora Derecho Constitucional y administrativo, Ex Ministra de Justicia y de Educación , Ex Presidenta Comisión Jurídico Política de la O.E.A.*

EL ROYALTY O REGALIA MINERA, ¿IMPUESTO O RENTA DEL ESTADO DE CHILE?

Mónica Madariaga Gutiérrez¹⁴

I.- ANTECEDENTES GENERALES SOBRE TRIBUTOS:

1.- Desde antiguo ha existido coincidencia entre los autores acerca del milenario concepto de '*tributo*', el que es visualizado como una figura jurídico-económica de carácter genérico, que implica la existencia de un ingreso público que históricamente surge como el reconocimiento hacia los grupos de poder de la tribu de la capacidad que a éstos les asistía para brindar organización y defensa a los demás integrantes del clan, a los que los súbditos 'rinden tributo' primero en especies, luego en actos de cooperación para, finalmente, expresar este beneficio en circulante o en medios de pago, lo que acontece cuando las economías primitivas fueron desarrollándose. El devenir histórico va diferenciando el sentido profundo de la expresión para hacerla equivalente a *impuesto o contribución* dirigida al erario de una nación para 'contribuir' al financiamiento de las labores del Estado.

Así, un 'impuesto' es, histórica y jurídicamente, una prestación pecuniaria, exigida por vía de autocontrol, cuya característica esencial es su entrega a **título gratuito y sin una contraprestación inmediatamente identificable**, con el objeto de financiar el gasto público o erario nacional.

El concepto de impuesto, según la doctrina, se configura así por tres elementos esenciales:

El *hecho gravado*, que es el evento positivo o negativo al cual se le atribuye el efecto de generar un desplazamiento patrimonial de un particular o contribuyente al Estado, por el solo ministerio de la ley y *sin una compensación directa o específica*;

¹⁴ *Abogado*, Profesora Derecho Constitucional y administrativo, Ex Ministra de Justicia y de Educación, Ex Presidenta Comisión Jurídico Política de la O.E.A.

- La *base impositiva*, que es una cuantificación o precisión del hecho gravado, de manera tal que en función de ciertos parámetros legales se pueda determinar la situación particular de cada contribuyente; y
- La *tasa*, que se aplica sobre la base impositiva, que suele ser porcentual o una cantidad fija por cada unidad considerada para el pago del impuesto.

A diferencia del ‘impuesto’ -que, como se ha visto, carece de una contraprestación inmediata y directa de parte del Estado receptor-, las tasas o derechos –comprendidas, según alguna doctrina, genéricamente, en la expresión tributos a los solos efectos de la legalidad de su implementación- se diferencian de los primeros en la existencia, en su caso, de una contraprestación claramente identificable. La doctrina cita como ejemplos de esta clase de tributos las ‘tasas o derechos de embarque’ que cobran los aeropuertos.

En el análisis de esta forma de contribuciones al erario nacional (o, eventualmente, a fines específicos en el caso de los tributos de afectación), también los estudiosos del tema distinguen las ‘tarifas’ *surgidas en virtud de una relación contractual con el particular*, por la que se paga el precio de un servicio libremente convenido. Es el caso de los peajes de vías concesionadas a privados que cobran una suma pre-acordada con la autoridad, esto es, contractualmente determinada, por el uso de carreteras u obras públicas, en general, que han sido construidas con el financiamiento externo de los respectivos concesionarios.

2.- La Constitución Política de la República (Art. 19 N° 20°) hace referencia a los ‘tributos’ tanto para determinar su resguardo o garantía de igualdad y proporcionalidad o

progresión cuando la ley así lo determine, y su no afectación a destinos específicos, con las solas excepciones que en su texto se precisan; cuanto para establecer el principio de legalidad e iniciativa presidenciales en el establecimiento de nuevas cargas pecuniarias de esta índole (Arts. 60 N° 14 en relación con el Art. 62 N° 1°).

II.- ANTECEDENTES GENERALES SOBRE PROPIEDAD MINERA.

1.- El Anteproyecto de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República, remitido a conocimiento de la Junta de Gobierno en 1980, establecía en el inciso 7° del numeral 23° del propuesto artículo 19 de

dicho texto fundamental que el Estado tendría «el dominio eminente de todas las minas, comprendiéndose en éstas las covaderas, las arenas metalíferas, los salares, los depósitos de carbón e hidrocarburos y las demás sustancias fósiles», *pudiendo la ley reservar al Estado*, al tenor del inciso subsiguiente, cuando el interés nacional lo exigiere por ser de importancia preeminente para el desarrollo económico del país, «el derecho exclusivo de explorar y explotar las sustancias mineras que señale».

2.- Arduo y, en ocasiones, sin horizontes predecibles, fue el debate en el seno del gobierno de facto de entonces frente a este precepto. En definitiva primó la tesis del dominio patrimonial y absoluto del Estado «exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas» hoy consagrado sin modificaciones en el numeral 24º, inciso sexto, del Art. 19º de la Carta Fundamental.

3.- De interés resulta recordar el análisis formulado por el Tribunal Constitucional en su sentencia de fecha 9 de Septiembre de 1981, recaída sobre el requerimiento de la Junta de Gobierno sobre si determinadas disposiciones discutidas durante la tramitación de la Ley Orgánica Constitucional sobre concesiones mineras vulneran o no la Constitución Política. Al respecto, sostuvo ese alto tribunal que «el régimen de propiedad minera está contenido en cinco incisos del N° 24 del Art. 19º de la Constitución Política. *El inciso sexto sienta la tesis general de que el dominio de las minas le corresponde al Estado*, pero considerando que la Nación tiene también interés en que éstas se descubran y exploten, pues ello significa prosperidad y trabajo en beneficio del país, en los incisos siguientes se otorga a los particulares el derecho de explorar y explotar mediante concesiones las sustancias fósiles que se declaren concesibles y se establece que el dominio del titular sobre su concesión minera queda protegido por la garantía constitucional de que trata el N° 24 ya citado». Concluyó, en relación al requerimiento de que fuera objeto, que la ley orgánica constitucional respectiva era el texto adecuado para determinar qué sustancias pueden ser objeto de concesiones de exploración o de explotación, con la excepción de los hidrocarburos líquidos o gaseosos.

III.- EL ROYALTY O REGALIA MINERA, ¿IMPUESTO O RENTA DEL ESTADO DE CHILE?

1.- El eventual establecimiento de un aporte, sobre las utilidades de las empresas mineras (royalty), no ha estado exento, tampoco, de enconados y largos debates. El principal de ellos dice relación con la negativa de determinados sectores a aceptar un 'impuesto' a las empresas que, muchas de ellas, habiendo suscrito un contrato ley de inversión extranjera (DL N° 600/74) con el Estado de Chile, serían objeto de un 'sustancial cambio de las reglas del juego' en materia económica y, en particular, impositiva, si se les asignase un pago porcentual a los flujos experimentados por la percepción de sus utilidades.

2.- De los "Antecedentes" reseñados con antelación fluye, desde luego, una aproximación clara a la respuesta que esta observación amerita.

3.- En efecto, se ha venido señalando que la doctrina científica es unánime al señalar que el impuesto o tributo (en su acepción actual) se caracteriza por carecer de una contraprestación pública (estatal o fiscal) identificable de manera directa e inmediata. De este modo, quien paga sus 'impuestos' sabe que contribuye al financiamiento del erario nacional, sin que pueda individualizar el beneficio correlativo directo que fluye de este pago.

4.- Ahora bien, si se tiene en consideración el mandato constitucional que dispone imperativamente, y sin discusiones, que el «dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas» corresponde al Estado, en el otorgamiento de una concesión de explotación sin duda ninguna es precisamente el Estado el que está entregando el mineral al concesionario, dueño del derecho de concesión (bien incorporal) y bien puede, frente a esa contraprestación inmediata y directa, cobrar una renta, o derecho, o tasa que, siguiendo las directrices internacionales, bien puede denominarse 'royalty minero'. Esta renta, como la del propietario de un bien raíz que lo entrega en uso y goce a un tercero, que en tal caso se denomina 'arrendatario', sin duda no constituye un impuesto sino una contraprestación derivada, precisamente, de la prestación originaria de haber obtenido, mediante un contrato con el dueño, el beneficio del uso y goce del inmueble.

CONCLUSION.-

Desde un punto de vista estrictamente objetivo, donde no tienen cabida prejuicios ni se es sede de intereses sectoriales determinados, forzoso es concluir que el eventual aporte que el Estado exigiría a las empresas mineras que explotan yacimientos que son del dominio absoluto, inalienable e imprescriptible, en ningún caso constituiría un “impuesto” sino que, muy por el contrario, representaría tan sólo el pago de un **derecho o renta** por la extracción y explotación del mineral que está inserto en las entrañas de la tierra, dentro del territorio nacional. Entrañas éstas que son, como se ha dicho, de dominio exclusivo del Estado chileno, el que bien puede en su condición de propietario cobrar un beneficio por su explotación como contrapartida inmediata, directamente identificable, con la riqueza mineral extraída y comercializada.

Abogado y Diputado

Eduardo Saffirio S.*

Intervención en la Sesión especial de la Cámara de Diputados para debatir el
proyecto de ley sobre el Royalty, el día 21 de Julio del 2004

*Diputado, Abogado Universidad de Chile, Magíster en Ciencias Políticas
y Doctor en Filosofía

El señor SAFFIRIO.- Señor Presidente, el proyecto de ley no establece ningún tributo, sino que fija un precio, una contraprestación o una compensación al legítimo dueño que, de acuerdo con la Constitución Política de la República, es el Estado de Chile, que tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas.

Como explicó el ministro de Hacienda, y los diputados de derecha son tan cultos e instruidos que seguramente lo sabían, estamos en presencia de una típica renta ricardiana, no llamada así en homenaje al Presidente de la República, sino al economista británico David Ricardo, quien en 1816, en su libro «Principios de Economía Política y Tributación», traducido por la editorial Fondo de Cultura Económica, señaló que existían estas rentas de carácter extraordinario. Por eso, vamos a cobrar un precio a estas mineras y para eso se presentó este proyecto de royalty.

En segundo lugar, se ha armado un gran escándalo porque, presuntamente, se estarían cambiando las reglas del juego. Se trata de los mismos que ahora quieren eludir el debate de fondo y plantear el aumento de las patentes mineras, que también cambiarían las reglas del juego. «En el principio era la lógica», decía Hegel. Señores de la derecha, sean lógicos, coherentes.

No estamos cambiando ninguna regla del juego, sino tomando una decisión democrática en la historia de la sociedad chilena para terminar con una situación que nos parece inadecuada, porque han cambiado las condiciones materiales que permitieron que no cobráramos el insumo, durante dos décadas, a quienes explotaban una concesión minera.

Con esta derecha, si el Primer Congreso Nacional de 1811 hubiese querido abolir la esclavitud o establecer la libertad de vientre, que fue lo que hizo, no tengo la menor duda de que habrían llegado los «lobbystas» a presionar a los representantes de la derecha para hacerles ver que con ello se ponía en riesgo el destino de las plantaciones de algodón, se encarecía el costo de la mano de obra de los esclavos y no llegarían los dólares a Chile.

Son los mismos argumentos que usa ahora la derecha, cada vez más reaccionaria, pre David Ricardo, pre liberales, y pre conservadores, que botaron a Balmaceda en 1891, pero que estuvieron dispuestos, como lo voy a demostrar, a gravar durante décadas las exportaciones de nitrato para que este país pudiera tener ferrocarriles, educación pública, caminos, escuelas, postas y desarrollo de su sistema sanitario.

No estamos cambiando ninguna regla del juego ni la ley de gravedad, sino tomando una decisión democrática para que paguen quienes han sido subsidiados por el Estado: las grandes mineras transnacionales.

Nunca un agricultor grande, mediano o pequeño de la Novena Región, ni un minifundista mapuche o parcelero de la reforma agraria, ha planteado que se debe subsidiar el ciento por ciento de la plantación de pinos o eucaliptos. Tienen que esperar 20 años para cosechar las plantaciones, son dueños del suelo o pagan arriendo por él. El subsidio máximo es de 75%. Entonces, ¿por qué tenemos que regalar nuestros insumos a las empresas mineras transnacionales, en circunstancias que es el único sector que tiene este subsidio del Estado?

En tercer lugar, las futuras inversiones se harán igual. Los 6 mil millones de dólares se invertirán porque es cosa de lógica. Si los capitalistas extranjeros o chilenos estimaran que este royalty hace imposible invertir, simplemente no invertirían, pero saben que el royalty sólo establecerá un precio por el mineral, por lo que de todas maneras van a realizarlas, y la historia va a demostrar que lo que estamos diciendo es cierto. Lo anterior es obvio, las ventajas comparativas de Chile en minería son enormes: La riqueza de los yacimientos, los bajos costos de transporte, los bajos costos ambientales – las minas están en el desierto o en la alta cordillera – el nivel productivo de trabajadores, ingenieros y técnicos explican las ventajas y el buen negocio que es explotar la minería en Chile.

En cuarto lugar, me preocupé de buscar la fuente de la cita que haré, porque no la recordaba. Marcos Mamalakis, profesor de economía de Yale, en un libro escrito en 1976, dice: «...los derechos de exportación correspondientes a los nitratos (y al yodo) sirvieron para financiar más del 50 por 100 del total del gasto público durante las tres primeras décadas del siglo XX.»

Hoy, 80 años después, a pesar de los gobiernos de la Concertación, el 50 por ciento de los ingresos fiscales no los pagan los capitales extranjeros o chilenos, sino que los modestos chilenos de carne y hueso, a través de impuestos indirectos, básicamente del IVA, que es el impuesto más regresivo que existe.

Termino señalando que lo bueno del debate parlamentario es que, como dijo Eduardo Frei, «la verdad tiene su hora». Aunque la mona se vista de seda, mona se queda. Es mejor que la UDI se cambie el nombre, pero no debe ponerse Partido Popular, sino Partido Transnacional, porque, una vez más, están defendiendo los intereses del dinero. Les sugiero que en la Sede central de la UDI erijan dos estatuas de homenaje: Una a Mr. North y otra a Mr. Braden. A nosotros, los Diputados de la Concertación nos basta con homenajear a Codelco-Chile.

He dicho.

Estudio sobre la constitucionalidad del royalty

Encargado por el Ministerio de Minería a los abogados Mario Verdugo Marinkovic,
Alberto Naudon del Río, Emilio Pfeffer Urquiaga

El estudio, encargado por el Ministerio de Minería, despeja los cuestionamientos constitucionales al proyecto referido, ya que ratifica el dominio absoluto del Estado sobre las minas. Asimismo, señala que la aplicación de una regalía no afecta la propiedad de los concesionarios mineros y que tampoco el proyecto desconoce el D.L. 600. Además, establece que «no cabe confundir la patente minera con la regalía minera» (Cap. II C, m).

En la oportunidad, los constitucionalistas manifestaron que después de meses de un serio y riguroso análisis llegaron a la más profunda convicción de que el Estado tiene el derecho de establecer una regalía, y que en caso alguno ello implica un cambio en las reglas del juego.

Las conclusiones del informe

El informe finaliza con las siguientes conclusiones:

«El presente informe ha procurado dar respuesta a dos interrogantes fundamentales:

A) Desde la perspectiva constitucional y a través de un texto legal ¿Se puede imponer al explotador minero una regalía minera compensatoria para que extraiga sustancias no recuperables y, separándolas del yacimiento, se apropie de ellas?; y

B) ¿Afectaría esa regalía minera compensatoria alguna facultad que el orden constitucional y legal reconoce al concesionario minero de explotación?. En lo que atañe a la primera interrogante, después de un pormenorizado análisis de las disposiciones implicadas, se concluye:

1.- Que la Constitución Política de 1980 adscribe sin reservas al sistema de dominio minero «regalista o patrimonial».

Por lo tanto, el Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, no obstante la propiedad de las personas naturales o jurídicas sobre los terrenos en cuyas entrañas estuvieren situadas.

Aún más, refiriéndose a la duración indefinida de la concesión minera de explotación el Tribunal Constitucional resolvió que ella «no implica, en caso alguno, transferencia por parte del Estado de su dominio sobre las respectivas minas» (Rol N° 5).

2.- La preceptiva constitucional vigente no admite la distinción que algunos formulan, en el sentido de que la Carta de 1980 estableció un sistema de dominio del Estado pleno y completo respecto de las sustancias no concesibles y, en cambio, configuró otro limitado, no perfecto e incompleto, sobre las sustancias concesibles.

3.- La seguridad jurídica necesaria de reconocer al inversor minero justifica que constitucionalmente se haya declarado que el dominio sobre la concesión minera está protegido por la garantía del derecho de propiedad. Pero tal garantía no otorga a su titular la propiedad directa sobre la sustancia concedida, sino sólo la facultad para extraerla.

4.- Mientras la sustancia minera no sea extraída no cabe entender que el concesionario minero la haya incorporado a su patrimonio, y, en consecuencia, ésta permanece en el haber estatal. Por ello, en cumplimiento de su obligación de preservar la riqueza del Estado y de velar por el bien común y la seguridad nacional, el legislador se encuentra habilitado para imponer una regalía minera que equivalga al pago compensatorio por la apropiación que el concesionario o explotador minero hace de un bien que constitucionalmente le pertenece.

5.- Por ser la sustancia minera un bien natural no renovable y además, estar comprendida dentro del haber del Estado, ninguna circunstancia justifica que sea traspasada gratuitamente al patrimonio de un particular sin que su dueño, la nación toda, sea debidamente compensado. Aceptar el traspaso gratuito equivale a entregar un subsidio estatal que, entre otros efectos negativos, produce un incentivo a la sobre explotación de la riqueza minera.

6.- La regalía minera no constituye un tributo, sino que importa el pago compensatorio por la apropiación de un bien que es de propiedad del Estado. Por lo tanto, en modo alguno se afecta la invariabilidad tributaria a que se obligó el Estado de Chile según las disposiciones del Decreto Ley 600, ya que dicha invariabilidad es específica y está circunscrita a las situaciones que taxativamente el referido cuerpo legal permite pactar.

7.- Atendidas las razones también explicitadas en este informe, carece de todo asidero interpretar, a partir de disposiciones de rango legal (Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras), las normas constitucionales que configuran un dominio «regalista o patrimonial» que el Estado tiene sobre todas las minas. En efecto, dichos planteamientos trastocan todo el ordenamiento jurídico al desconocer el principio de la Supremacía Constitucional, base de sustentación de todo Estado de Derecho. A mayor abundamiento, en tal sentido existen pronunciamientos expresos del Tribunal Constitucional.

8.- La iniciativa del Ejecutivo contenida en el proyecto de ley en informe representa, por otra parte, una manifestación del deber del Estado en cuando a promover el bien común, preservar el patrimonio nacional y la seguridad nacional (incisos 4 y 5 del artículo 1° de la Constitución e inciso 2° del numeral 24 del artículo 19 de la misma ley fundamental).

En relación a la segunda cuestión, claramente se puede afirmar que:

9.- El derecho de propiedad de los titulares de las concesiones mineras de explotación no se ve erosionado de ninguna manera, desde el momento que el proyecto de ley no modifica, la naturaleza jurídica de las concesiones, los plazos de duración ni consulta nuevas causales de caducidad o de extinción.

10.- Por las razones que anteceden, la seguridad jurídica de los concesionarios se encuentra ampliamente respaldada: «no hay cambios en las reglas del juego».

11.- De otra parte, las normas contenidas en la iniciativa legal deben ser interpretadas con sujeción al concepto de función social de la propiedad a que hace referencia el inciso 2° del numero 24 del artículo 19 de la Constitución Política.

Por lo tanto,

12.-Atendido los fundamentos que anteceden, los informantes no advierten disposición alguna contenida en el proyecto de ley examinado que merezca reproche de constitucionalidad, tanto más cuando la declaración de inconstitucionalidad representaría una medida extrema y como lo ha manifestado el Tribunal Constitucional: «Es la última ratio del ordenamiento jurídico, por lo que debe precederse con prudencia y cautela» (Rol N° 276, R.D.J., t. 95, sec. 6ª, pág. 58)».

Es cuanto podemos informar en relación a las consultas formuladas,

Mario Verdugo Marinkovic, Alberto Naudon del Río, Emilio Pfeffer Urquiaga

Santiago, 5 de agosto 2004

Estudio sobre Royalty

(Corporación Representa
Septiembre 2004)

PROPUESTAS DE ROYALTY PARA UN DEBATE SERIO

La minería es una actividad de gran importancia para nuestro país. Tanto así que este sector concentra casi la mitad de las exportaciones chilenas y es responsable de más del 8% del Producto Interno Bruto. Asimismo, la minería ha sido una importante fuente de atracción para la inversión extranjera, que ha llegado al país desde fines de los '80 hasta mediados de los '90. Estos aspectos le dan, sin lugar a dudas, una relevancia altísima como base de nuestra actividad comercial.

Una actividad económica, eso sí, abarca muchos otros ámbitos, no sólo sus aportes financieros. Por eso, también deben ser consideradas sus consecuencias negativas.

Bajo esta perspectiva global se ha enmarcado la discusión sobre el real aporte que la actividad minera hace al país. Reconociendo la importancia comercial de este sector, empezamos a adentrarnos en la trascendencia de otros aspectos, como los sociales, la interacción sectorial o el ámbito tributario.

Dentro del ámbito social, la minería tiene una relevancia mínima. El empleo que produce llega apenas al 1,3% de la ocupación total. En relación a los encadenamientos productivos, tiene una de las más bajas tasas de interrelación sectorial del país, lo que se explica por la alta integración vertical de la actividad. Si a esto se suman los efectos medioambientales que genera y la alta demanda de agua que requiere para el proceso productivo, estamos en presencia de un sector cuyos beneficios no son distribuidos a toda la sociedad. Peor aún: ésta tiene que asumir los perjuicios de la minería. Debemos, además, reparar en que esta actividad no sólo genera costos ambientales y sociales durante el periodo de operación, sino que también después. Es más, muchos de ellos se generan, precisamente, cuando se termina el periodo de producción.

Entonces, ¿cuál es la forma en que la minería compensa a la sociedad por los perjuicios que provoca?; ¿Cómo hacer para que el aporte del sector no se concentre sólo en aspectos comerciales, sino que abarque otros ámbitos?

La respuesta está en la acción que debe ejercer el Estado para distribuir de mejor forma los beneficios de la minería y reducir sus perjuicios. Una de las formas de acción del Gobierno es un gasto público eficiente y la otra es a través de la recaudación fiscal. Este punto cobra gran relevancia precisamente

en esta discusión, porque la labor social del Estado no sólo se debe apreciar desde la perspectiva de cómo se gastan, sino que también de cómo se obtienen los recursos. Una de las labores más importantes de la estructura impositiva es provocar una transferencia de ingresos desde los grupos sociales más favorecidos hacia los sectores rezagados, alterando la distribución inicial del ingreso en el plano de los salarios, las rentas y las utilidades.

Es aquí donde se produce el gran trastorno de la minería, porque ya existe claridad de su bajo aporte social, lo que tampoco se ve compensado a través del aporte al Fisco, tal como se comprueba durante los '90. La relación entre los impuestos pagados y el PIB sectorial es muy baja. ¿A qué se debe este reducido aporte al Fisco?; ¿Se debe a aspectos netamente económicos? ¿Existe evasión o elusión tributaria?

En el caso que exista evasión, el problema debe ser resuelto por los tribunales. En el caso de haber elusión tributaria, significa que existen –dentro de la estructura del negocio– algunas ventanas abiertas para disminuir el pago de impuestos.

Sea cual sea la causa, es indispensable que la minería entregue un mayor aporte. Es importante y justo que esta actividad recompense a la sociedad por los perjuicios que provoca. Además, debe compensar al Estado por el uso de un factor de producción que actualmente es entregado en forma gratuita a las empresas y por el uso de recursos no renovables cuya explotación, por ende, produce una pérdida patrimonial al país que no ha sido considerada.

Por ello, es necesario establecer un mecanismo de cobro para que la minería realice un mayor aporte al país. Dentro de las opciones, la más utilizada en el mundo es el *royalty*, que no es discriminatorio ni expropiatorio, ya que asume la existencia de un factor de producción por el cual se debe pagar un precio.

¿Qué es el Royalty a la minería?

En términos generales el *royalty* –regalía, en español– es la participación en los ingresos o la cantidad fija que se paga al propietario de un derecho a cambio de un permiso para ejercerlo.

Dentro de la definición del *royalty* hay tres conceptos involucrados: el propietario de un derecho; quien desea hacer uso del derecho y, finalmente, está el pago por aquel derecho. Específicamente, se denomina *royalty* al pago por el derecho de uso del recurso. En el caso de la minería, el *royalty* puede ser entendido como el precio de escasez que se cobra por la extracción del recurso natural, que tienen un valor intrínseco que no es pagado por las empresas que los extraen. El *royalty* minero señala que las empresas que quieran hacer uso de los recursos mineros deben pagar un derecho por valor de los recursos extraídos.

¿Qué justifica la aplicación del Royalty? Cuatro Argumentos

El cobro de este precio se justifica por cuatro razones: el precio del factor productivo, eficiencia y corrección de las distorsiones del mercado, la pérdida patrimonial por la extracción de un recurso no renovable y el cuarto argumento tiene relación con la meta del progreso y el desarrollo de Chile.

- El precio del factor productivo

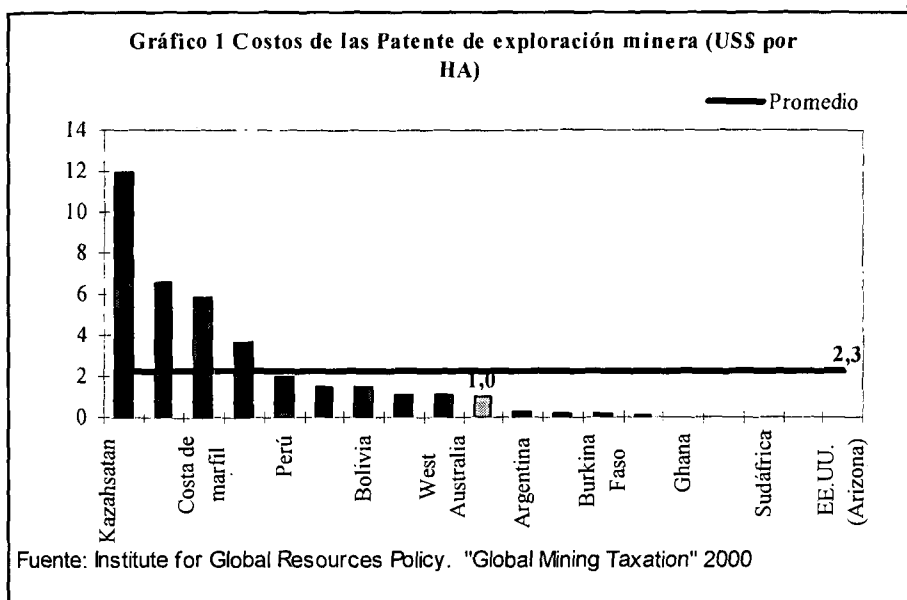
Todas las empresas que producen bienes tienen que pagar por los factores que utilizan para producir. Entonces, dado que las empresas pagan por todos los otros insumos, deben hacer lo mismo al usar el recurso natural. Esto significa que el Estado debe cobrar un precio por la utilización de un factor de producción, en este caso, el cobre. Para ejemplificar, supongamos que un fabricante de zapatos necesita contratar mano de obra, comprar maquinarias y materias primas -cuero-. Sin embargo, en la actual condición de la minería en Chile, las empresas adquieren gratuitamente la materia prima, en el caso del zapatero es como si el cuero fuera gratis.

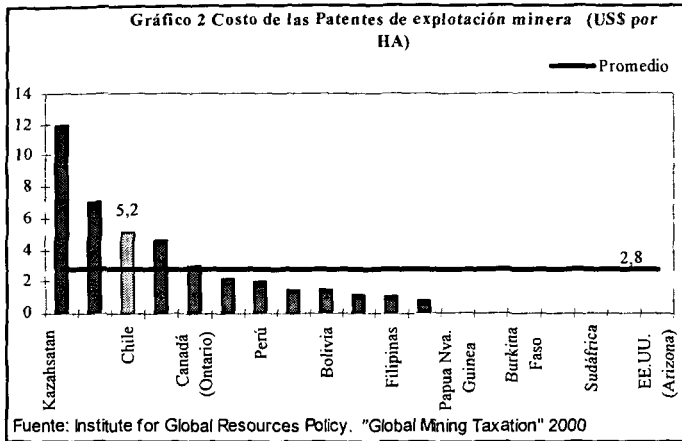
Es importante recalcar que el *royalty* –a diferencia de lo que se ha señalado– no es un impuesto, sino que es el cobro por el uso de un factor productivo. Es el justo precio o remuneración que debe recibir el propietario soberano de los recursos naturales, como contrapartida del aporte que este hace al invertir sus recursos en el proceso productivo.

No es aceptable el argumento del pago de patentes, dado que sería absurdo que la industria del calzado, por ejemplo, exigiera no pagar por el cuero que utiliza en la producción de zapatos, pues ya paga al Estado una patente industrial para poder operar.

La patente minera es el cobro por el derecho exclusivo de exploración o explotación de un mineral. La legislación chilena contempla un cobro de patentes por la exploración o explotación minera en un área no menor a una hectárea.

Las patentes mineras tienen un valor de 0,1 UTM (3.000 pesos) por hectárea de exploración y 0,02 UTM (600.14 pesos) por hectárea de explotación. En términos comparativos con otros países, Chile se ubica en un lugar intermedio, ya que con relación a las patentes de exploración, el costo de la patente de concesión está dentro de los más bajos, mientras que en el caso de las patentes de explotación el cobro que se aplica es uno de los más altos.





Sin embargo, se deben analizar estas cifras con mucho cuidado, ya que si bien éste es el precio en términos formales, las empresas pueden descontar o rebajar su valor de los Pagos Provisionales Mensuales (PPM) obligatorios de primera categoría. Esto significa, en pocas palabras, que las empresas mineras pagan la patente de concesión sólo en el caso de registrar pérdidas.

¿Cuál es la diferencia entre la patente y el *royalty*?

Es importante tener presente que el *royalty* cumple una función diferente a la que cumple la patente minera. Muchos actores del sector han señalado que las empresas mineras pagan la utilización del recurso, a través de la patente.

Cabe recordar que todas las actividades, productivas o de servicios, deben pagar patente. Aún cuando estas actividades no generen mermas en el patrimonio estatal, pues la patente es un cobro administrativo.

Desde esta perspectiva, el sector minero debe pagar además de la patente, un *royalty* por el valor de los recursos extraídos.

Ahora bien, en relación con las patentes territoriales se debe señalar que éstas no pueden ser interpretadas como un pago por la utilización del recurso, básicamente, porque las patentes se aplican como cobro por el derecho de uso del terreno para faenas de exploración o explotación mineral y no sobre el valor del yacimiento.

Tal como señala el artículo 2° del Código de Minería: «*la concesión minera es un derecho real e inmueble; distinto e independiente del dominio del predio superficial, aunque tengan un mismo dueño*»¹⁵

Esto significa que la patente se aplica por la exclusividad del uso del terreno mineral, distinto del predio superficial. Sin embargo, no es un mecanismo que permita cobrar el precio de escasez del recurso, ya que se da valor al terreno en cuanto a su potencial minero y no en cuanto al valor que este tiene por los minerales que contienen, es decir, el cobro de la patente se realiza sobre una medida fija de UTM por hectárea y no en relación a la valorización del terreno por su capacidad mineral. Asimismo, las patentes sólo son pagadas por todas las empresas que tienen pérdidas tributarias y no por todas las empresas.

De esta manera, la única forma de pagar por la utilización del recurso minero es a través del *royalty*.

En este apartado explicaremos claramente la forma de implementación de un *royalty*, que sea sustentable en el tiempo y que permita cobrar el precio de escasez por la extracción del recurso.

-Eficiencia y corrección de las distorsiones del mercado

Otra característica inherente del *royalty* es la de sincerar los costos de producción, corregir las distorsiones en el mercado e inducir comportamientos de eficiencia. La economía nos enseña que el rol de los costos y de los precios es promover una asignación eficiente de los recursos, es decir, asegurar que las inversiones se hagan en donde sean realmente rentables, después de pagar los costos de producción. Si los costos de producción son artificialmente rebajados, por ejemplo gracias a la poderosa influencia de grupos económicos que logran acceso gratuito a los recursos naturales, permanecerán en la actividad volúmenes de inversión superiores a los que aconseja el criterio de eficiencia, pues existirán utilidades artificialmente positivas. Al imponerse un *royalty* al uso de recursos naturales, efectivamente, suben los costos de producción, pero es un aumento acorde con su costo real, es decir, permitirá sincerar los costos reales de dicha actividad.

¹⁵ Art. 12. Capítulo III de los Derechos y Deberes Constitucionales. **Constitución Política de la República de Chile.**

Probablemente, se reducirá la inversión en dicho sector, pero sólo la inversión ineficiente deberá reasignarse hacia otro sector productivo donde sea capaz de obtener rentabilidades reales y no artificiales.

Situación Tributaria

La tributación en Chile se caracteriza por ser un sistema general que afecta a todos los sectores económicos, salvo aquellos proyectos que ingresan a través del Decreto de Ley N° 600, acogidos así a un régimen de invariabilidad tributaria.

Aquellos que no están acogidos al sistema tributario especial están afectos, básicamente, a tres tipos de impuestos¹⁶:

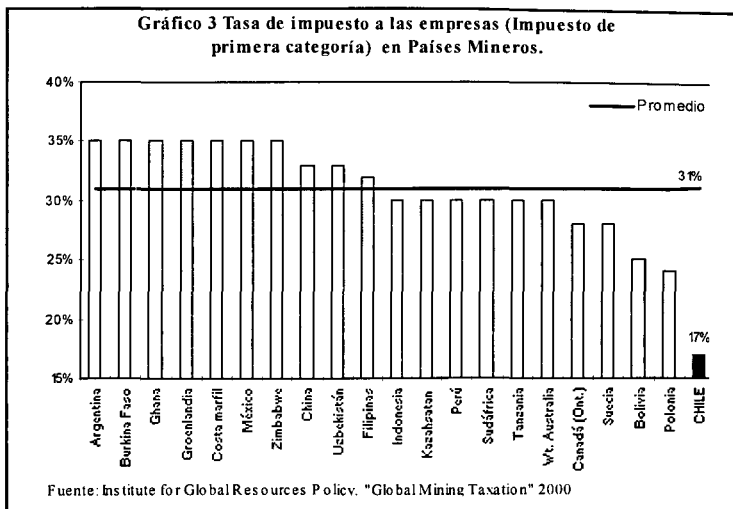
- 1) Impuesto a la Renta
- 2) I.V.A.
- 3) Patentes Mineras.

Impuesto a la Renta:

El impuesto a la Renta es un cobro que se hace sobre las ganancias de la empresa y de sus dueños. Dentro de él existen tres tipos de impuestos importantes: el impuesto de primera categoría, el Global Complementario a residentes y el adicional a remesas de utilidad a los no residentes.

El impuesto más importante dentro del Impuesto a la Renta es el impuesto de Primera Categoría (impuesto a las empresas). Dicho gravamen se aplica sobre las utilidades alcanzadas por las empresas. En la actualidad, a un 17% de las utilidades.

¹⁶ Otros impuestos que afectan a la minería son los impuestos de Timbres y estampillas y el Impuesto al petróleo Diesel.



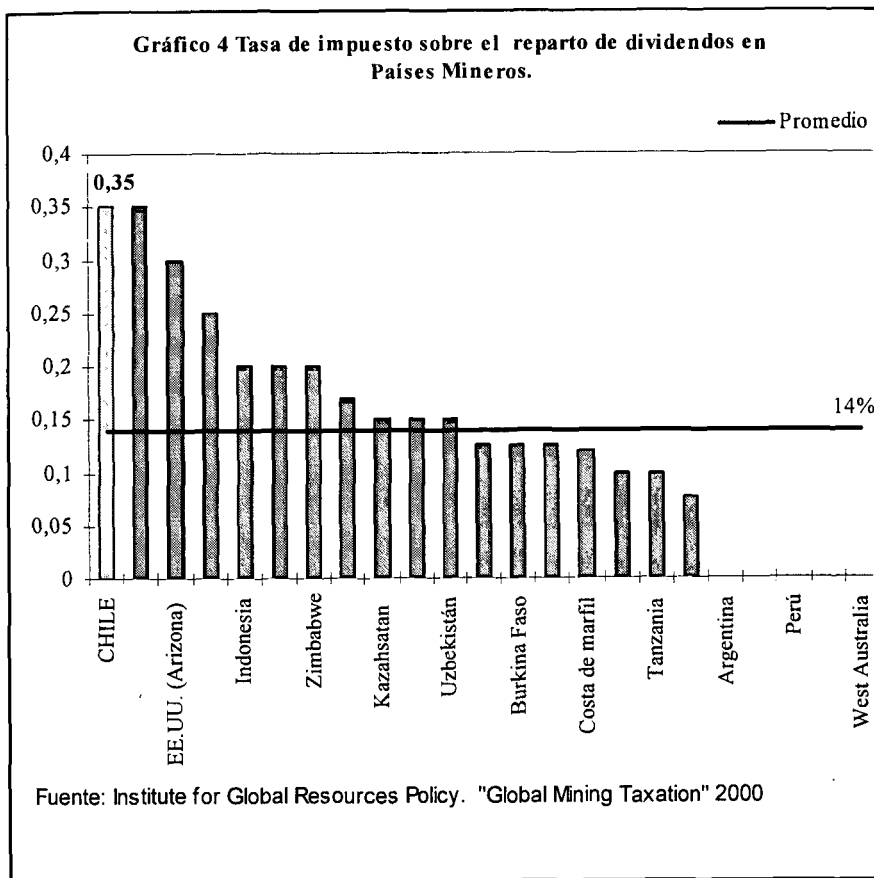
Chile aplica una tasa de impuesto a las empresas muy reducida, tanto que se ubica dentro de las más bajas del mundo.

En relación a la actividad minera, al comparar la tasa de impuesto a las empresas que cobran otros países mineros, podemos ver que la tasa que se aplica en Chile es muy inferior a la que se exige en otras partes del mundo. De hecho, la tasa de impuestos que sigue a la chilena es un 40% más alta.

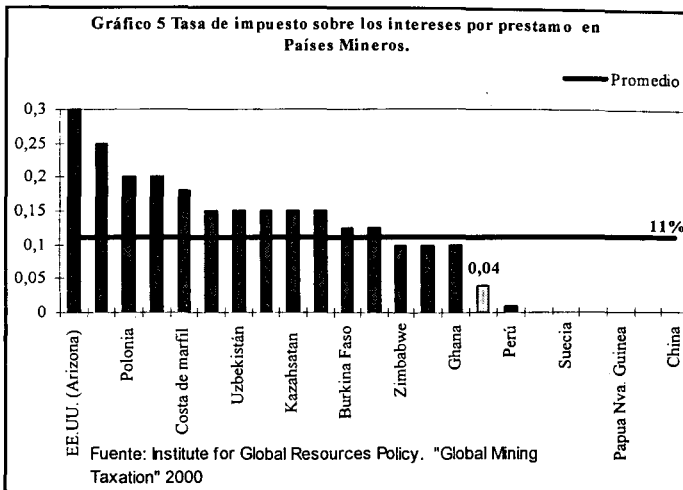
Si se observa el gráfico correspondiente, es posible apreciar que el promedio de impuesto a las empresas aplicado en los principales países mineros es de un 31%, casi el doble del que se cobra en Chile. Además, según estimaciones del Servicio de Impuestos Internos, en nuestro país la tasa de evasión del impuesto de primera categoría llegó en 1999 al 41,7%.

Otro componente del impuesto a la renta es el impuesto sobre la distribución de utilidades (impuesto adicional). En relación al impuesto sobre las utilidades, Chile aplica la tasa de impuestos más alta del mundo, que alcanza al 35%. Esta cifra es muy superior al promedio de los países mineros, que es del 14%. No obstante, el pago de impuestos de primera categoría es un crédito sobre el pago de este impuesto adicional, por las remesas de capital o distribución de dividendos. Por ello, el pago de este último impuesto se reduce considerablemente.

Gráfico 4 Tasa de impuesto sobre el reparto de dividendos en Países Mineros.



Otro tipo de impuesto al que están afectas las empresas mineras es el impuesto sobre los intereses sobre deuda. En nuestro país, la tasa que se aplica a los intereses de créditos externos es de un 4%, siempre y cuando, la relación deuda-patrimonio sea menor de 3 a 1. Sólo si no es así, pagan una tasa del 35%. Mientras tanto, como hemos visto, la tasa aplicada sobre las remesas de capital o utilidades siempre es del 35%.



Claramente, la diferencia entre la tasa sobre los intereses y sobre las utilidades genera incentivos perversos para que las empresas disfracen remesas de capital como deuda. Así pagan menos impuestos.

La tasa de impuestos sobre los intereses que se aplica en Chile es una de las más bajas del mundo. La tasa de impuestos promedio es del 11%, muy por encima del 4% que se cobra en nuestro país.

Elementos a Considerar

La ineficiente tributación minera se explica por la conjugación de dos aspectos. Primero están las características especiales del negocio minero, principalmente, de la gran minería, y segundo, la estructura de la tributación chilena. Ambos aspectos se suman para permitir que las empresas aprovechen mejor los incentivos de carácter general.

- Depreciación acelerada.

La depreciación acelerada es un beneficio tributario que permite a las empresas depreciar los activos fijos a la tercera parte de la vida útil que establece el Servicio de Impuestos Internos. Bajo esta modalidad, se incentiva la inversión de las empresas, ya que se retrasa el pago de impuestos a la renta.

El negocio de la minería, debido a las tecnologías necesarias para la extracción y a la gran infraestructura requerida tanto para su extracción, transporte y procesamiento, es muy intensivo en capital, por lo que la utilización de la depreciación acelerada abulta enormemente los costos de las empresas.

Sin embargo, las mayores inversiones que se realizan al comenzar la explotación hacen esperar que el beneficio por la depreciación acelerada sólo podría ser utilizado durante algunos años.

- Alta Relación Deuda / Patrimonio

Las empresas son altamente intensivas en capital y requieren un fuerte financiamiento inicial. Esta situación provoca una alta relación Deuda-Patrimonio. Un gran endeudamiento significa mayores gastos de intereses, que deriva en la disminución de la base de ingresos tributables.

El tipo de endeudamiento al que acceden las empresas, por lo general, son préstamos con bancos o con empresas relacionadas. Las primeras instituciones no generan mayores dificultades, porque bajo un ambiente altamente competitivo y globalizado es posible suponer que las tasas de interés no son discriminatorias y se aplican de modo similar a todas las empresas. Además, las compañías que adquieren los préstamos buscaran que los costos del crédito sean los más bajos posibles.

Pero el problema se produce en el segundo caso, es decir, cuando las empresas toman préstamos con otras empresas relacionadas en el exterior. El inconveniente radica en que las compañías prestadoras suelen cobrar intereses más altos que los del mercado, lo que distorsiona el real costo de financiamiento de las empresas y abulta los costos de intereses, provocando la reducción de los ingresos tributarios. Para corregir esta situación el Estado, a través de la Reforma Tributaria de 2000, estableció la modificación de impuestos sobre los intereses, que afectan principalmente a las deudas con empresas relacionadas.

- Precios de Transferencia

El precio de transferencia es el costo o valor que se paga por la adquisición de bienes o la contratación de servicios entre empresas relacionadas. El problema con la figura del precio de transferencia es que no siempre es congruente con los precios del mercado para los mismos bienes o servicios.

En este sentido, dentro del ámbito de la minería los principales problemas se asocian a la subvaloración de los concentrados de cobre que se venden a empresas relacionadas. Esto se debe a la dificultad para determinar el valor y a la no existencia de precio de mercado del concentrado de cobre, por eso, se hace imposible comparar y determinar si la valoración es adecuada. Además, debido a las diferentes características de las exportaciones de concentrado no es posible comparar dichas transacciones, ya que en el valor influyen aspectos como la ley mineral o el precio del cobre.

Existe otra dificultad que se asocia a la subdeclaración de contenidos del concentrado de cobre¹⁷. Los exportadores pueden entregar al SII un informe del valor del mineral pagable menor que el efectivo. Bajo este esquema las empresas podrían reducir sus ingresos por ventas y, por ende, reducir sus utilidades tributarias.

**Peso de la Tributación en la rentabilidad
de los proyectos modelos**

Cobre		Oro	
Chile	14,8%	Chile	16%
Argentina	24,9%	Argentina	28,8%
Perú	26,3%	Perú	29,6%
Bolivia	30,5%	Bolivia	41,2%
México	36,6%	México	43,6%
Brasil	37,6%	Brasil	45,2%

Fuente: CEPAL, sobre la base de Colorado School of Mines, Institute for Global Resources Policy and Management, "Global Mining Taxation Comparative Study" e informaciones tributarias oficiales.

Después de considerar todos estos aspectos y de realizar una comparación con la tributación en otros países mineros, señalamos que la influencia de la tributación dentro de la rentabilidad de las empresas es la más baja de América y del mundo. De hecho, tal como se puede apreciar en la tabla, la diferencia entre la importancia de tributación sobre la rentabilidad de los proyectos mineros en Chile y el resto de América es muy grande.

¹⁶ El Concentrado de cobre es una pulpa espesa obtenida del proceso de flotación. Dentro del concentrado además del cobre, se encuentra mezclas de azufre, fierro y minerales como oro y plata. La proporción del cobre contenida en el concentrado depende de la mineralogía del recurso lo que se expresa en la ley minera.

Un estudio realizado por la CEPAL establece que en Chile la tributación representa sólo el 14,8% de la importancia dentro de la rentabilidad de proyectos de minería del cobre y un 16% para la minería de oro. Así, Chile se ubica como el país cuya legislación es la de menor importancia para la rentabilidad.

La Minería en el Contexto Global

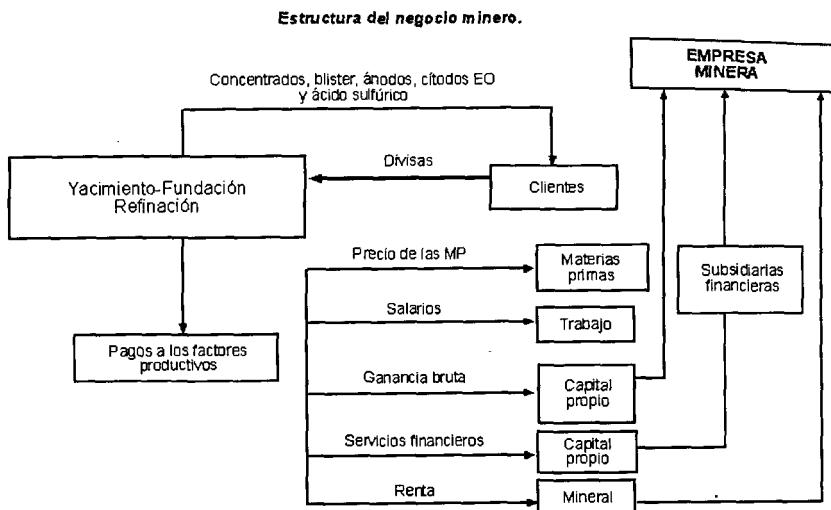
La Renta Económica de los Recursos¹⁷

La renta se define como el pago por el uso del recurso natural. Según este concepto, los recursos son bienes que se utilizan como insumo para actividades productivas. El valor que se paga por la utilización de este factor de producción se establece de acuerdo con la escasez relativa del bien.

En términos específicos, la renta se define como la diferencia entre el precio del producto, que usa como insumo el recurso natural, y el costo medio del producto. O sea, el costo medio representa el costo total de producir una cierta cantidad del producto, dividido por la cantidad total de producción. Por ejemplo, la producción de concentrado de cobre.

¹⁷ Basado en Ibáñez, C (2003)

Diagrama 1. Estructura del Negocio Minero¹⁸



Para producir cobre se requiere contratar el trabajo, adquirir materias primas, capital y mineral. El costo total es el pago de todos los factores de producción como el trabajo, el capital y la tecnología.

En la figura anterior se aprecia que luego de obtenidos los ingresos por la venta de los productos provenientes del yacimiento minero, se paga por el uso de cada uno de los factores productivos. Es decir, se paga por la utilización de la mano de obra a través del salario; se cancela el precio por el uso de materias primas; se paga a los dueños por el capital invertido, etc.

Si los costos se asocian al pago de los factores productivos, o mejor dicho, los costos representan el pago a los *dueños* de los factores de producción, ¿qué pasa con el costo del mineral?, ¿quién se apropia de la renta del recurso minero?

¹⁸ Ibáñez, C (2003)

En la actualidad, y tal como se aprecia en la figura, son las empresas mineras las que se apropian de la renta del mineral. En definitiva, a las compañías mineras no les cuesta ningún peso utilizar dicho factor de producción. A través del sistema actual no se considera el precio de escasez del recurso.

El problema del pago por el uso del mineral radica, entre otros, en el Derecho de Propiedad. La propiedad del recurso define quien puede –potencialmente– apropiarse de la renta del mineral. Sin embargo, es precisamente aquí donde se generan los principales problemas, ya que si el Derecho de Propiedad está mal definido la renta del recurso será mal asignada.

En materia del Derecho de Propiedad de los minerales, la legislación chilena es muy ambigua. Por un lado, la Constitución consagra al Estado la propiedad de todas las minas, pero por otro, el Código de Minería establece que una vez entregada la concesión de explotación de un yacimiento minero, el Estado -prácticamente- pierde todo dominio sobre éste, ya que la concesión minera es de carácter indefinido.

En conclusión, el carácter de dominio de los yacimientos es solamente parcial, pues una vez entregada la concesión el Estado pierde toda facultad propia del dominio.

Reconocer que al Estado le corresponde la propiedad del recurso minero y que las empresas deben pagar por su utilización, ha obligado a que en muchas partes del mundo se utilicen diferentes mecanismos para cobrar el precio por la extracción de estos recursos. Existen ciertas dificultades que impiden la valoración de los recursos naturales y, por eso, se buscan nuevos mecanismos para cobrar el precio de los recursos.

El Problema del Valor de los Recursos Naturales.

Desde el punto de vista económico, todo producto susceptible de ser transado en el mercado tiene un precio determinado por su escasez relativa. No obstante, existen bienes que teniendo «atractivo» económico no siempre tienen un precio, ya que el bien no es transado en el mercado y, por lo tanto, no tiene una valoración privada.

El Estado es dueño de enormes reservas de minerales, que son traspasadas a privados sin que paguen el precio por la explotación de estos recursos. La razón es que a los recursos naturales no se les aplica una valoración económica antes de ser extraídos, a pesar de que tienen un valor social y son escasos.

En este sentido, cuando el recurso natural –en este caso, el cobre– aún no ha sido extraído es muy difícil estimar su precio o valor *in situ*²⁰. Esto debido a que el mercado no establece la valoración del recurso, ya que no existen transacciones de yacimientos. Esto último es consecuencia de la estructura del negocio minero, basada en la integración vertical, donde las empresas llevan a cabo la extracción, fundición y refinación de los minerales. Para superar este trastorno de la actividad, es necesario establecer mecanismos –distintos al precio de mercado– que permitan valorar el recurso natural *in situ*.

La forma usada regularmente para valorar dichos bienes es denominada como *La Renta Económica de los Recursos*. Ésta busca determinar el valor a través de la utilización de distintos mecanismos de cobro.

Régimen Especial

Existen muchas características especiales que hacen de la industria minera un sector distinto a las otras industrias y actividades económicas. Las principales diferencias se encuentran en:

- **El tamaño de la inversión.** Debido a la gran infraestructura que se requiere para extraer el mineral, procesarlo y exportarlo.
- **El tiempo de duración del proyecto.** Las faenas mineras tienen períodos específicos de duración, caracterizados por el tamaño de las reservas del mineral, en cambio, otras actividades tienen un tiempo de duración indefinido.
- **La ubicación geográfica.** Por lo general, los yacimientos mineros están ubicados en zonas geográficas extremas. Esto eleva los costos de investigación, desarrollo y transporte.
- **El riesgo.** Por un lado, se asocia al alto costo de implementación y puesta en marcha. Por otro, a la volatilidad del precio de los minerales en los mercados internacionales.

¹⁹ El valor *In Situ* se refiere al precio del recurso antes de ser extraído.

- **Recompensas económicas.** Esta actividad genera las utilidades más altas, en comparación con otras actividades económicas.

- **Papel de los mercados internacionales.** La minería es uno de los sectores de mayor transacción a nivel mundial, por ello, esta actividad es más inestable y, por lo mismo, más riesgosa.

- **El impacto ambiental.** Este sector genera altos niveles de contaminación y factores de riesgo para la salud humana y la protección del medio ambiente. La minería produce pasivos ambientales que no son considerados dentro de los costos totales de la actividad. Además, el uso del agua y la producción de desechos tóxicos son aspectos que afectan directamente el entorno de los proyectos mineros.

- **Uso de recursos no renovables.** Al centrarse en la extracción de recursos naturales no renovables, este sector provoca una pérdida patrimonial para el país, no considerada dentro de los costos de las empresas. Además, la contabilidad nacional tampoco considera este aspecto. Así, en la medida que aumenta la extracción minera disminuye el capital natural y con ello, la reducción del Producto Interno Neto.

- **Agotamiento del recurso.** Relacionado con el aspecto anterior, la pérdida patrimonial genera otros problemas, como la futura desaparición de muchas zonas geográficas que están centradas en la actividad minera. En Chile, los casos de las localidades que nacieron en torno al salitre y a la zona carbonífera de Lota son ejemplificadores para demostrar los devastadores efectos causados por el cierre de faenas, cuando no existen planes de reconversión y de inversión alternativa en las ciudades donde estaban ubicadas las minas²⁰.

La minería es fundamental para el desarrollo económico y tiene una alta participación dentro del PIB de muchos países, por eso, se justifica la aplicación de un régimen especial que regule este sector, donde uno de los aspectos más importantes es el tributario y el pago del precio por el uso de los recursos naturales como factores de producción.

²⁰ Un método que se utiliza para determinar dicha pérdida patrimonial y que a su vez permite determinar un monto de aporte de las empresas mineras, para que las zonas aledañas a las minas no desaparezcan cuando el yacimiento cierre sus faenas, es el modelo del Serafy. Detalles sobre esta metodología están disponibles en el apéndice del documento: **El cobre y su inserción en el mundo ¿cómo cobrar por el sueldo de Chile?**, Ibáñez, Ciro. Marzo 2002 Serie: Registros de Políticas Públicas (RPP) N°14. Fundación TERRAM.

- La pérdida patrimonial

Una tercera característica del *royalty* está vinculada a la sustentabilidad, por lo mismo, estrechamente ligada a la eficiencia, ya que no son criterios contrapuestos. Al sincerar los costos de producción, no sólo se inducen comportamientos de eficiencia en los actores, sino también usos sustentables de los recursos naturales. Lo anterior, pues al reducirse las inversiones artificialmente rentables, se reduce la sobre explotación y los niveles de extracción del recurso, ajustándose los niveles de producción hacia la producción capaz de pagar los costos reales, entre ellos, el valor económico de la depreciación del capital natural.

El pago se sustenta en la idea de que los recursos naturales tienen un valor para el país en términos de riqueza y este valor va disminuyendo a medida que se extraen los recursos naturales. Por esto quienes los extraen deben pagar por el derecho de uso a los dueños del recurso, en este caso, toda la sociedad. A modo de ejemplo, imaginemos que se posee un terreno que contiene un yacimiento minero y que ese yacimiento tiene un valor. Si se arrienda el terreno para extraer el mineral, al término del contrato el yacimiento habrá disminuido su valor. Por lo tanto, es lógico que se cobre, aparte del arriendo del terreno, un precio por la extracción del mineral. A nivel país, el Estado entrega los yacimientos en concesión y las empresas arriendan el terreno a través de las patentes, pero nunca se paga por la pérdida de riqueza del país. El *royalty* *suple* esta pérdida, entregándole un valor a las riquezas mineras que no han sido consideradas hasta ahora.

La Constitución Política de Chile sostiene que «*el Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas...*»²¹ Ahora bien, si se reconoce que el país es dueño de las minas, al extraer el mineral toda la Nación ve perjudicada su patrimonio. Por lo tanto, la extracción que realizan las empresas privadas, debe ser compensada a través del pago de un precio al Estado por el valor de dicha pérdida.

²¹ Art 19 N° 24. Capítulo III de los Derechos y Deberes Constitucionales. **Constitución Política de la República de Chile.**

El Estado y los Recursos Naturales

¿Qué razones tiene el Estado para buscar un régimen especial para la minería?

El Estado tiene importantes razones para buscar un sistema de regulación especial para el sector minero. Entre ellas se encuentran:

- La propiedad de los minerales le pertenece intrínsecamente al Estado. Es por ello que los cargos, impuestos y contribuciones del sector se justifican por la contraprestación que significa la entrega a una empresa privada de un yacimiento minero para su explotación.
- Los proyectos mineros producen efectos secundarios sobre la economía, tales como la contaminación y la reducción del patrimonio natural. Por esto, es necesario obtener una participación en los beneficios del sector como una compensación a la sociedad, por los perjuicios generados por esta industria.
- Las exportaciones del sector minero no se relacionan con el aporte que el sector entrega a través de impuestos o de contribuciones directas a las zonas mineras.
- La minería tiene una baja interacción con otros sectores económicos. Bajo esta perspectiva estamos frente a una actividad que no sólo provoca efectos negativos sobre el entorno, sino que también no se relaciona con otros sectores compensando esas consecuencias negativas.
- La baja distribución de los beneficios de la minería se concentra en sectores específicos y, en la mayoría de los casos, éstos son sacados del país y enviados a las matrices extranjeras de las empresas que operan en Chile.
- La minería genera un bajo nivel de empleo.

En definitiva, la minería produce beneficios que no se distribuyen a la sociedad en su conjunto. Además, provoca perjuicios que no son considerados por las empresas, sin entregar una compensación social.

En este sentido, la labor indispensable del Estado es redistribuir los beneficios de la minería hacia toda la sociedad y compensar a los sectores perjudicados por ella. La forma de hacerlo es cobrar por la utilización de los recursos.

¿Qué formas tiene el Estado de cobrar por el uso de los recursos mineros?

En un estudio, Panayotou (1999) plantea la existencia de tres tipos de «cargos» o precios por el uso de recursos naturales: Pagos Fijos de Primas por Uso; Rentas sobre la Tierra; Cargos de Extracción.

- **Primas Fijas por Uso:** son cargos utilizados para compensa, al dueño del recurso –el Estado, para el caso chileno– por entregar la exclusividad a una persona o empresa de uso de los terrenos de desarrollo minero (mineral Bearing lands). También se conoce con el nombre de cargo sobre la base mineral.

- **Rentas sobre la Tierra:** son tipos de cargos por el derecho de uso de la tierra durante el período previo a la explotación (exploración y desarrollo). Su cobro es generalmente anual.

- **Cargos de Extracción:** Dentro de esta metodología encontramos:

Royalty Base: es el valor del recurso natural, aplicado regularmente como porcentaje de la extracción.

Cargo Diferencial o Renta Diferencial: Se establece un cobro diferenciado sobre las minas basado en las ventajas comparativas de costos (*costs advantage*), dadas las características del mineral -tamaño del campo, calidad del depósito y otras características geológicas-.

Todas estas metodologías pretenden establecer un régimen adecuado a una actividad productiva con características especiales. Sin embargo, las dos primeras señaladas establecen cobro por el uso del mineral en sí mismo, sin importar los niveles de extracción o explotación. Es decir, establecen un cobro por el derecho de uso y no por el uso específico de los minerales. La tercera metodología, en cambio, se basa directamente en la extracción de los recursos naturales.

-Desarrollo de Chile

Finalmente, la cuarta característica del *royalty* dice relación con la meta del progreso y del desarrollo de Chile. Mucho se ha argumentado que la aplicación del *royalty* a los recursos naturales amenazaría las posibilidades de desarrollo del país. Muy por el contrario, la forma de generar desarrollo a partir de los recursos naturales es, precisamente, invirtiéndolos en el proceso productivo, pero a la vez recibir una compensación económica por ello. Al igual que un trabajador recibe un sueldo con el que provee alimentación, salud, vivienda, educación y abrigo a su familia, un país debe recibir un pago por aportar sus recursos naturales a la producción. Con ello podrá proveer educación, salud, infraestructura, investigación y desarrollo a sus habitantes.

El *royalty* es, entonces, una modalidad eficaz, clara, consistente y eficiente de avanzar hacia una sociedad más desarrollada que sea capaz de enfrentar el desafío de la pobreza y la desigualdad.

Contexto Económico y Social.

A raíz del debate abierto en torno al aporte del sector minero al país, se ha hablado mucho de la importancia de esta actividad en el ámbito nacional. Sin embargo, sería apropiado dividir la caracterización de este aporte en dos partes: uno económico puro y otro, económico-social. Esto se debe a que existe gran diferencia entre ambas.

Aporte Económico

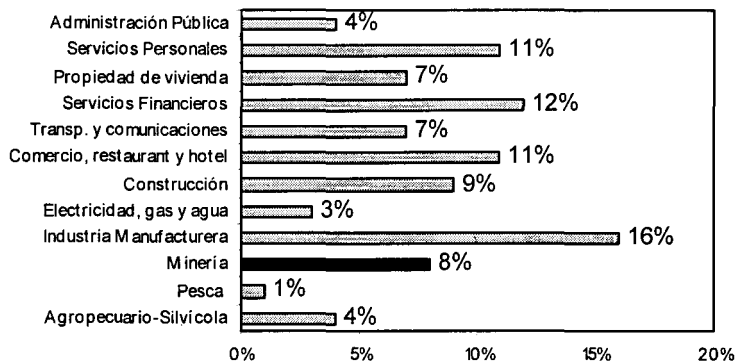
Producto Interno Bruto (PIB)

El PIB de la minería alcanzó a 3 billones de pesos durante 2002 (unos US\$5.400 millones de dólares). Esto significa en términos porcentuales que el aporte del sector minero extractivo al PIB nacional llega al 8% promedio, valor que se incrementa, aproximadamente, en 1,4 puntos porcentuales al incluir las industrias asociadas²².

²² Basado en las estimaciones realizadas por ASERTA Consultores. Las industrias incluidas son la fabricación de productos minerales no metálicos y la industria de Metálica Básica.

Este sector ha registrado un gran dinamismo, obteniendo un crecimiento promedio del 7% anual durante la última década, muy superior en comparación con el resto de la economía, cuyo crecimiento promedio alcanzó el 5,8%.

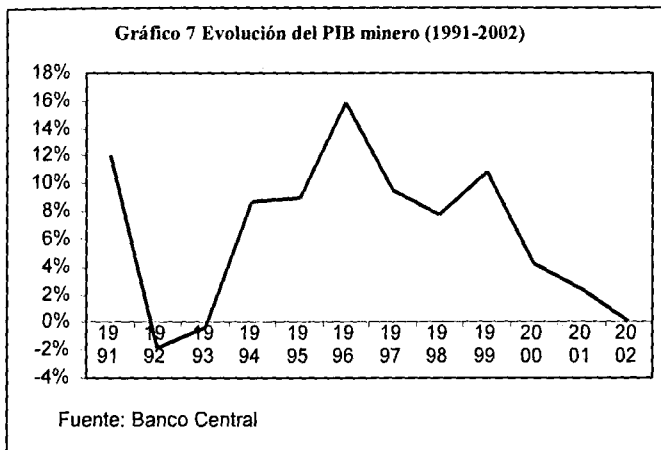
Gráfico 6 Participación de los sectores económicos en el PIB nacional, promedio 1996-2002



Fuente Banco Central

Ahora bien, dentro del PIB de la minería es indudable la importancia del cobre como el principal recurso. Algunas estimaciones indican que su participación dentro del PIB minero alcanza el 88% promedio. Esta participación ha aumentado durante los últimos años, debido al cierre de algunas faenas de otros minerales -como la mina de oro El Indio- y al inicio de proyectos cupríferos de gran importancia.

El crecimiento económico del sector está fuertemente ligado a las variaciones que experimenta el precio del cobre en los mercados internacionales. A pesar de la fuerte contracción que ha registrado el precio del metal rojo los últimos años, el sector ha seguido expandiéndose a costa de mayores volúmenes de producción, que se deben en parte a los aumentos en la productividad de las minas y a la puesta en marcha de yacimientos de gran capacidad, como La Escondida y Doña Inés de Collahuasi.



- Encadenamientos Productivos

Una de las recurrentes hipótesis respecto a la importancia de la minería es que esta actividad induce al crecimiento de otros sectores económicos, de manera tal que en la evaluación del sector hay que incorporar los impactos directos e indirectos. La forma más recurrente de representar la interacción que existe entre los distintos sectores económicos es a través de la Matriz Insumo-Producto²⁴.

Con este instrumento se aprecia que la minería es un sector importante dentro del PIB, pero su interacción con otros sectores es muy baja.

Por otra parte, y sabiendo que la actividad minera se concentra en ciertas zonas del país, sería esperable que la interacción con otros sectores fuera altamente significativa en esas regiones, lo que provocaría un gran desarrollo local. Sin embargo, esto no ocurre debido a que la minería, cuya estructura del negocio tiene una fuerte integración vertical, se ha transformado en una «isla de desarrollo» que concentra los beneficios en zonas muy pequeñas.

²³ La Matriz Insumo-producto (MIP) es un registro de las transacciones entre los sectores productivos orientadas a la satisfacción de bienes para la demanda final, así como de bienes intermedios que se compran y venden entre sí. De esta manera, se puede ilustrar la interrelación entre los diversos sectores productivos y los impactos directos e indirectos que tiene sobre éstos un incremento en la demanda final. Así, la MIP permite cuantificar el incremento de la producción de todos los sectores, derivado del aumento de uno de ellos en particular. Además, a través de esta metodología es posible estimar el valor agregado nacional y sectorial.

Un ejemplo de ello es lo que sucede en Antofagasta. En esta región, a pesar de que la minería representa cerca del 60% del PIB, los encadenamientos productivos con otros sectores son muy bajos.

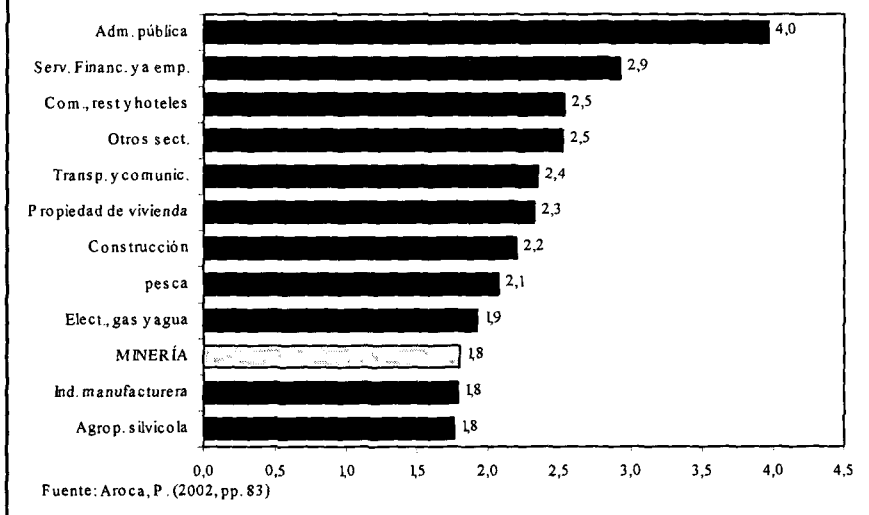
La demanda derivada de factores es la forma más común de establecer una relación entre sectores productivos²⁴. De esta manera, es posible establecer cómo influye el aumento en las ventas de un sector económico sobre los demás.

En el gráfico siguiente se puede apreciar que la minería es uno de los sectores de menor relación: tiene uno de los más bajos índices de impacto en la demanda de otros sectores, como consecuencia del aumento en las ventas del sector. El multiplicador del producto establece cuál es el impacto del aumento en una unidad vendida sobre otros sectores. El valor de 1,8 se puede dividir en el efecto directo que tiene sobre la actividad minera, correspondiente al valor 1 y en el efecto que el aumento en las ventas se refleja en otros sectores, dado por el valor 0,8. Es importante señalar que si bien en términos comparativos el multiplicador de la actividad minera es muy bajo, los grandes volúmenes de ventas del sector –muy superiores a los demás– permiten pensar que el aporte en términos totales es más alto.

No obstante lo anterior, podríamos dividir los 80 centavos para verificar el efecto del aumento de las ventas sobre otros sectores. Primero hay que precisar que 23 centavos se van hacia aumentos en los salarios, sin embargo, no es posible suponer que el aumento del salario se queda en las zonas mineras a través del aumento del gasto, pues gran parte de los trabajadores son de otras regiones. El valor restante se divide de la forma descrita en el gráfico siguiente.

²⁴ La demanda derivada es definida como la demanda de un factor productivo que depende de la demanda del bien que contribuye a producir. Por ejemplo, si aumenta la demanda de cobre, las empresas producirán más y, por lo tanto, tendrían que comprar más insumos para satisfacer la demanda. Entonces, la demanda de dichos insumos es una demanda derivada, porque depende de las ventas de cobre.

Gráfico 7 Multiplicador del producto por sectores económicos en la II región de Chile.



Aquí se puede apreciar que los principales destinos del aumento en las ventas son el sector financiero, concentrando 13,9 centavos y el sector de servicios básicos con 11,5 centavos. Esto significa que casi el 40% de los beneficios por el aumento en la demanda se va a sectores que poco efecto tienen sobre la economía y el empleo. Por un lado, el sector financiero no tiene influencia directa sobre la economía real, por lo que en este sector el efecto tiende a diluirse. Por otro lado, el sector Servicios tiene poca influencia sobre el empleo y la producción.

En tanto, los sectores que mayores impactos tienen sobre el empleo y el PIB ocupan lugares intermedios en los beneficios del aumento de la demanda minera. Es el caso del Comercio, que recibe 9 centavos y la industria manufacturera, que recibe 6,2 centavos.

- Exportaciones

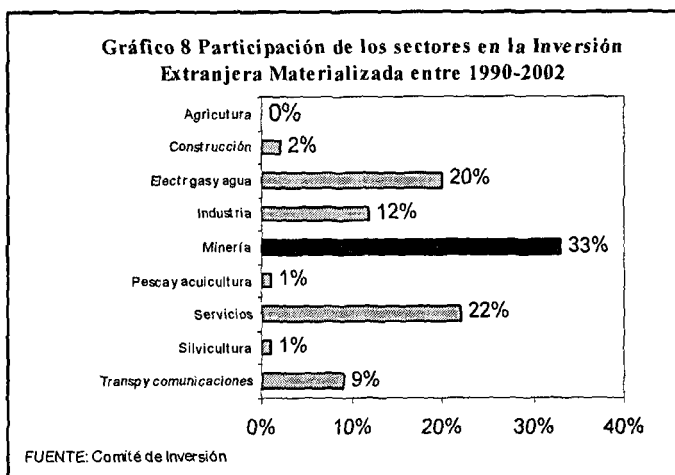
El sector minero exportó durante 2002 unos US\$7 mil millones, de los cuales US\$6.200 millones fueron sólo exportación de cobre, es decir, más del 89% de las exportaciones del sector.

La participación del sector minero dentro del total de las exportaciones nacionales ha sido fundamental, ya que esta actividad es el eje básico del modelo exportador chileno. Si bien esta participación ha disminuido a causa del desarrollo de otros sectores como el pesquero y forestal, su presencia en las exportaciones totales en promedio, entre 1991 y 2002, alcanzó el 47%.

- Inversión Extranjera

La inversión extranjera en el sector minero es la de mayor envergadura en nuestro país. Esto, debido a la gran infraestructura que se requiere para extraer el mineral, procesarlo y exportarlo.

Dentro del periodo 1990-2002, la inversión en la minería experimentó el mayor auge a mediados de los '90, cuando ingresaron grandes inversionistas extranjeros al sector gracias a los beneficios tributarios, al sistema de concesiones y a las condiciones especiales que se otorgan a la inversión en este rubro.



Entre 1990 y 1994, la inversión en la minería representaba, en promedio, cerca del 59% de la inversión extranjera en Chile, llegando en 1994 al 70% del total. Posteriormente, la participación ha tenido movimientos erráticos y llegó a caer hasta en un 8% en 2000. Sin embargo, al considerar el total de la inversión extranjera ingresada al país desde 1990, el sector minero representa el 33,5% del total, lo que lo ubica en el primer lugar en este ámbito.

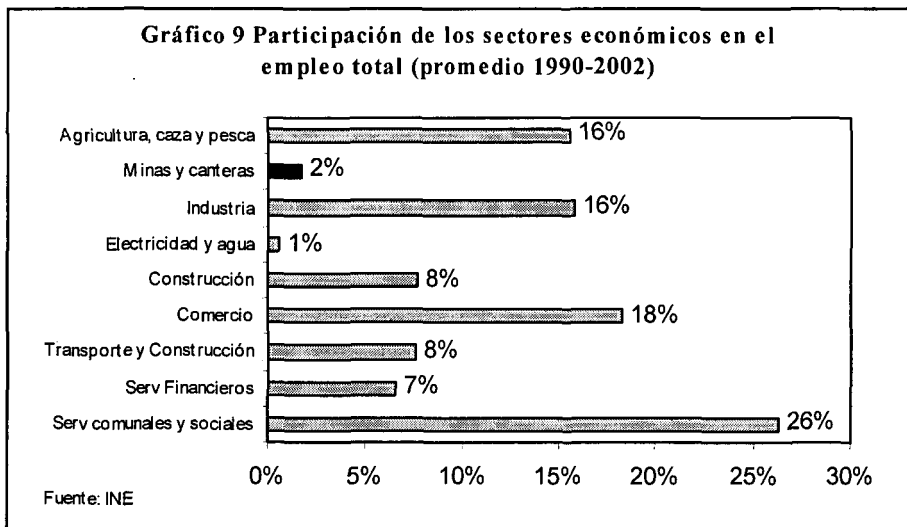
En resumen, la minería es, sin lugar a dudas, un sector preponderante dentro de la actividad comercial de nuestro país, ya que gracias a ella se ha producido un gran aumento de las exportaciones y un importante ingreso de capitales extranjeros. Ambos aspectos ayudaron a abrir nuevos espacios para Chile en el ámbito internacional, favoreciendo el acceso a nuevos mercados y la atracción de nuevas inversiones.

Aspectos Económico-Sociales

Las impresionantes cifras que exhibe la minería en aspectos netamente económicos se contrastan con el bajo aporte de la actividad en el ámbito de la economía social, llámese empleo y pobreza. De hecho, al observar las cifras se puede apreciar que la actividad minera es, comparativamente, uno de los sectores que más bajo aporte entrega en el ámbito social.

- Empleo

La actividad minera es el segundo sector económico con menor aporte al empleo a nivel nacional, siendo superado únicamente por el sector Electricidad, Agua y Gas. De hecho, generó apenas un 1,7% del empleo en promedio para la década.



Desde principios de los '90, la actividad minera ha mostrado una tendencia constante en reducción de empleo. En 1990, la generación de puestos de trabajo representaba un 2,2% del total, en cambio, durante el año pasado llegó a participar de apenas el 1,3% del total.

Las principales causas de este fenómeno están en la alta capitalización de las minas, lo que ha significado el reemplazo de la mano de obra por capital. Además, los cambios tecnológicos han provocado un aumento de la productividad marginal del trabajo. Esto ha producido que cada vez se necesita menos cantidad de mano de obra para obtener los mismos o incluso mayores niveles de producción.

En efecto, el empleo se ha reducido en casi un 30% del empleo entre 1990 y 2002, vale decir, la ocupación cayó desde 102 mil empleados en 1990 a 71 mil en 2002. Todo esto ocurre a pesar del descubrimiento de nuevos yacimientos y al inicio de grandes procesos productivos durante este periodo. De esta forma, la caída del empleo se contrasta con el aumento de la producción, que ha crecido en más de un 160%. Esto considerando sólo la minería del cobre.

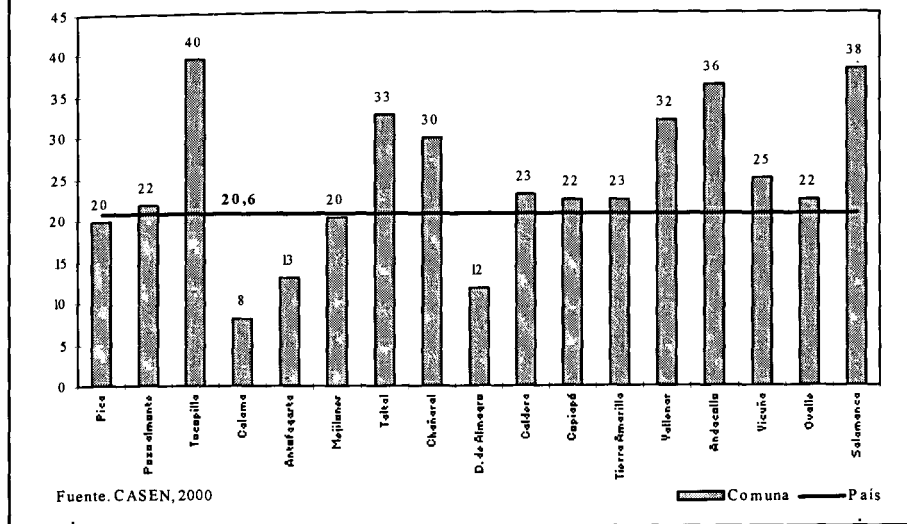
- Pobreza

Aun cuando no se puede catalogar a la actividad minera como causante de la pobreza, no es extraño que, al contrario a lo que se supone generalmente, en zonas donde se ubican las faenas mineras existen altos niveles de este flagelo, que en la mayoría de los casos sobrepasan el promedio nacional. Esto sólo tomando en consideración sólo las faenas grandes y de mediana envergadura²⁵.

Entonces, la actividad minera genera una gran cantidad de pasivos ambientales y compite con la comunidad por el uso del agua. Sin embargo, esto no se ve compensado en una mayor participación de las industrias mineras en la reducción de la pobreza en las zonas productivas.

²⁵ Para establecer las comunas donde se emplazan las faenas mineras se ha utilizado el mapa realizado por el SERNAGEOMI (Servicio Nacional de Geología y Minería). Este servicio caracteriza a las faenas por tamaño de acuerdo a la cantidad de trabajadores: A es procesos que cuentan con más de 400 trabajadores, B los que cuentan con menos de 400 y más de 80 y C aquellos que cuentan con menos de 80. En la comparación se han usado las categorías A y B.

Gráfico 10 Población bajo la Línea de pobreza, en comunas donde se emplazan faenas de extracción y producción de Cobre. 2000 (en%)



Tipos de *Royalty*²⁶

Existen diferentes mecanismos para cobrar por la utilización del recurso, es decir, *royalty*. Entre ellos, hay a lo menos cinco que son los más recurrentes:

- *Royalty* Específico (RE): Basado en el nivel de producción. Es un precio específico por unidad de producción.
- *Royalty* Ad Valorem (RAV): Está basado sobre los ingresos brutos del mineral. Se determina como un porcentaje sobre el total de los ingresos.
- *Royalty* sobre los Beneficios Contables (RBC): Es un porcentaje anual aplicado sobre los beneficios contables. Es decir, después de restados los costos operacionales, la depreciación, gastos financieros, etc. Este cobro se aplica previo al impuesto a la renta y su valor puede ser deducido de la base imponible.

²⁶ Panayotou, 1999

- *Royalty* sobre los Beneficios Netos (RBN): Este *royalty* es similar al anterior, salvo que además de restar los costos operacionales, depreciación y otros, se descuenta el retorno del capital, es decir, el costo de oportunidad del capital. Su valor también es deducible de la base de impuesto sobre la renta.

- *Royalty* sobre la Renta el Recurso (RRR): El cobro se aplica sobre la base de los flujos positivos antes de impuestos, establecido como un porcentaje de los flujos de caja. Aquí los costos fijos no son depreciables, pero sí son deducibles con un cargo de intereses y un premio por riesgo compuesto, sobre una base anual.

Propuesta de escalonamiento del *Royalty* según precio del cobre

Precio (en Ctvos/US\$ libra) BML	Tasa de <i>Royalty</i> sobre los ingresos operacionales
Menor a 80	2,0%
Entre 80 y 120	5,0%
Mayor a 120	10,0%

Fuente: Panayotou (1999)

Aplicación del *Royalty* en el resto del Mundo

El *royalty* a la minería se aplica en diversas partes del mundo. En muchos de estos casos, los cobros que se implementa son de dos tipos. Por ejemplo, a las empresas se las aplica un *royalty* ad valorem (RAV) y a su vez sobre los beneficios contables (beneficios antes de impuesto) (RBC). Además, se les aplica el resto de los impuestos comunes a todas las actividades, como el impuesto a la renta.

En la siguiente tabla se reproducen los *royalties* que se cobra en distintas zonas a nivel mundial y los distintos porcentajes.

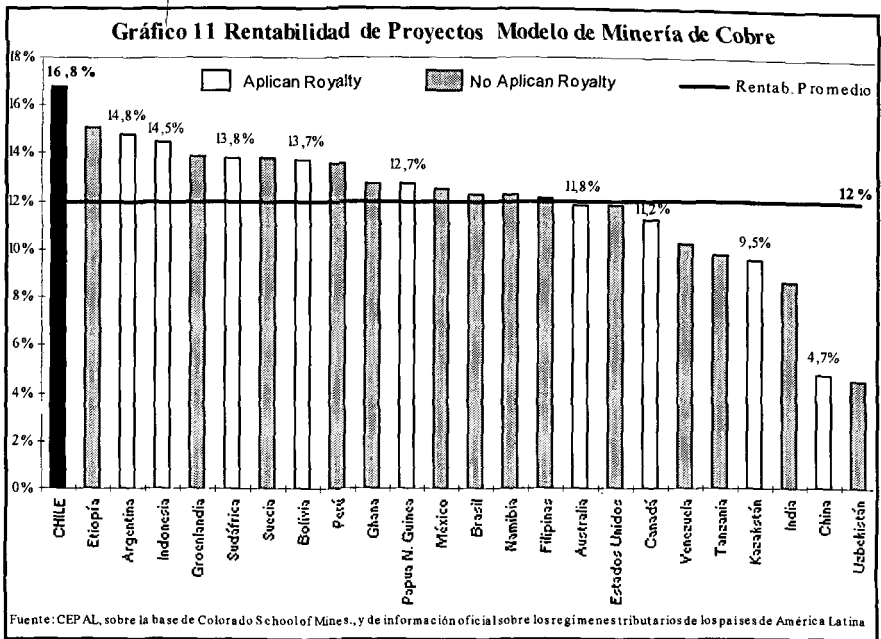
Royalty y su base de aplicación en países mineros

País	Base	Tasa
Argentina	Depende de la provincia	0-3%
Bolivia	Ventas brutas	1%
Burkina Faso	Exportaciones FOB	4%
China	Ingresos sobre las ventas	2%
Indonesia	Por tonelada de producción	US\$45-US\$55
Costa de Marfil	Ingresos menos costo de transp	2%
Kazahsatan	Según negociación	
Papua Nva. Guinea	Retorno sobre las ventas de refinado	2%
Filipinas	Valor de mercado de producción bruta	32%
Polonia	Valor mineral en el BML	24%
Sudáfrica	Según negociación	
Tanzania	Sobre el valor base	3%
EEUU	Según Estado	
Uzbekistán	Precio de venta de refinado	8%
West Australia	Dependiendo del producto	2,5-5-7,5%

Fuente: Institute for Global Resources Policy and Management

Es posible observar que la gran mayoría de los Estados y países que aplican este tipo de instrumentos utilizan cobros que dependen directamente de la producción, tal como cobros sobre los ingresos de explotación, sobre las exportaciones, sobre las toneladas producidas, etc.

Asimismo, cabe mencionar que el *royalty* no genera necesariamente un estancamiento o desincentivo a la inversión. Tal como se podrá apreciar en el gráfico siguiente, varios de los lugares que aplican *royalties* sobre la minería están ubicados dentro de las zonas con las más altas rentabilidades de inversión del mundo.



La propuesta de *Royalty* a la Minería

La propuesta que ha entregado Fundación TERRAM se basa en dos formas de cobro del precio por la extracción del recurso minero. Ambas estrategias se centran dentro del estado de los resultados de las compañías.

Metodología de Aplicación

En la propuesta que se ha entregado para la aplicación de un *royalty* a la minería, Fundación TERRAM propone dos metodologías. La primera es una adaptación de la que señala Panayatou (1999) y la segunda es una aplicación similar al cobro que se aplica sobre las ventas de CODELCO.

Propuesta 1

La primera opción es una metodología donde se considera la aplicación de un *royalty* sobre los ingresos por venta y uno sobre los beneficios contables.

El primero sería un *Royalty Ad Valorem (RAV)*²⁷. Esto significa un cobro como porcentaje de los ingresos por venta, la tasa porcentual es variable, determinada por el precio del mineral.

Tomando en cuenta que el precio de los minerales es altamente volátil, se propone utilizar como referencia el precio medio del metal en la bolsa de metales de Londres. Así, si el precio baja de determinado nivel, la tasa de *royalty* también debería bajar, en cambio, si el precio sube del piso, la tasa también sube.

Panayotou propone una tasa de *royalty* de 2% para precios inferiores a 80 centavos de dólar por libra, de 5% para precios entre 80 y 120, y una tasa de 10% para precios superiores a 120.

Junto al *royalty* sobre las ventas, se propone un cobro sobre los beneficios contables (RBC) del 20%. Ahora bien, la propuesta formal está indicada en la siguiente tabla:

Estado de resultado con la aplicación de la Propuesta 1

Ingresos de explotación (-ROYALTY AD VALOREM (RAV) (2% 5% 10%) (-Costos de explotación)	P*Q (RAV)*P*Q C. Dir.
MARGEN DE EXPLOTACION (-Gastos de administración y ventas)	M. Exp. C. Ind.
RESULTADO OPERACIONAL Ingresos financieros (-Gastos financieros) (-Depreciación)	R.Op. Ing. Fin. G. Fin. Dep.
RESULTADO NO OPERACIONAL	R. No OP.
RESULTADO ANTES DE IMPUESTO (-ROYALTY SOBRE LOS BENEFICIOS CONTABLES RBC) Impuesto a la renta (16%)	R. ante Imp. 0,2 (R. ante Imp) Imp.
UTILIDAD (PERDIDA) DEL EJERCICIO	R.Ejerc.

²⁷ Ad Valorem es un término proveniente del latín, que significa, según valor.

- Resultado

Esta propuesta consta de tasas variables dependiendo del precio del cobre, por eso, se utilizan tres precios diferentes para evaluar el impacto que tendría la aplicación del *royalty* sobre los ingresos del Fisco.

La primera simulación se realiza con el precio de 82,3 centavos de dólar la libra de cobre. Este precio es relevante, pues fue el precio promedio registrado durante 2000 y es el precio estimado por el Banco Central para el mediano plazo.

Acá los ingresos totales obtenidos a través del *royalty* llegarían a los 831 millones de dólares.

En el segundo ejemplo se utilizaron los datos tomando el precio de 2001, período en que el valor del cobre llegó a su nivel más bajo de los últimos 100 años.

En este caso extremo, es posible determinar que el monto total recaudado por el Fisco, sólo por concepto del *royalty* es de US\$438 millones, que se dividen en US\$147 millones por el *royalty ad valorem*, más US\$291 millones por el *royalty* sobre los beneficios contables.

Por último, en caso de que el precio llegara a los 90 centavos de dólar, los recursos que es posible recaudar a través del *royalty* alcanzan los 1.066 millones de dólares.

- Justificación

La idea de un *royalty* sobre los ingresos (RAV) y uno sobre los beneficios contables (RBC) se justifica, desde el punto de vista económico, de varias maneras.

Primero, la metodología flexible respecto del precio tiene 2 ventajas: La primera es que no se afecta, de manera drástica, los resultados operacionales de las empresas en periodos de bajos precios. En segundo lugar, esta metodología permite un manejo sustentable del recurso. Dicho de otra forma, el incremento del *royalty* cuando el precio del mineral es alto, permite desincentivar a las empresas a sobreproducir.

En este sentido, existe la posibilidad real de manejar la extracción minera dentro de estándares sostenibles en el largo plazo y, dicho sea de paso, permitir un manejo de las reservas de minerales a través del incentivo a no elevar la producción e inundar el mercado con los productos. Esto en la actualidad ha llevado a que el precio del cobre esté tan bajo.

La utilización de un *royalty* sobre los beneficios contables tiene la característica de establecer un mecanismo complementario para la obtención de rentas del recurso minero. Esta metodología tiene la particularidad de estar relacionada con los beneficios de la extracción lo que permite «un pago suplementario por recurso minero, como factor de producción»²⁸.

**Evaluación de propuesta de royalty para la minería del
cobre en Chile (Millones de dólares)**

Precio =Ctvos./US\$82,3			
	CODELCO	Minería Privada	Total
RAV	137	272	409
RBC	166	256	422
Total Royalty	303	528	831
Impuesto a la renta	113	174	287
TOTAL Aporte al fisco	416	702	1118
% sobre ventas	15,1	12,9	13,7
Precio =Ctvos./US\$ 71,6			
	CODELCO	Minería Privada	Total
RAV	50	96	147
RBC	122	169	291
Total Royalty	172	265	438
Impuesto a la renta	83	115	198
TOTAL Aporte al fisco	255	380	636
% sobre ventas	10,2	7,9	8,7
Precio =Ctvos./US\$ 90			
	CODELCO	Minería Privada	Total
RAV	158	303	461
RBC	230	375	605
Total Royalty	388	678	1066
Impuesto a la renta	156	255	411
TOTAL Aporte al fisco	544	933	1477
% sobre ventas	17,2	15,4	16

²⁸ Panayotou, T. 1999

Asimismo, la propuesta que se ha presentado aquí, desde el punto de vista técnico y tributario, también tiene sus ventajas y algunas debilidades que se resumen en el cuadro anterior.

Propuesta 2

Esta metodología se basa en la necesidad de compatibilizar el cobro que se aplica sobre CODELCO y las empresas privadas. La propuesta se centra en la aplicación de un *royalty* del 10% sobre las ventas de cobre de las empresas privadas, que sea igual al cargo que se aplica sobre las ventas de CODELCO, que se dirige directamente a las Fuerzas Armadas.

En Chile, se aplicaba desde 1958 un *royalty* del 15% sobre las ventas de cobre a las empresas de la gran minería (empresas privadas). Además, se exigió un ingreso mínimo para las Fuerzas Armadas que llegaba a los 8 y medio millones de dólares. La Ley que estableció este cobro es la conocida «Ley Reservada del Cobre» N° 13.196", que entregada todos los recursos obtenidos directamente a las FF. AA.

La Ley original estuvo en vigencia hasta fines de 1973, cuando se establecen importantes modificaciones entre las que se encuentran:

- Cambia la base de aplicación del cobro centrándolo en las ventas al exterior del cobre producido por CODELCO.
- Se reduce la tasa porcentual de cobro desde 15% a 10%, pero a cambio se aumentó la base mínima exigida de ingresos desde los 8 a los 90 millones de dólares.

El cambio crucial que establece esta Ley es que restringe el cobro sólo a los ingresos de CODELCO, a diferencia de lo que se señalaba en las legislaciones originales que no determinaban ningún tipo de discriminación.

Pese a que la Ley ha sufrido varias modificaciones adicionales el espíritu de la llamada «Ley Reservada del Cobre» establece que en la práctica CODELCO pague un *royalty ad valorem* (RAV) del 10% de sus ventas de cobre y sus subproductos al exterior, lo que ha permitido tener ingresos permanentes y estables para las Fuerzas Armadas²⁹.

Ahora bien, la propuesta que establecemos es un *royalty ad valorem* del 10% sobre las ventas de cobre y sus subproductos al exterior. El monto de este cobro es descontable de la base imponible, es decir, reduce la base de aplicación para el impuesto a la renta.

- Resultados.

Según nuestras estimaciones la aplicación de este *royalty* permitiría recaudar, aproximadamente, más de US\$750 millones de dólares al año, incluyendo los recursos que se obtienen a través de CODELCO.

- Justificación

Las ventajas de la aplicación de esta alternativa son, por un lado, la igualación de las condiciones tributarias a las que se enfrentan las empresas privadas y CODELCO, dejándolas en la misma competitividad relativa en relación con el resto de los países mineros. Además, permite demostrar de manera empírica que la aplicación de un *royalty* no es sinónimo de ineficiencia y baja rentabilidad. Es importante señalar que CODELCO a pesar de llevar más de veinte años pagando en la práctica un *royalty*, es una de las empresas más rentables de la industria minera mundial y una de las más eficientes.

Por último, existen dos ventajas adicionales sobre la utilización de esta propuesta. La primera es la mayor sencillez en el cobro debido a que al aplicarse sobre las ventas la estimación es bastante menos compleja y más directa.

La segunda, en tanto, se refiere a la posibilidad de proyección o anticipo del monto de los ingresos para el Fisco, dando mayor seguridad a los ingresos del Estado.

²⁹ Desde la última modificación a la Ley N°13.196, realizadas en octubre de 1985 a través de la Ley N°18.445, se estableció un monto mínimo global de 180 millones de dólares. Monto que se reajusta anualmente, según la variación del Índice de precios al por mayor de los Estados Unidos. Según nuestras estimaciones, el monto mínimo actual estaría entre los 230 y 236 millones de dólares. En caso de no alcanzarse el monto mínimo es el Fisco quien tendría que suplir el resto que falte para alcanzar dicho monto.

Conclusiones

La minería es una actividad que, dadas sus características, tiene una relación con la sociedad que es injusta y poco equitativa. Por un lado, es responsable de gran parte de nuestras exportaciones y de la inversión extranjera llegada al país, así como también participa de un alto porcentaje del PIB. Al respecto cabe afirmar que:

1. El *royalty* no es un impuesto ni menos una patente, sino un justo precio que debe recibir el propietario soberano de los recursos naturales, como contrapartida del aporte que éste hace al invertir sus recursos en el proceso productivo. Así como el trabajador que es dueño de su fuerza de trabajo recibe un salario como retribución a su participación en la producción y el capitalista una rentabilidad por sus aportes de capital, los dueños de los recursos naturales deben recibir una retribución justa y consistente con el aporte real que estos recursos hacen a la producción. No cobrar *royalty* es tan falta de juicio como pedir que los chilenos trabajen gratis, o sea, que el salario sea igual a cero.

2. Otra característica del *royalty* inherente a su naturaleza es la de sincerar los costos de producción, corregir las distorsiones en el mercado e inducir comportamientos de eficiencia. La economía nos enseña que el rol de los costos y de los precios es promover una asignación eficiente de los recursos, es decir, asegurar que las inversiones se hagan en donde éstas sean realmente rentables, después de pagar los costos de producción. Si éstos son artificialmente rebajados, por ejemplo gracias a la poderosa influencia de grupos económicos que logran acceso gratuito a los recursos naturales, permanecerán en la actividad volúmenes de inversión superiores a los que aconseja el criterio de eficiencia, puesto que existirán utilidades artificialmente positivas. Al imponerse un *royalty* al uso de recursos naturales, efectivamente suben los costos de producción, pero es un aumento acorde con el costo real de utilizar un recurso natural, es decir, permitiría sincerar los costos reales de dicha actividad. Probablemente se reducirá la inversión en dicho sector, pero no sería sino la inversión ineficiente que debería reasignarse hacia otro sector productivo donde sea capaz de obtener rentabilidades reales y no artificiales.

3. Una tercera característica del *royalty* dice relación con la sustentabilidad, lo que está estrechamente ligado a la eficiencia, ya que no son criterios contrapuestos. Al sincerar los costos de producción, no sólo se inducen comportamientos de eficiencia en los actores, sino también, usos sustentables de los recursos naturales. Lo anterior debido a que al reducirse las inversiones artificialmente rentables, se reduce la sobre explotación y los niveles de extracción del recurso, ajustándose los niveles de producción hacia la producción capaz de pagar los costos reales, entre los cuales está el valor económico de la depreciación del capital natural. En el caso del cobre, esto es particularmente importante, puesto que la sobre explotación reduce a futuro al disponibilidad del recurso y reduce también el precio de mercado, sobre todo en el caso de Chile cuya oferta es muy relevante. De esta manera, la sobre explotación implica vender más a menores precios durante un periodo más corto de tiempo.

4. Finalmente, la cuarta característica del *royalty*, dice relación con la meta del progreso y del desarrollo de Chile. Mucho se ha argumentado que la aplicación del *royalty* a los recursos naturales amenazaría las posibilidades de desarrollo del país. Muy por el contrario, la forma de generar desarrollo a partir de los recursos naturales, es precisamente invirtiéndolos en el proceso productivo, pero -claro debe estar- recibiendo una compensación económica por ello, con lo cual podrá proveer educación, salud, infraestructura, investigación y desarrollo a sus habitantes. De acuerdo a lo calculado por la Universidad de Harvard, Chile ha perdido oportunidades de desarrollo equivalentes a más de 23 mil millones de dólares.

Los antecedentes son nítidos y coinciden: en Chile la aplicación de un *royalty* no sólo es justo, sino que también viable. Hay muchos ámbitos en los cuales el país ofrece ventajas comparativas a los inversionistas, por lo tanto, el cobro de un justo precio por la pérdida patrimonial del cobre no producirá sobre el sector los efectos que los apocalípticos sostienen. Desde nuestro punto de vista, mucho peor sería que la situación actual se perpetuara en el tiempo.

Minuta y Proyecto de Ley sobre el Royalty

Presentado al Presidente de la República,
Don Ricardo Lagos E.

Por los Senadores:

Jorge Lavandero,
Carmen Frei y
Ricardo Núñez

COMPENSACIÓN AL ESTADO POR LA EXPLOTACIÓN DE RECURSOS DE LA MINERÍA

1.- El Estado es el dueño constitucional de todos los yacimientos mineros ubicados en el país y le asiste el legítimo derecho de percibir una compensación por la explotación de ellos, por disposición del texto de la Constitución y la historia de su establecimiento.

Ha quedado como un gran consenso nacional, a partir de la discusión reciente sobre el proyecto de ley de Royalty a la minería, que las grandes empresas explotadoras de los recursos mineros están en la obligación y en las condiciones económicas suficientes para efectuar un aporte sustantivo al desarrollo del país.

La argumentación de que el Estado no es dueño de los recursos no renovables de la minería, a partir de una norma contenida en la Ley Orgánica Constitucional de Concesiones mineras que permite incluir reservas en el cálculo del flujo de las empresas que son expropiadas de sus yacimientos para determinar la indemnización, no las hace dueñas de los yacimientos, entre otros motivos jurídicos, por la aplicación del principio de Supremacía de las Normas Constitucionales sobre otras de menor rango, principio acogido reiteradamente por el Tribunal Constitucional, al pronunciarse sobre la Ley Orgánica del Banco Central y sobre la propia ley de concesiones mineras.

2.- La Constitución Política y la Ley Orgánica de Concesiones Mineras entregan al Estado instrumentos claros y jurídicos, de igual rango, para cobrar y percibir una compensación por la explotación de recursos no renovables de la minería.

El primero de ellos consiste en introducir una nueva obligación al concesionario minero, en Ley Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras, la de pagar al estado una compensación o regalía por la extracción de minerales que son de propiedad estatal.

El segundo instrumento consiste en que el Estado, haciendo uso de su soberanía tributaria, establece una carga, gravamen o tributo que afecte a los minerales extraídos, el cual representa la renta económica equivalente a parte del valor de dichos recursos mineros.

3.- La posibilidad de aplicar la compensación al Estado por la explotación de recursos mineros como un tributo, (gravamen o carga), tiene su origen constitucional en la Reforma a la Constitución del año 1992, que facultó al legislador para imponer tributos o cargas a bienes de clara identificación regional y que tiene su justificación en **la necesidad de compensar el empobrecimiento que experimentan las regiones con motivo de las actividades extractivas (minería carbón, petróleo y otras), que las desposeen de estos recursos naturales.**³⁰ De esta forma, ha sido la propia Constitución la que abrió las puertas a este instrumento para aplicar un Royalty a la minería, dejando expresa constancia de su espíritu en la Actas Constitucionales del Senado del año 1991

La reforma constitucional mencionada, que se concretó en la actual redacción del Artículo 19, N° 20 inciso 4° de la Constitución, el que otorga una triple autorización al legislador:

- Aplicar tributos y/o gravámenes a bienes y no solamente a la renta;
- A bienes que pueden tener origen regional (minerales extraídos) ;
- Que el producto del tributo o gravamen pueda ser afectado a obras de desarrollo regional.

4°.- El uso de este instrumento del tributo específico a la extracción de minerales, es de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, se tramita como ley de quórum de simple (mayoría de los parlamentarios presentes) y no tiene control obligado del Tribunal Constitucional. Será plenamente constitucional si se ajusta a los criterios que se han establecido por dicho tribunal, esto es, no discriminatorio (que afecte a toda la minería), proporcionado y racional.

5° La Moción de los Parlamentarios actualmente en trámite en primera instancia en la Cámara de Diputados, persigue el mismo propósito, es decir, que el Estado perciba una renta por la explotación de recursos de la minería que le son propios. La moción fue presentada como una modificación a la L.O.C. de Concesiones Mineras, estableciendo la nueva obligación de pagar una compensación del 3% ad-valorem de los minerales que se extraigan, por cuanto era la única alternativa constitucional de iniciativa parlamentaria sobre la materia.

³⁰Indicación presentada por los H. Senadores Carmen Frei, y Ricardo Núñez

El uso de ambos instrumentos descritos puede uniformarse, ya sea en la Moción Parlamentaria mencionada, o en otro proyecto del Ejecutivo con el mismo propósito. El objetivo es el mismo: que el Estado perciba la compensación por la explotación de recursos mineros.

6.- Sin perjuicio del establecimiento de un Royalty o Compensación al Estado por la explotación de recursos mineros, puede sumarse la iniciativa de la Alianza por Chile de subir las patentes mineras y de obligar a las empresas concesionarias actuales a transformarse en sociedades anónimas, todo ello con el debido ajuste a la legalidad vigente, de manera tal que efectivamente implique allegar mayor recursos al Estado, afectando a las actuales concesionarias, cualquiera que sea el estatuto legal en que se desenvuelven. En caso alguno se trata de reemplazar el instrumento del pago del Royalty por un mecanismo basado en las patentes mineras, toda vez que éstas constituyen un régimen de amparo de la concesión y no tienen un fin recaudatorio.

7.- El consenso logrado en torno a la necesidad de que las empresas extractoras de recursos mineros deben efectuar una mayor contribución al Estado, así como el inmenso apoyo nacional a la idea de aplicar un Royalty a la Minería, hacen indispensable dar satisfacción real a tal aspiración nacional, en particular a las regiones que son desposeídas de los recursos naturales no renovables, todo lo cual implica una estrategia de corto plazo que busque la aprobación de normas legales sobre la materia.

Senadores: Jorge Lavandero Illanes
Ricardo Núñez Muñoz
Carmen Frei Ruiz-Tagle

Valparaíso, 17 de Agosto del 2004

PROYECTO DE LEY QUE ESTABLECE UN TRIBUTO ESPECIAL DE AFECTACIÓN REGIONAL POR LA EXPLOTACIÓN DE RECURSOS MINEROS.

I.- Antecedentes.-

La Constitución Política de la República establece en su artículo 19, N° 24, inciso 7° que el Estado de Chile tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas existentes en nuestro territorio nacional.³¹

Esta categórica radicación del dominio de todos los yacimientos mineros en manos del Estado, permite que éste efectúe los actos que son propios del titular de todo derecho de propiedad. En virtud ello, la misma norma citada faculta al Estado para entregar la concesión de la exploración y de la explotación de tales riquezas del subsuelo a los particulares, en los términos y bajo las condiciones que establezca la ley.

Como todo propietario de un bien que la Constitución asigna a la Nación en su conjunto, el Estado tiene el derecho y el deber de velar por que la explotación de la riqueza mineral se efectúe en beneficio de la sociedad, en particular de las generaciones venideras y de las regiones que son desposeídas de ellas. Forma parte de esta tarea ineludible el especial cuidado de reponer económicamente aquella riqueza que indefectiblemente se va a agotar o que puede llegar a perder su valor en los mercados mundiales.

Las regiones desde las cuales se extraen tales recursos naturales no renovables, han sido víctimas en la pasado de extensas depredaciones de dichas riquezas, sin que se haya tomado la precaución de crear con parte de ellas las condiciones para que, una vez instalado el ciclo de decadencia del recurso, existan las fuentes de desarrollo sustentable alternativo a la explotación de los recursos de la minería. Es así como en las poblaciones de dichas regiones, se puede constatar una creciente preocupación sobre la materia.

³²Art. 19, N° 24, inc. 6° «El Estado tiene el **dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas**, comprendiéndose en éstas las covaderas, las arenas metalíferas, los salares, los depósitos de carbón e hidrocarburos y las demás sustancias fósiles, con excepción de las arcillas superficiales, no obstante la propiedad de las personas naturales o jurídicas sobre los terrenos en cuyas entrañas estuvieren situadas. Los predios superficiales estarán sujetos a las obligaciones y limitaciones que la ley señale para facilitar la exploración, la explotación y el beneficio de dichas minas.»

Todo lo anterior implica que el Estado debe percibir una renta por entregar a los privados la explotación de recursos de la minería y nuestro sistema jurídico dispone de los instrumentos legales para hacerlo. Este derecho del Estado existe sin perjuicio de la soberanía tributaria propiamente tal, que le faculta para establecer impuestos de cualquier tipo, a toda las personas o instituciones que producen rentas o detentan bienes, los cuales se imponen con el propósito de financiar las actividades de bien público, sin que exista una contraprestación específica hacia el contribuyente.

II.- Alternativas Constitucionales.

Nuestro sistema jurídico presenta dos caminos que conducen al establecimiento de una retribución al Estado por la explotación de los recursos naturales no renovables de la minería.

El primero de ellos consiste en modificar la Ley Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras (ley N° 18.097), agregando un a nueva obligación consistente en el pago de la retribución por extraer los minerales. El segundo camino consiste en establecer por ley un nuevo tributo por la explotación de recursos mineros, afectado al desarrollo regional, total o parcialmente.

Las características de cada una de estas alternativas son las siguiente:

Aplicar la compensación como una nueva obligación del concesionario minero.

Esta alternativa busca introducir una nueva obligación para el concesionario minero entre aquellas que establecen los artículos 13 y siguientes de la Ley N° 18.097, Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras. Esta fórmula legal parte de la base de considerar al derecho por la explotación de recursos de la minería como una obligación no tributaria, que tiene su fundamento en la potestad del Estado de cobrar un cargo por el uso de un recurso que le es propio, teoría generalmente aceptada en la doctrina mundial en la actualidad.

Se trata de una ley que presenta un quórum de aprobación de los 4/7 de los Parlamentarios en ejercicio

La moción presentada en la Cámara de Diputados, por un grupo de diputados de casi todos los partidos políticos, en el mes de marzo pasado, hace uso de esta alternativa, amparándose en el hecho de que, por no tener ésta el carácter de un tributo propiamente tal, al igual que la patente minera, puede ser de iniciativa parlamentaria

Por tratarse de la modificación de una Ley Orgánica Constitucional, tiene control obligatorio del Tribunal Constitucional.

Establecimiento de un nuevo tributo especial por la explotación de recursos no renovables de la minería.

El Estado, haciendo uso de su soberanía tributaria, puede imponer legalmente un nuevo tributo consistente en cancelar una tasa que grave a la extracción «bienes de clara identificación regional»³¹. Este instrumento, representa el camino más transparente y apegado al texto e historia fidedigna del establecimiento de las normas constitucionales que lo tratan.

En efecto, en las normas que se establecen en el texto citado del artículo 19º, N° 20, inciso 4º de la Constitución, así como en el N° 22 de dicho artículo, se concedió al legislador una triple autorización:

- a) Aplicar tributos a **bienes** de clara identificación regional, en este caso los minerales;
- b) Aplicar un tributo de carácter sectorial, en esta oportunidad, se trataría de la minería; y
- c) Afectar la aplicación del tributo a obras de desarrollo regional o local.

La historia fidedigna del establecimiento de estas normas constitucionales, las cuales se incorporaron en nuestra Constitución en la reforma del año 1991, dejó establecido expresamente en las Actas del Senado que el espíritu del Constituyente fue:

³¹Artículo 19, N° 20, inciso 4º Const. Pol.: «Sin embargo, la ley podrá autorizar que determinados tributos puedan estar afectados a fines propios de la defensa nacional. Asimismo, podrá autorizar que los que gravan actividades o bienes que tengan una clara identificación regional o local puedan ser aplicados, dentro de los marcos que la misma ley señale, por las autoridades regionales o comunales para el financiamiento de obras de desarrollo.»

«incorpora como tributo de afectación para obras de desarrollo regional, una parte de los que se obtengan de actividades vinculadas a la explotación de recursos no renovables situados en la región, y tiene su fundamentación en la necesidad de compensar el empobrecimiento que experimentan las regiones con motivo de las actividades extractivas (minería, carbón, petróleo y otras), que las desposeen de estos recursos naturales.»³²

El establecimiento de un tributo como el mencionado, se tramita como ley de quórum simple, lo cual despeja difíciles negociaciones. Para esclarecer su legitimidad jurídica, existe variada jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la indiscutida soberanía tributaria del Estado respecto a la posibilidad de imponer gravámenes y tributos, exigiéndose sólo que éstos sean proporcionados, justos, racionales, no arbitrariamente discriminatorios y que no importen una traba que haga imposible el ejercicio del derecho de propiedad. Ello presagia que no existirían mayores dificultades constitucionales en su tramitación.

Por tratarse este nuevo tributo de un gravamen que afecta a **bienes** (minerales extraídos), no presenta punto alguno de colisión con el DL. 600. En efecto, este cuerpo legal trata beneficios de invariabilidad tributaria establecidos a **partir de la Ley de Impuesto a la Renta** y la alternativa en análisis se aplica a **un bien**, indiferentemente del nivel de renta del propietario del mineral explotado. En consecuencia, aquellas empresas extractoras que hoy disfrutan de beneficios de invariabilidad tributaria, quedarían afectas al nuevo tributo. En otras palabras no habría cambio alguno en la reglas del juego

En lo que respecta al destino del tributo, éste está ligado al desarrollo de la región desde la cual se extraen los minerales **y ese fue el propósito del Poder Constituyente al conceder la autorización al legislador para aplicarlo**. Naturalmente que no se trata de una norma en virtud de la cual perentoriamente toda la recaudación debe ser afectada regionalmente, pero una parte importante de ella debe ajustarse a tal característica y la viabilidad política de una iniciativa de esta naturaleza pasa necesariamente por tal condición. El porcentaje que se destine a tal propósito será aquel que determine el Presidente de la república en el mensaje respectivo.

³²Sesión N° 23, pág 39 Diario de Sesiones del Senado

Por tratarse de la modificación de una ley simple, no tiene control obligatorio del Tribunal Constitucional, lo cual despeja cualquier eventual conflicto de interpretación.

III.- Opción Legislativa.-

Un análisis pragmático de las dos alternativas expuestas, en particular su base constitucional, necesariamente nos lleva a la conclusión que la opción por la segunda de ellas, esto es aplicar la retribución al Estado por la explotación de recursos mineros como un tributo de afectación regional es la más clara, simple, fácil de tramitar y que tiene mayor viabilidad tanto parlamentaria como constitucional. Basta con mencionar el quórum simple de aprobación de la mayoría de los Parlamentarios presente al momento de la votación, así como su carácter de ley de rango corriente, lo cual implica que no es sometida al control del Tribunal Constitucional, para privilegiarla como alternativa viable en el corto plazo.

La alternativa primera, esto es aplicar la compensación al Estado por medio de la modificación de la L.O.C. N° 18.097, sobre Concesiones Mineras, implica una negociación legislativa para obtener el quórum de aprobación de 4/7, por una parte, y el control del Tribunal Constitucional que necesariamente debería entrar a considerar distintas interpretaciones del texto constitucional sobre la minería, lo cual puede implicar algunas dificultades. Esta opción, fue utilizada por los parlamentarios y Partidos de la Concertación que presentaron la moción correspondiente, solamente por cuanto la iniciativa de toda ley que implique un tributo, pertenece al Presidente de la República y, al Parlamento no le compete atribución alguna sobre su presentación e indicaciones.

PROYECTO DE LEY

Establece un tributo especial por la Explotación de Recursos de la Minería y crea Los Fondos Regionales del Desarrollo Sustentable.

Capítulo Iº: Tributo especial por la Explotación de Recursos de la Minería.

Artículo 1º.- Estalécese un tributo del 3% sobre el valor de los productos mineros que se extraigan de los yacimientos mineros concesionados conforme al Código de minería y a la Ley N° 19.097, Orgánica Constitucional Sobre Concesiones Mineras, tributo que se aplicará conforme a las disposiciones contenidas en el Artículo 19, N° 20, inciso 4º de la Constitución política del Estado

Para todos los efectos legales, el tributo que se establece por la presente ley no constituirá impuesto a la renta de ninguna especie.

El tributo se aplicará respecto de la primera venta que se efectúe sobre minerales extraídos o al momento en que ellos sean entregados para cualquier proceso industrial. Para estos efectos, el propietario de los minerales o su representante, deberá indicar en el respectivo instrumento de venta o de entrega, el valor asignado a ellos por unidad de peso.

Un 50% del tributo a que se refieren los incisos precedentes, estará afectado en a obras de desarrollo de la región desde la cual han sido extraídos los productos mineros gravados, conforme a las disposiciones contenidas en el Título II.

Serán obligados al pago del Tributo:

a) El concesionario de la o las pertenencias mineras de las cuales se hayan extraído los minerales, al momento de la primera venta de ellos o de sus subproductos, o de la entrega de éstos para cualquier proceso industrial. Si éstas se encontraren en explotación por una persona distinta al concesionario minero, deberá dejarse expresa constancia en el instrumento en que se hiciera entrega del yacimiento, que la persona que efectuará las faenas de extracción de productos mineros estará obligado al pago de la contribución.

b) Toda persona natural o jurídica que, actuando como intermediario a cualquier título, reciba minerales o sus subproductos, para su procesamiento o comercialización. Si en el acto jurídico que motiva la intermediación, se da cuenta del pago previo del tributo, en él se dejará constancia del documento de ingreso del referido pago en arcas fiscales, así como del informe de la Comisión Chilena del Cobre, Cochilco, en el cual se certifique la autenticidad y procedencia del valor de la operación y el origen regional de los minerales motivo de ella.

c) La persona natural o jurídica que solicite la autorización de una exportación de minerales o sus subproductos, a menos que exhiba antes las autoridades de aduanas el boletín de pago del tributo previamente efectuado en cualquier etapa de su comercialización o procesamiento. Para tales efectos, se procederá en los términos indicados en la letra b) anterior.

En el mes de mayo de cada año, los obligados al pago del tributo establecido precedentemente deberán presentar al Servicio de Impuestos Internos un detalle de todas las ventas anuales de minerales o sus subproductos efectuadas en el año calendario inmediatamente anterior, acompañada de sus antecedentes así como del certificado expedido por Cochilco mencionado en los artículos siguientes.

Artículo 2º.- Para los efectos del pago del tributo establecido en el artículo precedente, la Comisión Chilena del Cobre procederá a emitir un certificado, a solicitud del interesado, en el que conste:

a) Que el valor indicado para los minerales y sus subproductos en el respectivo contrato de venta o de entrega, corresponde, en promedio, a los precios de los mercados internacionales en la semana en que se presenta la solicitud,

b) El origen regional de los productos mineros objeto del acto jurídico cuya certificación se solicita, con mención de la región en que ellos fueron extraídos. En caso que la localización de los yacimientos corresponda a dos o más regiones, el interesado deberá indicar la cantidad en tonelaje y el valor correspondiente a cada una de ellas.

La certificación a que se refiere el presente artículo deberá ser otorgada por Cochilco dentro del plazo de 5 días contados desde la presentación de la solicitud con todos sus antecedentes. Por decreto supremo expedido por intermedio de

los Ministerio de Minería y de Hacienda, se establecerá el procedimiento para el otorgamiento y control del certificado mencionado, así como las instrucciones para una efectiva coordinación entre los servicios fiscales concernidos en la recaudación de la Contribución.

Si la certificación no fuere expedida dentro del plazo de 15 días de presentada la solicitud con sus respectivos antecedentes, se estará a los valores y origen regional indicados en el contrato.

Artículo 3°.- La Tesorería General de la República procederá a emitir los boletines de pago del tributo, a solicitud del interesado, en los cuáles se deberá consignar el número y fecha del certificado expedido por Cochilco en el que se autorice el valor y origen de la operación sobre los minerales para los efectos del pago de él.

Para el caso previsto en el inciso final del artículo precedente, el ente recaudador procederá a requerir a dicha Comisión para que emita el certificado correspondiente y, evacuado éste o vencido el plazo, procederá a emitir el boletín de pago de la contribución.

Artículo 4°.- Cuando la operación sobre los minerales consista en la exportación de éstos o de sus subproductos, el tributo podrá ser cancelado en el Servicio Nacional de Aduanas, conforme al procedimiento establecido en los artículos precedentes.

Artículo 5°.- Los servicios recaudadores del Tributo que por la presente ley se establece, transferirán **el 50% del producto de él al Fondo Regional del Desarrollo Sustentable de la región respectiva, de conformidad** a las normas que se contemplan en el Capítulo II° de este cuerpo legal.

Artículo 6°.- El boletín de pago emitido por la Tesorería General de la república, conforme a lo dispuesto en el artículo 3° precedente, será título suficiente para su cobranza judicial en caso de incumplimiento.

Artículo 7°.- La omisión de la declaración jurada a que se refiere el inciso 6° del artículo primero, o su presentación incompleta o falsa, tendiente a ocultar o desfigurar el verdadero monto de las ventas realizadas o a evitar el pago del

tributo, será sancionada con multa del cincuenta por ciento al trescientos por ciento del valor del tributo evadido y con presidio menor en sus grados medio a máximo.

Artículo 8°.- Estarán exentos del pago del tributo que por la presente ley se establece, los concesionarios mineros pertenecientes a la pequeña minería y a la minería artesanal, entendiéndose por tales, aquellos cuyas ventas anuales de minerales y subproductos no superen las quince mil Unidades Tributarias Anuales.

Capítulo II.- De los Fondos Regionales del Desarrollo Sustentable.

Artículo 9°.- Los Fondos Regionales del Desarrollo Sustentable son fondos estatales cuyo propósito es financiar obras de desarrollo de las regiones del país desde las cuales se extraen recursos naturales no renovables de la minería.

El territorio de operaciones de los fondos a que se refiere el presente artículo será el correspondiente a la región respectiva.

Artículo 10°.- Será objetivo principal de los fondos contribuir al desarrollo sustentable de las regiones desde las cuales se extraen recursos no renovables de la minería, mediante el financiamiento de obras, programas y proyectos que tengan por objeto crear las condiciones para que dichas regiones dispongan de los elementos básicos para un crecimiento económico sostenido e independiente de la actividad minera.

Artículo 11°.- Serán objetivos específicos de los fondos:

- a) Financiar programas, proyectos, obras y actividades que tengan por objeto el desarrollo de los recursos humanos de la respectiva región, a todos sus niveles;
- b) Financiar programas y proyectos que persigan la creación de nuevas líneas productivas, en particular a aquellas que presenten condiciones óptimas para la auto sustentación en el tiempo.
- c) Contribuir al desarrollo de los encadenamientos productivos de la región respectiva, potenciando las posibilidades de uso intensivo y desarrollo de los recursos humanos, físicos y de producción actualmente existentes en ellas.

d) Potenciar los esfuerzos de inversión públicos y privados de la región respectiva, mediante el desarrollo de proyectos conjuntos que busquen el logro de los objetivos señalados precedentemente.

e) Financiar y contribuir con el desarrollo científico y tecnológico en la región, particularmente en aquellas líneas de innovación que digan relación con la explotación racional y sustentable de los recursos no renovables.

Artículo 12°.- Los actividades, obras, programas y proyectos de los fondos se financiarán con los siguientes recursos:

a) Con el 50% del producto del tributo establecido en la presente ley sobre el valor de los productos mineros extraídos en la región respectiva. Para estos efectos, el Intendente de la Región podrá aplicar dichos recursos al financiamiento de las actividades mencionadas, de conformidad a lo dispuesto en el Artículo N° 19, N° 20, inciso 4° de la Constitución Política de la República.

b) Con los frutos de aquellos recursos que se capitalicen, de acuerdo a los programas financieros que se aprueben para los Fondos; y

c) Con los aportes que le efectúen instituciones públicas o privadas nacionales o extranjeras, ya sea para inversión directa o para desarrollo de proyectos conjuntos

Artículo 13.- Los Fondos no podrán contratar empréstitos de ninguna especie y ajustarán sus programas de gastos e inversiones a los recursos que les sean transferidos en aplicación de la presente ley.

Artículo 14.- Todas las inversiones que efectúen los fondos deberán ejecutarse mediante el sistema de licitación pública. Sus operaciones serán informadas a la comunidad regional y, anualmente, deberá emitirse una memoria pormenorizada de sus actividades.

Artículo 15.- La inversión de los Fondos será auditada y fiscalizada por la Contraloría General de la República.

Artículo 16.- La Comisión Chilena del Cobre informará trimestralmente a los Ministerios de Minería y Hacienda, así como al Intendente de la región respectiva, de los certificados que hubieren emitido en aplicación de las normas contenidas en el Capítulo I° de este cuerpo legal.

Disposición Transitoria.

Artículo Transitorio: La presente ley entrará en vigencia el día 1° de enero del año siguiente al de su aprobación.