



Ius et Praxis

ISSN: 0717-2877

revista-praxis@utalca.cl

Universidad de Talca

Chile

Leturia I., Francisco J.; García G., José Francisco
Más allá del royalty: análisis crítico de la tributación minera
Ius et Praxis, vol. 13, núm. 1, 2007, pp. 393-421
Universidad de Talca
Talca, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19713113>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

I. ARTÍCULOS DE DOCTRINA

Más allá del royalty: Análisis crítico de la tributación minera¹ [2](#)

Francisco J. Leturia I.*

José Francisco García G.**

* Profesor de la Facultad de Derecho de la P. Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: fjleturia@uc.cl

** Profesor de la Facultad de Derecho de la R Universidad Católica de Chile.

RESUMEN

El 1 de enero del año 2006, entró a regir el impuesto especial o adicional a la renta operación de las empresas mineras, conocido como Royalty. Más allá de las diferentes formas en que fue técnicamente planteado, su discusión permitió observar algunas realidades anexas dignas de un análisis más detenido. La más relevante quizá haya sido el bajo apoyo ciudadano y político que concita la industria minera, a pesar de sus importantes e indiscutibles aportes económicos, el reconocimiento del cumplimiento de la ley y el pago de los impuestos que ella exige. En segundo lugar, mostró algunos mecanismos de nuestro sistema tributario general, especialmente notorios en sectores intensivos en el uso de capital, que permiten resultados complejos y difíciles de explicar a la ciudadanía, y de cuya existencia la industria minera no tenía responsabilidad alguna. La combinación de ambas situaciones, más la oposición ideológica e histórica a la minería, la puso en una frágil posición, que en buena medida explica la facilidad con que fue aprobado un tributo específico tan débilmente fundado. Sostenemos en este trabajo que en lugar del royalty, hubiese sido deseable implementar un plan perfeccionador general de la institucionalidad tributaria, que terminase con las opciones o alternativas tributarias (principalmente en depreciación), la desigualdad de trato ofrecidos a algunos contribuyentes (principalmente entre chilenos y extranjeros) y aumentase el bajísimo monto actual de las patentes mineras. Creemos que ellas ofrecían interesantes posibilidades que beneficiarían tanto a la institucionalidad minera como al sistema tributario general.

Desgraciadamente, la ley del royalty, en vez de asumir esos puntos, crea una serie de excepciones, beneficios y situaciones especiales, de las cuales muchas buscaron atenuar los efectos negativos del impuesto, pero van en la dirección opuesta a lo propiciado por los autores, en cuanto a simplificar y homogenizar las normas de tributación en el país.

PALABRAS CLAVES

Royalty; tributación; minería; tributación minera

ABSTRACT

On 1st January 2006 a special tax or an additional to the operational rent of the mining companies known as Royalty came into force. In spite of the different ways in which it was technically approached the discussion gave the possibility to observe some of the annexed realities which are worth for a close analysis. The most relevant perhaps could have been the less support shown by the citizens and the politics which stirs up the mine industry, in spite of its important undisputable economic support, recognition of the completion of the law and the payment of the taxes that it demands.

Secondly, it shows some mechanisms of our tax system in general especially notorious in the intensive sectors in the use of the capital which allows complex results that are difficult to explain to citizens and of whose existence the mine industry had no responsibilities. The combination of both situations plus the ideological opposition and the history of the mine placed it in a fragile position which to a large scale explains easily the approval of the weakly founded specific tax.

We sustain in this work that in place of Royalty it would have been desirable the implementation of a general perfecting plan of the normative of the tax which could have ended with the options or tax alternatives (principally in depreciation) the inequality of treatment offered to some contributors (principally between Chileans and Foreigners) and the increase in the less actual amount of the mining license.

We believe that they offered interesting possibilities that benefit as much as the mining institution and also the tax system in general. Unfortunately, the Royalty law instead of taking into account these points creates a series of exceptions, benefits and special situations from which many searched to lessen the negative aspects of the tax, but they are heading in an opposite direction different from which the authors had proposed, in order to simplify and homogenize the norms of the tax in the country.

KEY WORDS

Royalty, taxation, mining, mining taxation

I.- Introducción

Con un 16% del PIB, un 65% de nuestras exportaciones, una recaudación tributaria proyectada para este año cercana a 5.000 millones de dólares (más los US\$ 9.215 millones de excedentes de Codelco) e inversiones futuras autorizadas por más de 20.000 millones de dólares (13.500 estimados para los próximos 3 años), la discusión sobre el futuro de la minería en Chile debiera ser materia de amplio interés³.

Sin embargo, hasta ahora la discusión sobre el tema ha sido escasa y vinculada a campañas mediáticas sin mayor fundamento técnico, protagonizados por autoridades y ejecutivos del sector.

Hace poco más de dos años, la minería atravesó por un momento complejo. La totalidad de los actores políticos, sin mayor fundamento empírico, señalaron que la minería "podía aumentar su aporte al país". Y en pocos meses, la forma que se utilizó para lograrlo fue la de un nuevo impuesto o "royalty"⁴.

Comprender por qué la minería ha pasado por esa particular situación, nos parece fundamental, y es parte de los objetivos de este trabajo. En efecto, para muchos fue extraño constatar que a pesar de los innegables aportes económicos que genera la minería a nivel macro y micro, ella no cuenta con simpatía popular, ni prestigio general ni apoyo político.

De hecho, si utilizamos una lógica argumental exclusivamente jurídica o económica, como las tradicionalmente utilizadas hasta ahora, el royalty tiene muy poco fundamento. Las autoridades del país han reiterado hasta la saciedad que las empresas mineras han cumplido con las leyes y que su aporte al crecimiento económico resulta principal e insustituible⁵. Pero a ello añaden que es una industria -la única en estos momentos- que "puede y debe hacer un mayor aporte al país".

Más allá de este episodio, creemos que la campaña del Royalty permitió volver a poner sobre el tapete nacional -aunque por pocos momentos- un tema muy importante y que excede las responsabilidades del sector minero: la existencia de

un sistema tributario complejo y confuso, con de elementos que pueden ser cuestionados (a pesar de los beneficios que en cierta forma generan), y que permiten a las empresas obtener resultados tributarios difíciles de explicar a la opinión pública.

Así, el debate del royalty pudo haber sido la primera hebra de un proceso que, en el fondo, cuestiona ciertas definiciones y flexibilidades de nuestro esquema tributario, quizá más notorias en minería que en otros sectores (por el uso intensivo de capital que la caracteriza), pero que nos debieran permitir dirigir el foco del análisis a un proceso correctivo de carácter general.

Pero la discusión del royalty y el cuestionamiento a la minería parecen ser cosas del pasado. Los extraordinarios precios alcanzados en los últimos años han permitido a casi todas las empresas cuestionadas en la última década agotar sus pérdidas de arrastre, producto de la depreciación acelerada de la inversión inicial, y hacer significativos aportes tributarios a las arcas fiscales. A mayor abundamiento, producto de los altos precios han aumentado las exploraciones, las inversiones y el Royalty ha tenido una recaudación sorprendente (500 millones de dólares en 2006, es decir 5 veces mayor a la esperada⁶)

Sin embargo, esta situación de bonanza -que por cierto terminará en algún momento- no debe impedirnos hacer un análisis crítico sobre la situación tributaria de la minería, y desde ahí, hacer propuestas correctivas de carácter más general.

En este ámbito, creemos que cualquier propuesta revisora de nuestro sistema tributario debiera considerar como principios los de simplicidad, igualdad ante la ley y equidad tributaria. Es decir, que todas las personas que comparten una misma situación tributen del mismo modo, y asimismo, que ello se determine de una forma sencilla y difícil de eludir. Creemos que si se hubiese perfeccionado a tiempo nuestro sistema tributario, la discusión sobre la tributación minera no hubiese prosperado del mismo modo. Nos extenderemos sobre este punto más adelante, porque más allá de los resultados recaudatorios concretos de estos años, y del alivio que los altos precios han provocado, creemos que la introducción de un impuesto específico a la minería fue un paso atrás en la institucionalidad económico-legal de un país⁷.

Por otro lado, nos ha parecido oportuno hacer ver que las autoridades políticas de los últimos 30 años han privilegiado con mayor o menor énfasis el crecimiento económico por sobre la recaudación tributaria inmediata, lo que en parte explica las acusaciones realizadas últimamente a la industria minera. Para ello, se adoptaron y mantuvieron normas que favorecieron la inversión y reinversión (nacional y extranjera), especialmente en activos productivos, como los mineros.

Sin embargo, con el transcurso de los años y la natural maduración de nuestro modelo institucional y la profundización de la cultura democrática, muchos de

estos instrumentos han sido objeto de reparos técnicos y políticos.

Por otro lado, la mala percepción que tiene la ciudadanía de las empresas mineras está relacionada a factores que no fueron incorporados por ellos al análisis del negocio, y que desgraciadamente tampoco fueron considerados como un riesgo, durante los muchos años en que la actual situación fue incubada.

Si fuera efectivo que la única tarea de una empresa es la de maximizar el interés de sus accionistas, por la vía de ser eficiente y cumplir con las leyes, no cabrían explicaciones de por qué un alto porcentaje de la ciudadanía cuestiona y critica a un sector con tanto potencial y que tanto ha aportado a nuestro desarrollo, porque ambas tareas han sido cumplidas en buena forma por el sector minero⁸.

La respuesta a esta paradoja, al menos en parte está en que las instituciones y normativas que permiten el aprovechamiento de una riqueza natural, dependen también de fenómenos como su cultura y su historia, los que son, al final del día, el soporte de los marcos institucionales y políticos de cualquier sociedad.

En nuestro país, ha sido inusual considerar los factores socioculturales a la hora de hacer políticas públicas y gestión empresarial, siendo no pocos los problemas y dificultades que han tenido su causa en ello. En el caso minero, esta falta de previsión fue especialmente desafortunado, llevando a muchas empresas a cometer uno de los errores más clásicos de ver en los procesos de inserción en sistemas sociales: no mirar el entorno, no respetar sus claves, y por ello, terminar "jugando un juego con las reglas de otro". De hecho, los extraordinarios resultados internos logrados por las empresas mineras (competitividad, productividad, nuevas reservas, seguridad, etc) no se condicen con la precariedad de las relaciones mantenidas con los actores sociales relevantes, las que, por regla general, han sido de mala calidad.

Además, esta falla de gestión ha generado consecuencias que hoy perjudican no sólo a los accionistas de dichas empresas, sino a la institucionalidad económica y al potencial de crecimiento económico en general.

El malestar existente en la sociedad civil para con las empresas mineras, y mostrada con tanta elocuencia en la discusión del Royalty, debiera ser objeto de un análisis serio y responsable por parte de todos quienes tienen interés en modificar el estado de cosas y contribuir a la racionalidad legislativa del país, y muy especialmente, de parte de la propia industria minera.

Más aún, creemos que las relaciones con la comunidad y con sus actores relevantes, la percepción y comprensión de cada empresa y de cada actividad por parte de la ciudadanía, y la estabilidad política básica necesaria para el adecuado desarrollo del negocio, no deben considerarse como preocupaciones menores, ajenas o periféricas, sino como parte del giro propio de la empresa, ya que su

desatención puede lesionar significativamente el interés y el patrimonio de los accionistas.

Para comprender estos puntos nos referimos brevemente a las condiciones históricas de la actividad minera del último tiempo, a los problemas que por definición plantea un sistema tributario con alternativas y a los aspectos que efectivamente podrían permitirnos perfeccionar la tributación minera. En el anexo, se comentan dos puntos cruciales, previos a cualquier toma de postura en la problemática de la tributación minera, y que el lector más avezado debiera ya conocer: la no renovabilidad del recurso minero y la propiedad del Estado sobre las minas.

II.- Hacer minería en Chile: el peso del factor histórico.

Hacer minería en Chile no es lo mismo que hacerlo en otro lugar. No sólo porque no existe otro país cuya economía y potencial de crecimiento dependa tan significativamente de la actividad extractiva, sino porque nuestra historia minera reciente, ha sido tan extraordinaria como accidentada.

Hace menos de 50 años, pocos años después de que el Estado invitara a empresas extranjeras a invertir a Chile, (celebrando para ello "contratos-ley"), se inició un proceso -altamente popular y ampliamente respaldado- de estatización de la gran minería, mediante chilenización (gobierno de Frei) y luego la nacionalización de estas empresas (gobierno de la UP).

Para realizarla -apegados a nuestra tradición legalista- fue necesario reformar previamente nuestra Constitución, mediante una moción aprobada por el Congreso Nacional sin votos en contra. A pesar de que en este proceso expropiatorio el Estado no pagó indemnización (gran parte de ellas fueron legalmente compensadas, con cargo a "utilidades excesivas" logradas en períodos anteriores), constituyendo un verdadero acto de confiscación legal y de des prestigio del país ante los inversionistas foráneos, este proceso todavía es valorado por el grueso de la opinión pública como uno de los grandes logros de nuestro país en nuestro camino hacia la civilización y el desarrollo.

En los años 80, cuando desde el gobierno militar se buscaba implementar un sistema económico abierto y fundado en la propiedad y la iniciativa privada, fuertes presiones provenientes del interior del mundo militar -y también de buena parte del mundo civil- llevaron a que la Constitución apareciera publicada con modificaciones de último minuto en materia minera, que tomaron por sorpresa a muchas actores de la época y que oscurecieron la intención del constituyente al respecto. No fueron pocos los que pensaron que el interés del gobierno había sido reservar la totalidad de la actividad minera al ámbito estatal.⁹

La Ley Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras (1981), llamada por la

propia Constitución a implementar sus principales disposiciones, aclaró el sentido de aquellos artículos y aseguró el derecho de propiedad de los particulares sobre las minas, poniendo así la primera piedra de base en la institucionalidad que permitió el posterior boom minero¹⁰.

Sin embargo, esta ley fue objeto de una de las campañas de des prestigio más intensas vividas durante el Gobierno Militar. La oposición, cohesionada y liderada por el ex candidato presidencial del PDC Radomiro Tomic, calificó la nueva institucionalidad como "el mayor crimen cometido en la República desde tiempos de O'Higgins" y "más lesivo para el país que la pérdida de la patagonia"¹¹. Dirigentes políticos viajaron al exterior con el objeto de dificultar el financiamiento de los primeros megaproyectos, anunciando y advirtiendo *urbi et orbi* la inmediata derogación de esa ley en cuanto se re estableciera la democracia¹².

Sólo en la década del 90, y confirmada la vigencia de los principales ejes del modelo económico y de la legislación minera, se concretizaron casi todas las grandes inversiones cuya tributación fue cuestionada. En ese escenario, se firmaron la mayoría de los contratos leyes (DL 600) y se desarrollaron los principales megaproyectos. Pero es necesario no olvidar que buena parte de los actores políticos eran los mismos que apoyaron la expropiación de la gran minería en los 60-70, y que cuestionaban duramente la legislación que permitía el desarrollo de la minería privada.

III.- Los problemas que genera un sistema tributario con alternativas.

Tradicionalmente se ha enseñado que en un Estado de Derecho "se puede hacer todo aquello que no está prohibido". Así, se limita el poder del Estado, reduciendo el margen para actuaciones discrecionales con las que los detentadores del poder podrían favorecer a amigos y perjudicar a enemigos. Este principio, en buena medida contenido en el "principio de legalidad", constituye una de los principales aportes del Derecho a la civilización humana.

Se ha dicho que las empresas mineras, al utilizar intensivamente los mecanismos legales que les permiten obtener un financiamiento de menor costo y riesgo, mediante la postergación del pago de impuestos, habrían actuado de mala fe¹³, porque sabrían que ello redundaría en una menor recaudación de impuestos para el país.

Pero la realidad es que tanto las autoridades como el mercado siempre supo, y además aprobó, que los proyectos adoptaran una estructura competitiva y acorde a la ley. Era evidente que existiendo dos o más alternativas disponibles en nuestro ordenamiento jurídico, los ejecutivos optarían por el que hiciese a su empresa más competitiva dentro del marco del respeto a las leyes. Sería absurdo pedirles que

organizaran sus negocios de la forma que le resulte más beneficiosa al Fisco, cuando ese mismo Fisco los invitaba a hacerlo de otra manera.

Por ello este punto tiene un matiz especial. Hemos visto que las propias autoridades de gobierno durante años invitaron a los inversionistas extranjeros sobre la base de un cierto marco legal atractivo. Los mecanismos se conocían, se promovían y se pactaban con los inversionistas, basados en un modelo conceptual donde el crecimiento económico y el aumento del Valor Presente del país y de su recaudación tributaria, tenían más importancia que la recaudación inmediata. En otras palabras, podemos decir que el modelo minero funcionó tal como había sido pensado y promovido durante los últimos 20 años, permitiendo un gran desarrollo de largo plazo. Y las autoridades lo sabían y celebraban.

Sin embargo, ello no quiere decir que todo haya sido positivo, sobretodo, a la luz de las tensiones que hemos observado.

Las empresas mineras, en general, asumieron como principal obligación respetar la ley y maximizar el bienestar de los accionistas, pero no consideraron la realidad política y cultural del país y de la minería. La simple maximización del interés actual y monetario, no solo fue insuficiente, sino que terminó estresando las relaciones con la comunidad y generando consecuencias que dañaron a la institucionalidad general y a los accionistas de las empresas mineras.

El mercado interno e informal que constituye la ciudadanía, así como los actores políticos con capacidad regulatoria, tenían estándares muy exigentes para aceptar de buena gana el regreso de la industria minera. En un país con nuestra historia política y económica, pudo haber sido previsible que el funcionamiento de las empresas mineras por un largo periodo de tiempo sin pagar impuestos, y el disfrute de "privilegios" no extensibles al resto de la ciudadanía, se constituiría en una tensión para la industria y para la estabilidad de algunas definiciones legales claves para el desarrollo de este sector (por ejemplo, la propiedad del Estado sobre las minas, cuestionada en el primer proyecto de royalty que fue rechazado por el Congreso).

Hoy no se discute que el sector minero cumpla cabalmente con las obligaciones que le impone la normativa vigente¹⁴. A mayor abundamiento, las empresas mineras se han caracterizado por facilitar la fiscalización y por promover la transparencia de sus actividades. Pero ello ha mostrado ser del todo insuficiente para la aceptación ciudadana de la actividad, especialmente la realizada por las empresas extranjeras.

Acusar a un ciudadano de no cumplir la ley en perjuicio del fisco, es un asunto delicado. Por ello, es fundamental trazar una gruesa línea divisoria entre lo que son obligaciones legales -que deben ser de derecho estricto para dar seguridad y reducir al máximo la discrecionalidad del Estado- y los juicios de prudencia, buen

criterio o responsabilidad que puedan formularse sobre determinadas actuaciones o determinadas decisiones corporativas.

IV.- Áreas perfeccionables de la tributación minera (y por lo tanto, de la tributación en general).

Gran parte de las acusaciones de que fue objeto la Tributación Minera, obedecen normas propias de nuestro sistema legal, y no a beneficios establecidos especialmente para la minería. Sin embargo, es probable que a los ojos de un ciudadano común, ellos resulten poco aceptables.

La realidad es que nuestro sistema tributario cuenta con una serie de complejidades y efectos distorsionadores, cuya solución escapa por completo al ámbito de las empresas mineras, y que además, obedecen a regulaciones aplicables al general del país. Sin embargo, por diversas razones, algunas de ellas se han apreciado con especial intensidad en minería.

Creemos que muchos de los cuestionamientos que fue objeto esta industria, no hubiesen sido existido de contar con un sistema tributario simple, regido por reglas generales y aplicables por igual a todas las empresas mineras y a todos los actores económicos del país. La corrección de estas situaciones, obviamente, debía venir por una corrección de las normas que permitieron esta situación, y no por la imposición de un impuesto sectorial adicional¹⁵.

A nuestro juicio, los principales factores que permitieron estas distorsiones y que facilitaron la crítica pública, fueron la existencia de opciones de depreciación permitidas por la ley, la existencia de muchos tipos societarios (que en el caso minero se aumenta innecesariamente con la "sociedad contractual minera"), el tratamiento distinto que la ley hace a los retiros de sociedades de personas y de capital y la existencia de normas especiales para empresas que suscribieron contratos leyes con el Estado de Chile.

Para corregir esta situación, se pudo haber analizado muchas propuestas distintas y más convenientes al royalty. Analizaremos las principales:

a) Corregir la depreciación acelerada: Quizá el punto de mayor importancia para entender y analizar la tributación minera, es el mecanismo de depreciación acelerada. El hecho de que este punto, haya estado totalmente ausente del debate del royalty, muestra la insuficiencia de masa crítica y de opinión existente sobre esta área tan sensible de nuestra economía.

Adoptada en nuestro país el año 1977, la depreciación acelerada consiste, básicamente, en considerar "gastos" de la empresa el deterioro y depreciación de los activos inmovilizados, en un tiempo menor al real (en el caso de Chile es 1/3

de su vida útil). Por este efecto, y especialmente en las empresas intensivas en el uso de capital -como lo es la minería- las utilidades reales (o financieras) son muy distintas a las utilidades tributarias (o legales), ya que mientras la contabilidad real o financiera muestra utilidades -que pueden ser retiradas por los dueños en las sociedades de personas-, la contabilidad tributaria muestra pérdidas. Por ello, no corresponde realizar pagos de impuestos a la renta, hasta que no se revierta esa situación de pérdida tributaria. Este mecanismo permite al inversionista la posibilidad de retirar el capital invertido, antes de comenzar el pago de impuestos.¹⁶

El sentido que tuvo el legislador para adoptar este mecanismo fue claro: incentivar la inversión en bienes de capital y favorecer, entre otras, el desarrollo de la actividad minera. ¿Por qué? Chile era un país que quería crecer rápido, y no ofrecía a los inversionistas suficientes garantías de estabilidad. Además, la minería era una actividad donde nuestro país tenía claras ventajas competitivas y que constituía la mejor oportunidad para la atracción masiva de capitales extranjeros, los que desarrollarían actividades permanentes y de muy largo aliento.

En este punto es importante no tener dudas. Nuestras autoridades y nuestras leyes privilegiaron la inversión y el crecimiento económico por sobre la recaudación tributaria inmediata.

Las razones para privilegiar la inversión sobre la recaudación inmediata son muchas. La principal y más recurrida de ellas es que antes que "repartir la torta" hay que hacerla crecer. La segunda, un poco más técnica, es que los beneficios que da una gran faena minera al Estado son directos (impuestos) e indirectos, y que estos últimos (infraestructura, encadenamientos productivos, creación de empleos, etc) son muchas veces más importantes y sin duda más beneficiosos que tener un yacimiento sin explotar (reservas). La tercera, aún un poco más técnica, es que antes que velar por la recaudación concreta de un año determinado, se debe privilegiar -dentro de rangos razonables- el valor presente del flujo de recaudación. Así, por ejemplo, si se calcula que hacia finales de esta década la Gran Minería privada aportará al Fisco cerca de 750 millones de dólares anuales en Impuesto a la Renta, lo que a una tasa de descuento de 5%, por ejemplo, equivale a cerca de 15.000 millones de dólares para el Fisco en recaudación fiscal a valor presente. Gracias a la existencia de la minería privada, el Estado podría endeudarse en esa cifra, obteniendo recursos que podrían cambiar el destino de algunos ítems prioritarios de la agenda social.

Por otro lado es entendible que a fines de los 70, y ante la necesidad de validar el modelo que no sin dificultades se implementaba, aumentara la ansiedad por adoptar mecanismos que permitieran avanzar en la captación en inversiones masivas, y que validaran y mejoraran la imagen del país y de su gobierno en los mercados internacionales. La combinación de todo ello, aseguraba el crecimiento económico.

Pero la modalidad específica adoptada, (la técnica contable de depreciar aceleradamente, en vez de una rebaja tributaria general o la implementación de un impuesto al gasto) generó un problema que hoy resulta difícil de explicar a la ciudadanía: las empresas mineras no pagaron impuestos durante muchos años, teniendo utilidades operacionales.

Desgraciadamente, la sola existencia de dos opciones de depreciación, permite poner en tela de juicio a quien utilice la más favorable "en perjuicio del Estado". Para el futuro, sería conveniente contar con un modelo de depreciación único, que busque hacer coincidir las utilidades tributarias o legales, con las operacionales o reales. De esta forma, *siempre* cuando una empresa distribuya utilidades, la empresa pagará impuestos¹⁷.

Para el futuro, si se quisiera fomentar la inversión y hacer más competitivo nuestro país como destino de inversiones -tomando medidas para aumentar el valor presente de los flujos netos de caja de un proyecto determinado-, lo que se debiera hacer es bajar derechamente la tasa global de impuestos y tributos, en vez de utilizar complejos mecanismos que buscan el mismo efecto, pero que operan en forma "contable", es decir, en forma oculta y poco transparente. La depreciación acelerada en el caso minero, ha probado generar situaciones que no son bien percibidas.

Es rigurosamente cierto que la depreciación acelerada es un mecanismo disponible para todas las empresas del país. Sin embargo, su utilización es naturalmente más útil y notoria en actividades intensivas en el uso de capital, del mismo modo como es prácticamente irrelevante para empresas intensivas en uso de recursos humanos. Quizá ello contribuya a que Chile sea un país "de fábricas y no de cerebros", ya que los incentivos que tiene cualquier actividad altamente intensiva en capital humano son significativamente mejores a los que tiene una actividad profesional. Dicho en fácil: Giorgio Armani no tiene mayores incentivos para venirse a trabajar con su equipo de modistas a Chile (tasa tributaria de 45%). Pero si los tiene para instalar una fábrica (tasa tributaria de 35%, más invariabilidad tributaria y depreciación acelerada).

Un análisis más moderno de la situación actual y el tiempo transcurrido, nos debe llevar a pensar que de aquí en adelante un inversionista extranjero se debería acoger al marco institucional chileno, lo que no sólo es justo -igualdad de todos ante la ley- sino que contribuye a que esas empresas, así como quienes las conducen, tengan los incentivos correctos para participar en el destino político del país donde operan¹⁸.

b.- Incremento del monto de las Patentes Mineras: La patente minera es el cobro anual que debe pagar todo titular de una concesión minera, como condición para mantenerla dentro de su patrimonio¹⁹. Se calcula de acuerdo a la superficie

concedida y es imputable en caso de que efectivamente exista pago de impuesto a la renta proveniente de su explotación. Por ello, quien decide tener propiedad minera sin explotarla, asume el costo, estimulando tanto la circulación de la propiedad no trabajada, tanto como su explotación.

¿Cumple adecuadamente con este fin la patente actual? El Servicio Nacional de Geología y Minería informa que hoy existen cerca de 18.000.000²⁰ de hectáreas concedidas, con un impacto de recaudación cercano a los 30 millones de dólares²¹. De ellas, la cantidad que efectivamente se imputa cada año al impuesto a la renta, es ínfima, por lo que su aumento no tiene un efecto "neutro", como ha sostenido equivocadamente el Ministerio de Hacienda. Un ejemplo basta: de alrededor de 1.000 millones de pesos que actualmente paga Minera Escondida, sólo imputa 15²².

Aunque es necesario reconocer que un alza de patentes tendrá un efecto recaudatorio, es necesario considerar que este no será directamente proporcional al aumento de las patentes, ya que debiera liberar propiedad minera cautiva, disminuyendo la enorme cantidad de propiedad minera actualmente constituida, y que no es objeto de explotación.

La propuesta de aumentar las patentes mineras, despierta naturales resistencia, sobretodo en concesionarios alejados de la actividad extractiva. De hecho, existe mucha propiedad minera con fines "de reserva" o "inversión" (no de "explotación" ni de "exploración"), para quienes un aumento de patentes resultaría más o menos gravoso (hoy se paga 0,1 UTM anual por cada hectárea completa de explotación, (lo que equivale a \$3.217 pesos para el mes de Febrero del año 2007) y 1/50 de UTM por hectárea de exploración (lo que equivale a 643 pesos por hectárea para el mes de Febrero del año 2007)²³.

Obviamente, una patente alta desincentivaría este esquema, provocando como efecto que muchos concesionarios se vean incentivados a desprenderse de su propiedad periférica o secundaria, manteniendo sólo la de mayor valor o potencial.

Muchos propietarios mineros alegan de que la forma en que está pensada la patente no incorpora el elemento "intensidad de la explotación", pagando lo mismo quien extrae mucho que quien no extrae nada, o muy poco, situación que naturalmente se intensificaría con un aumento de su monto.

Ha sido frecuente oír críticas a quienes, sin ánimo de explotar, han solicitado y obtenido concesiones mineras, pagando patentes de bajo valor a través del tiempo, a la espera de un comprador o inversionista²⁴. Estos titulares, que se verían más afectados por el aumento de patentes, hablan de una "reforma agraria al revés", porque por el hecho de no encontrarse desarrollando actividades extractivas actualmente, no podrían pagar una patente más cara y se verían

obligados, en muchos casos, a desprenderse del activo²⁵.

Desgraciadamente, el debate de este punto está cruzado por factores políticos, donde nadie quiere perjudicar a los grupos con mayor poder efectivo: los pequeños y medianos propietarios, generalmente chilenos, insertados socialmente, educados y opinantes.

Pero acá es necesaria una aclaración: los pequeños mineros o "pirquineros", rara vez son propietarios del "punto" que trabajan, el que habitualmente pertenece a un mediano empresario o a un ciudadano que arrienda su derecho a extraer, cobrando un royalty que puede llegar al 20%. Todo ello constituye una contradicción insalvable, ya que una de las principales razones para desechar el royalty, ha sido el principio de "no discriminación" y de "igualdad de trato", lo que debería necesariamente redundar en normas parejas para todos.

Por diversas razones, creemos que en determinadas coyunturas puede ser conveniente que el Estado realice labores de fomento de la pequeña y mediana minería, pero para ello debe utilizar instituciones especializadas (ENAMI, CORFO, etc). En ningún caso debe asignarse esta función a la política tributaria²⁶.

Se podría sostener que por ser la patente una condición del amparo no puede tener fines recaudatorios, pero desde que consiste en un pago de beneficio fiscal, es evidente que ya lo tiene. Además, como reforma legal tiene algunas ventajas marginales: asegura un pago mínimo de impuestos para todas las empresas que por alguna razón no están pagando impuestos, reduciendo el impacto de la depreciación acelerada y desincentivando las explotaciones menos rentables²⁷. Permite aumentar el aporte de las mineras al país sin entrar a modificar el contenido de la llamada "propiedad del Estado sobre las minas", tema altamente complejo y desestabilizador. Asimismo, aleja el fantasma de una nueva forma de "tributo específico", o "impuesto adicional a la renta para ciertas empresas", hasta ahora ausente de nuestro sistema tributario, basado por el contrario, en la igualdad de trato y en la no discriminación.

Otro punto importante tiene que ver con el destino de las patentes mineras, ya que ellas van en un 50% directamente a la región (y el otro 50% a la municipalidad donde se encuentra la concesión)²⁸. Por ello, entre otros beneficios, el alza de las patentes mineras- que ya tienen un claro destino regional- facilitaría parcialmente la "democratización" de Codelco, desde el momento que buena parte de las municipalidades que administrarán este tributo, estarán en manos de representantes opositores al gobierno de turno. Además, creemos que estimularía a la empresa estatal a poner en el mercado buena parte de los extensos yacimientos que tiene en reserva y que no tiene posibilidades de explotar en el mediano plazo (ya sea por falta de recursos o porque por su tamaño sólo interesan a la pequeña o mediana minería).

Por último, creemos que hay un punto estratégico y político no menor. Por las particularidades propias del negocio minero, no es infrecuente que sus inversiones alcancen sólo de modo indirecto y marginal a las localidades que las cobijan, o al menos, que sus comunidades perciban que las insalvables diferencias tienen su origen en que realizan un "aporte insuficiente". De hecho, es común que entornos de faenas mineras de gran magnitud sean zonas de mucha pobreza, donde falaces consignas del tipo "los gringos ganan millones con nuestras riquezas y no comparten nada", penetran fácilmente.

Por ello, sería conveniente que una mayor parte de la tributación de esta industria, vaya a las localidades donde se encuentran sus faenas, que son, además, las que sufrirían una eventual pérdida económica por el agotamiento futuro del mineral²⁹.

El total de patentes pagadas hoy es del orden de los US\$ 30 millones por 17.000.000 de hectáreas concedidas³⁰. Sería razonable doblarlas, triplicarlas o cuadriplicarlas, con una recaudación adicional potencial³¹ de aprox. US\$ 60-90-120 millones. Creemos que ello hubiese sido una alternativa mucho más justa, eficaz y razonable que el aparatoso "royalty".

c- Transformación de las empresas mineras en Sociedades Anónimas: La posibilidad de transformar a las sociedades mineras en S A tiene dos aristas: una jurídica-tributaria y otra estratégica.

El primero de ellos, se ha enfocado en forma incorrecta y parece sobredimensionado, ya que adoptar una forma u otra de estructura societaria no debiera ser un factor relevante, si no fuera por el tratamiento desigual que la ley nacional da a las sociedades de capital y a las sociedades de personas³². Nuevamente, la solución correcta es corregir aquellas normas que hacen que no todas las empresas de Chile en forma igualitaria, independiente de su estructura³³.

El caso de las Sociedades Contractuales Mineras es más sencillo, ya que no existe ninguna razón para tener tipos societarios sectoriales³⁴. Ellas simplemente debieran derogarse³⁵.

Desgraciadamente, el público financiero nacional desconoce la realidad de la minería, lo que facilita la desinformación y la fabulación (grandes rentabilidades, endeudamientos excesivos, etc), fenómeno que fácilmente puede apreciarse tras un rápido vistazo de la prensa económica y la discusión pública acerca del Royalty. A mayor abundamiento, los ejecutivos a cargo de las empresas deben cumplir estatutos muy restrictivos en lo que dice relación a participación en actividades de la sociedad civil, donaciones, exhibición pública, etc.

Por ello, el componente estratégico de cambio a SA, ofrece un flanco más

interesante para contribuir a la solución de la crisis actual, sobretodo pensando en inversiones de larga duración, como son las mineras. Desgraciadamente, los accionistas de las empresas dueñas de las faenas chilenas viven fuera del país, están atomizados y tienen baja exposición pública, lo que los hace fácil presa de la demagogia, en todo sentido. Los financiamientos se gestionan en el exterior y el grueso de las acciones mineras relacionadas con proyectos chilenos se transan en bolsas extranjeras (donde si hay analistas expertos en minería). Las empresas mineras chilenas son, en la práctica, "empresas sin rostro". Y siendo habitual que en las democracias de base amplia los gobernantes "escuchen la voz del pueblo", y siendo la opinión pública la voz universal que legitima mercados y acciones gubernamentales, mantener esta situación de "ausencia" es naturalmente un riesgo.

Creemos que si un porcentaje del capital de las empresas mineras fuese transado en la Bolsa nacional, existirían más interesados en defender la actividad minera y ya no serían un blanco tan fácil. Más aún, si se permitiera a las AFP y a los propios trabajadores de las empresas participar de su propiedad -y ellas clasificaran para ello obviamente- la minería contaría en Chile con aliados estratégicos de inestimable valor político, como hoy sucede, por ejemplo, en Perú, donde cerca de 1000 millones de dólares de los fondos de jubilación corresponden al sector minero³⁶.

Conviene recordar que en el año 1997-1998 el país observó una áspera polémica entre autoridades políticas y dirigentes mineros por la interpretación de una disposición contenida en el artículo 19 del DL 1349 de 1976, que obligaba a las empresas de la Gran Minería (más de 75.000 de producción de cobre fino) a transformarse en SA. Las empresas mineras rechazaron dicha interpretación, hasta que la Contraloría informó que la disposición aludida se encontraba tácitamente derogada, al declarar la Constitución Política la libertad de asociación, y permitir el Código de Minería (1983) las sociedades especiales sin restricciones de ningún tipo. A nivel político el tema fue zanjado por el propio gobierno, cuando, en febrero del año 98, el Ministro Brunner bajó el perfil al tema, calificando la propuesta del entonces Ministro Villarzú como "una propuesta académica"³⁷.

Hoy en día, existen muchos sectores económicos cuyas empresas están obligadas a constituirse como SA (bancos, AFP, concesionarias, etc.)³⁸ • Sin embargo, parece más prudente invitar a las empresas mineras a transformarse en SA y renunciar a los beneficios del 11 bis, en vez de obligarlas.

Finalmente, y dicho sea de paso, desde el año 1994 existe en el Congreso un proyecto de ley³⁹, presentado por el ejecutivo, que en cierta forma equipara Codelco a una S.A. Muchos han señalado públicamente que ello sería conveniente por muchos motivos, sobre todo para despejar las históricas dudas que han existido sobre la politización de su administración, así como sobre las repercusiones de ello en la eficiencia de la empresa, en sus relaciones con

proveedores y demás empresas mineras, en su relación con los entes fiscalizadores y los tribunales de justicia, entre otros. Además, permitiría traspasar su verdadero valor, evaluar la calidad de su administración, sus decisiones económicas, etc.

Si bien el tema de fondo en Codelco es la propiedad sobre la empresa (y todos los derechos que de ello se derivan, como gobierno (control), planes de desarrollo, reparto de utilidades, alianzas estratégicas, contratación de proveedores, etc), ello requiere una forma constitucional, que parece imposible de lograr en el mediano plazo. De momento, más allá de la titularidad nominal de los derechos de una empresa estatal tan relevante en la economía nacional, sería conveniente velar para que para todos los efectos prácticos su gobierno sea razonable, transparente, democrático, y su comportamiento estratégico respete se asimile en todo sentido al de una empresa privada (igualdad ante la ley).

d.- Aplicación y vigencia del DL 600 (1974): El Estatuto de la Inversión Extranjera tuvo su origen en una coyuntura histórica, y es, por lo mismo, excepcional e instrumental. En un momento de severa crisis social y económica y gran desconfianza hacia la institucionalidad del país, permitió ofrecer ciertas garantías elementales a los inversionistas externos, facilitando la atracción de los recursos necesarios para hacer crecer aceleradamente al país. Su estructura básica consistió en ofrecer, por medio de un "Contrato Ley" que sólo podía modificarse de mutuo acuerdo, un régimen de no discriminación e igualdad de trato⁴⁰. A ello sumó una tasa invariable de impuesto a la renta hasta por hasta 10 años, pero a cambio de una tasa tributaria considerablemente mayor al régimen común disponible para cualquier inversionista (49,5% frente a 35%). Como restricción, en los contratos se establecieron limitaciones a la relación deuda-capital que no existían para ningún otro inversionista.

Luego, en 1985, y ante las dificultades prácticas para conseguir financiamiento de inversiones de magnitud, se incorporó un artículo, el 11 bis, que facultó al Comité de Inversiones extranjeras para ampliar hasta por 20 años el plazo de invariabilidad para proyectos extractivos o industriales que invirtieran más de 50 millones de dólares, extendiendo la invariabilidad a las normas y circulares del SU sobre depreciación de activos, gastos de operación y puesta en marcha, pérdida de arrastre y contabilidad en moneda extranjera, básicamente.

Luego, en el año 1992, el Congreso por unanimidad rebajó la tasa de invariabilidad de un 49.5% a un 42%, ratificando tácitamente el resto del contenido del DL 600, que pasó a ser promovido activamente por las autoridades como una de las claves en el atractivo de Chile como receptor de inversiones foráneas.

Hoy, con un país situado en otro escenario político, los problemas del DL 600 derivan especialmente de dos frentes: Primero, el ser un régimen que establece

derechos especiales sólo para algunos ciudadanos (extranjeros o chilenos domiciliados en el extranjero). Y en segundo lugar, de que las cláusulas de invariabilidad legal y reglamentaria ha permitido, luego de la ley llamada "contra la elusión y evasión tributaria", que un grupo de empresas se rija por reglas distintas y más favorables al resto de los chilenos, lo cual es muy difícil de explicar a la opinión pública.

Si bien esta diferencia nace de un acto del legislador, completamente ajeno a la voluntad de las mineras involucradas, el efecto producido es exactamente el buscado por los contratos suscritos al amparo del DL 600, la mayoría de los cuales se suscribieron durante los gobiernos de la Concertación⁴¹.

El Estado no puede más que respetar los contratos ya suscritos (por el tiempo de vigencia que a cada cual le reste). Pero la realidad nos ha mostrado que este derecho ha sido percibido como un privilegio que genera molestias en amplios sectores de nuestra sociedad, abriendo un frente de críticas que afecta la estabilidad de la industria minera⁴².

Técnicamente el DL 600, sólo establece invariabilidad para el impuesto a la renta y no frente a todo tributo o carga pública. El royalty, en su ánimo, su historia y su naturaleza, es un "impuesto a la renta adicional", pero debió presentarse en forma de "tributo sui generis", luego de que las empresas anunciaran demandas internacionales, razonablemente fundadas, si se vulneraban los derechos contenidos en su respectivos "contratos leyes"⁴³.

El momento para la derogación de un estatuto especial para inversionistas extranjeros, es un tema de prudencia política, aunque resulta evidente que un país, alcanzado cierto grado de madurez y confianza institucional, no debiera necesitarlo⁴⁴. Sin embargo, es pertinente aclarar que basta con que nuestras autoridades decidan dejar de suscribir este tipo de contratos, dejando vigente la herramienta para cuando circunstancias excepcionales lo exijan.

V.- Conclusiones.

A pesar de que el sector minero ha hecho un gran aporte a la economía del país, fue "sancionado" con un impuesto adicional al impuesto a la renta, específico y selectivo, deteriorando el potencial general del país en minería y a la confianza general de la fortaleza institucional en general. Decir en qué medida ello afectará la inversión es relativo y depende de muchos factores dinámicos (oferta mundial de yacimientos, precio de los minerales, reglas del juego de otros países, entre otros), pero no se puede dudar que bajo esta perspectiva, disminuir la rentabilidad de las inversiones por vía tributaria es un paso atrás y no uno adelante en el atractivo para desarrollar minería en Chile.

La facilidad con que el "royalty" se insertó en nuestro esquema de desarrollo muestra una paradoja que sigue abierta: pese a su peso en la economía, a su potencial futuro y a la magnitud de los recursos en juego, la causa minera no tiene defensores políticos ni civiles de relevancia. ¿Cómo pudo el sector minero llegar a esta situación de vulnerabilidad y aislamiento, tan inusual en los sectores empresariales nacionales?

En general, podemos decir que por parte de la industria minera ha habido una inadecuada comprensión y manejo de los riesgos que encerraba la cultura nacional, así como de las situaciones y coyunturas que podían desencadenarlas: un error de cálculo sobre la existencia y relevancia del entorno donde se asentaban las nuevas inversiones en minería.

La bonanza de los precios internacionales y las altas tasas de tributación que ello ha significado nos ha permitido olvidar la situación de riesgo que enfrentó el sector minero, pero ella deberá ser abordada, o a lo menos considerada, so pena de exponer la institucionalidad del sector y su futuro potencial a sucesivos deterioros. De hecho, mucho de los factores culturales, históricos, legales y económicos que permitieron el florecimiento de todo el debate del royalty, siguen vigentes -aunque sólo latentes- hoy en día.

Por otro lado, más allá de la mala solución encarnada en el Royalty, creemos que a la hora de proponer avances en la "Tributación Minera", sería mejor pensar la "Tributación en General", si queremos extender el principio de igualdad ante la ley e impedir comenzar con la práctica de dar a cada sector un sistema tributario propio. Avanzar en la tributación minera no es otra cosa que avanzar en el perfeccionamiento y simplificación del modelo tributario general. Las críticas realizadas al esquema tributario de las empresas mineras pueden ser extrapolables a muchos otros sectores, pues tienen su causa en deficiencias del modelo tributario nacional y no en la conducta del grupo de empresas donde se ha puesto el foco.

Sin embargo, el "Royalty II", en vez de avanzar en simplificar y homogenizar nuestro sistema tributario, introduce nuevas distorsiones y otorga nuevos privilegios, generando diferencias que pueden ser mal apreciadas y comprendidas el día de mañana⁴⁵. Además, abre paso al establecimiento de impuestos sectoriales, especialmente para aquellos sectores que "puedan hacer un mayor aporte al país". Esperamos también que el gobierno resista la tentación de excluir a algunas empresas, focalizando los costos y perjuicios de este impuesto en el grupo correspondiente a la minería extranjera. La recaudación que este impuesto a permitido y su administración, deberán ser materia de otra investigación.

El aporte que la minería ha hecho al país es ya inmenso: inversiones, productividad, competitividad, encadenamientos productivos. Su talón de Aquiles dice relación con su incapacidad para labrarse un espacio en la vida civil, tanto en

las comunidades donde se ubican, como frente a la ciudadanía y a los principales actores de la vida política y económica del país, donde existe desconfianza y hostilidad hacia este sector. Ello explica en muy buena medida la facilidad con que este impuesto especial a la minería será aplicado.

Por otra parte, existen en la estructura técnica-tributaria nacional ciertos flancos que confundieron a la opinión pública y facilitaron la injusta campaña de desprestigio a la minería. Estas imperfecciones del sistema tributario pueden y deben ser corregidas. Pero la propuesta de recargar a un grupo de empresas con un impuesto adicional a la renta es una solución técnicamente incorrecta que dejará una serie de asuntos pendientes sobre el tapete público. En lugar del royalty, es posible tomar medidas que perfeccionarían nuestro sistema tributario, las que de paso contribuirán a disminuir desconfianzas y a darán una mayor solidez a la institucionalidad minera frente a la comunidad.

Finalmente, un punto importante: los intereses de las empresas mineras no siempre son plenamente concordantes con los de la sociedad donde ellas operan y se insertan. Y los intereses de los ejecutivos y voceros de las empresas tampoco tienen por qué coincidir ni con los accionistas ni con el interés general del país.

Por ello, y especialmente por su relevancia económica e institucional, el tema minero debiese ser motivo de atención de todo el país. A ningún ciudadano debiera dejar tranquilo un anuncio del Ministro de Minería diciendo "las empresas involucradas están tranquilas". La potencialidad futura de este sector, su relación con el país en general, y la definición institucional de ciertos principios cualitativos -igualdad de trato, equidad tributaria, no discriminación- son ejemplos de definiciones políticas, y por lo mismo, son asuntos que nos competen a todos.

Desgraciadamente, todo indica que perdimos una buena ocasión perfeccionar, simplificar y hacer más justo y equitativo nuestro modelo tributario general, solucionándose con ello los principales cuestionamientos hechos a la minería. Si bien el royalty significa un paso atrás y no hacia delante, nuestro país aún se encuentra entre los top 10 de la minería mundial (aunque debe considerarse que retroceder un espacio puede significar un costo de varios miles de millones de dólares)⁴⁶. Por ahora, los altos precios del cobre y la alegría que eso genera, permitirá disimular los efectos del royalty. Los efectos negativos, principalmente en la inversión, serán vistos cuando los precios caigan, como inevitablemente lo harán en el mediano plazo, y probablemente nos harán pensar que había mejores formas de financiar un incipiente pero atractivo plan nacional de investigación y desarrollo.

ANEXO

Dos cuestiones previas

a.- La propiedad del Estado sobre las minas.

Existen temas sobre los que la falta de claridad conceptual ha generado más de algún inconveniente. El principal de ellos ha sido la "propiedad del Estado sobre las minas"⁴⁷, o el significado exacto de la necesidad de "satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento" o "realizar la actividad necesaria". Todas estas frases, incorporadas en el inciso 7 del numeral 21 del artículo 19 de la Constitución, son lo suficientemente abiertas como para permitir numerosas lecturas y propuestas.

Basta comparar cualquier texto sobre Derecho Minero, es fácil apreciar que no existe uniformidad de criterios sobre la naturaleza y fin del amparo, sobre su contenido potencial, sobre sus limitaciones y exigencias, por señalar sólo algunos aspectos.

Por ello algunos, han dicho que el royalty sólo puede ser considerado como una obligación de amparo, distinto a las actuales patentes sólo en forma y monto, no aplicable a las concesiones ya otorgadas. Otros han dicho que a las concesiones ya existentes no podría fijárseles una nueva condición de amparo, distinta a las existentes al momento de otorgarse, por lo que sólo cabría modificar su monto (es decir, subir el precio de las patentes). Del lado contrario, se afirma que la patente de amparo no puede tener un fin recaudatorio, aunque desde el momento en que consiste en una obligación de dinero en beneficio fiscal, ya lo tiene. Asimismo, se sostiene que el régimen de amparo no podría desfomentar la actividad minera, y una patente alta en cierta forma lo hace (aunque ello se neutraliza parcialmente por la posibilidad de imputarla como crédito contra el impuesto de primera categoría en el caso de que haya pago en el mismo año calendario).

Ante la ausencia de un estudio sistemático y general sobre el punto, y ante la evidencia de que en el corto plazo no será fácil llegar a un consenso, es preferible zanjar la cuestión recurriendo a criterios prácticos y prudenciales, dejando de lado las argumentaciones sobre constitucionalidad, sostenidas por tantos autores en tantos sentidos.

Al final del día, la constitucionalidad o no de cualquier propuesta normativa, dependerá del juicio de mayoría de quienes integren el Tribunal Constitucional, y las que dependerán a su vez de sus convicciones políticas personales. A mayor abundamiento, bajo la normativa vigente sólo los parlamentarios pueden recurrir para el "control de constitucional". Y como es muy probable que el proyecto de Royalty sea aprobado en forma casi unánime, también es esperable que no existiendo los votos necesarios para hacer el requerimiento. Ello vuelve más inofiosa la discusión sobre este punto.

Asumiendo una lógica más pragmática y prudencial, como recién sugerimos, cabe hacer una precisión importante: decir que el "royalty" significa un cambio en las

reglas del juego no significa rechazar cualquier modificación legal -todas las leyes son precisamente un "cambio en las reglas del juego"- sino un rechazo a una modificación legal que por su magnitud y naturaleza, podría configurar un cambio tal, que de haberse conocido previamente, hubiere significado que muchas inversiones no se hubiesen realizado.

La primera propuesta de royalty (llamado "Royalty 1", rechazado por el Congreso), era de ese tipo, pues declaraba el dominio patrimonial del Estado sobre las minas, aún cuando durante más de 20 años, gobiernos de todas las tendencias habían invitado a invertir en Chile (35% de la inversión extranjera materializada en Chile corresponde al sector minero), bajo el entendido que las empresas son titular de sus concesiones en forma indefinida teniendo el Estado sólo un dominio registral, tutelar y limitado. Así fue entendido en la Ley Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras, aprobada por unanimidad por el Tribunal Constitucional el año 1981⁴⁸.

El criterio de la "confianza legítima" o "seguridad básica" en las relaciones entre el Estado y los particulares, no es otra cosa que la incorporación del principio de buena fe al ámbito público. Y nos permite asumir razonablemente que donde una autoridad crea un derecho diciendo A, no lo conculcará al día siguiente diciendo Z.

b.- No renovabilidad del recurso minero.

El punto central para determinar la conveniencia de un impuesto adicional a la minería, dice relación con la capacidad de nuestro país para abastecer al mundo de minerales. Si los yacimientos sólo estuviesen en Chile, asegurándonos una oferta quasi monopólica, los efectos del royalty serían menores, aun cuando aumentara los costos y/o disminuyera la rentabilidad del sector, pues sería necesario seguir invirtiendo para extraer y poner en el mercado tanto cobre como fuese necesario (aumentaría sin embargo el riesgo de la sustitución).

Asimismo, si los minerales fueran limitados, y se encontraran en forma de "bolsones", el impacto del royalty sería diferente, pues las reservas de minerales económicamente rentables de un país no cambiarían sustancialmente según los costos de extracción.

Sin embargo, las reservas utilizables de un país son relativas y tienen, como stock, una conducta dinámica. La "ley de corte de mineral" (aquellos que nos dice qué parte del mineral es estéril y cuál constituye un recurso económico aprovechable) resulta de combinar los costos de extracción con el precio del mineral, lo que la hace muy sensible a cualquier cambio en cualquiera de ellas. Un aumento de costos, por ejemplo, podría hacer "desaparecer" -económicamente hablando- grandes yacimientos que con expectativas levemente mejores pudieron ser aprovechados⁴⁹.

Además existe un riesgo no menor de que los recursos mineros sean menos valiosos en el futuro que en la actualidad, ya que la misma innovación tecnológica, el reciclaje y la aparición de sustitutos son algunas de las fuerzas que pueden causar tal fenómeno. Frente a tal posibilidad, postergar la explotación de los recursos es irresponsable⁵⁰. De hecho, la mayor pérdida de riqueza no proviene de un eventual agotamiento futuro de los yacimientos, sino de la imposibilidad artificial de aprovechar los actuales y potenciales recursos⁵¹.

La evidencia en este punto es muy elocuente, y su comprensión resulta determinante para fijar una opinión sobre la conveniencia de un impuesto adicional a la minería. De hecho, nuestra realidad ha mostrado que el "recurso minero" se comporta como "renovable" en forma directamente proporcional a su tasa de explotación.

Para facilitar la comprensión sobre este punto, citaremos a Gustavo Lagos, Director del Centro de Minería de la PUC, en el recientemente publicado *¿Minería para siempre?* (Pág. 18-19). "Los dos principales informes sobre el futuro de los recursos no renovables elaborados en el siglo XX, el informe «Paley» del Gobierno de los Estados Unidos, de 1952 y el informe del Club de Roma, de 1972, auguraban el gradual agotamiento de varios recursos metálicos -entre ellos el cobre- ya en el siglo XX y los de combustibles fósiles, por cierto, en el XXI. Como sabemos en la actualidad, ambos informes estaban dramáticamente equivocados.

Otro de los desarrollos teóricos sobre la escasez en el siglo XX fue el realizado por el economista Harold Hotelling en 1931, quien formuló la teoría sobre la renta de escasez, también conocida como la renta de Hotelling. Esta renta es la que diferencia a los recursos renovables de aquellos que no lo son y la que motiva un royalty selectivo a la minería en muchos países. En breves palabras, "una mina deberá considerar, además de sus costos de producción, los costos de oportunidad asociados al hecho de producir una unidad más del producto durante un determinado periodo. Estos costos de oportunidad se producen debido a que las reservas que se están explotando en la actualidad no estarán disponibles mañana". El teorema de Hotelling supone, sin embargo, que las reservas no aumentarán en el futuro, cuestión que está lejos de la realidad. Es más, la mayor parte de los economistas coinciden en que la renta de Hotelling o de escasez para los metales, entre ellos el cobre, es pequeña o nula.

También respecto a la escasez, John Tilton nos recuerda que si se considera todo el cobre que existe en la corteza terrestre, éste alcanzaría -al actual nivel de consumo- para 120 millones de años más. Claro que esto es muy superior a las reservas económicamente explotables que se conocen en el mundo y que sólo alcanzarían para cerca de 20 años. Este número -que pudiera parecer preocupante a primera vista- ha sido históricamente de este orden. La razón es sencilla. No existe lógica económica para que las empresas aumenten sus reservas, por ejemplo, a 30 ó 40 años de reservas, ya que ello significaría invertir más en

exploración y en tecnologías "ahora " en vez de en el futuro, sin lograr con ello mayores utilidades "hoy". De aquí que los años de vida de las reservas económicas sean usualmente un mal indicador de escasez.

El mejor indicador de escasez o abundancia del cobre parece ser el precio. Desde 1970 el precio de este metal ha venido declinando sistemáticamente, lo que es una muestra de mayor abundancia. Y esto tiene todas las apariencias de continuar en el futuro próximo. De hecho, la predicción del precio del cobre del Gobierno de Chile para los próximos 10 años es inferior a 90 centavos por libra.

El crecimiento de ésta se redujo desde un 4.5% anual en el siglo XIX, a 3.5% anual en el siglo XX. Un estudio con varios escenarios para el siglo XXI muestra que el aumento de la demanda de cobre no superará el 2%> anual, lo que, sumado a un aumento significativo del reciclaje, genera escenarios para la segunda mitad del siglo en que la probabilidad de que exista escasez de demanda por cobre de mina es considerablemente mayor que la probabilidad de que exista escasez de oferta del metal. En otras palabras, la mayor parte de la demanda sería cubierta por cobre reciclado.

Bibliografía

- Claudio Agostini: Diario La Segunda, 13 de Abril del 2004.
- Hernán Büchi, en un artículo titulado "Tributación de las sociedades mineras", el mercurio, 4 de enero 1998.
- Cochilco Anuario Estadístico del Cobre y Otros Minerales. 2005.
- Francisco Cumplido y Juan José Romero; "Límites Constitucionales a la intervención del Estado a través del establecimiento de una regalía minera" en Revista de Derecho Administrativo Económico N° 13 (2004) pág. 41-64
- José Francisco García y Francisco J. Leturia: "Justicia Civil: Diagnóstico, evidencia empírica y lineamientos para una reforma". Revista Chilena de Derecho vol. 33 N° 2.
- Sergio Gómez Nuñez, "Manual de Derecho de Minería", Santiago, 1991, Editorial Jurídica de Chile.
- Joel González Castillo, Joel, "Las empresas mineras y la buena fe contractual", en Estudios Públicos N° 95.
- Gustavo Lagos, prólogo al primer ejemplar de la Revista de Economía de Minerales "Minería para siempre", año 2004.

- Samuel Lira Ovalle, "Curso de Derecho de Minería", Santiago, 1994, Editorial Jurídica de Chile.
- Francisco J. Leturia I. y Alvaro Merino L. "Tributación y Minería en Chile: Antecedentes para un debate informado" Revista Estudios Públicos N° 95.
- Alberto Naudon y otros. Informe en Derecho encargado por el Ministerio de Minería.
- Juan Luis Ossa B. Derecho de Minería, Editorial Jurídica de Chile, año 1999.
- José Pinera E. "Fundamentos de la Ley Constitucional Minera", edición de la Sociedad Nacional de Minería (2003).
- Sernageomin. Anuario de la Minería de Chile. 2006.
- Alejandro Silva Bascuñán; Informe en Derecho encargado por la Sociedad Nacional de Minería.
- Julio Vildósola Fuenzalida "El dominio minero y el sistema concesional en América latina y el caribe". Venezuela, Editorial Latina, 1997.

Artículo recibido el 14 de octubre de 2006 y aceptado el 25 de noviembre de 2006.

¹ Este artículo complementa el publicado en la Revista Estudios Públicos N° 95, titulado "Tributación y Minería en Chile: Antecedentes para un debate informado" y cuyos autores son Francisco J. Leturia I. y Alvaro Merino L.

² Abreviaturas utilizadas:

SERNAGEOMIN: Servicio Nacional de Geología y Minería.

COCHILCO: Comisión Chilena del Cobre.

SONAMI: Sociedad Nacional de Minería.

UTM Unidad Tributaria Mensual.

ENAMI: Empresa Nacional de Minería.

CORFO: Corporación de Fomento de la Producción.

CODELCO: Corporación del Cobre.

LOC: Ley Orgánica Constitucional.

TLC: Tratado de Libre Comercio.

³ Fuente: Sonami, Memoria Anual de Cochilco, informaciones de prensa.

⁴ Aunque no es la materia de este trabajo, creemos conveniente hacer una somera distinción entre una serie de conceptos que dicen relación con la transferencia obligatoria de recursos de manos de particulares a manos del Estado. Si bien desde una perspectiva económica, todos ellos pueden ser calificados como "impuestos", desde el lenguaje jurídico son objeto de distintos tratamientos. Así, por ejemplo, y más allá de las múltiples discusiones y posturas que al respecto puedan darse, generalmente se entiende que *Tributo* corresponde a un concepto genérico y omnicomprensivo (toda exacción legal impuesta por la ley a los particulares en beneficio del Estado) y que no necesariamente supone su causa en una contraprestación, sino simplemente en el poder del Estado. *Tasa*, *royalty*, *canon*, *impuesto*, no serían más que especies de tributos. *Tasa, por ejemplo*, es lo que se paga al Estado (o un organismo público) por un servicio prestado (la tasa que se paga en el procedimiento constitutivo de la propiedad minera, por ejemplo, cumple el propósito de solventar los costos del procedimiento constitutivo). *Royalty* es una expresión de origen inglesa, que tiene relación con un tributo, diezmo o regalía que debía pagarse al rey - o más antiguamente al señor feudal- por las cosechas, pescas, cañas o cualquier otra actividad realizada.

La patente (minera), es un pago realizado al Estado por el otorgamiento de una concesión (minera). *Impuesto* es un pago realizado al Estado para contribuir a sus gastos generales, fijado según diferentes criterios (patrimonio, valor agregado, rentas, etc). El *Impuesto a la Renta* es el que se devenga cada vez que se genera una renta, de acuerdo a la definición de renta que da la propia ley (por lo mismo, cuando según la ley no hay renta -aunque existan excedentes operacionales- no corresponde el pago de impuestos, como sucedió tantas veces en el sector minero. Por esta razón, se ha llamado al royalty "impuesto especial a la renta operacional de las industrias mineras"). A modo ilustrativo, y por todos, ver información al respecto recopilada en "Límites Constitucionales a la intervención del Estado a través del establecimiento de una regalía minera" Cumplido, Francisco y Romero, Juan José, en Revista de Derecho Administrativo Económico N° 13 (2004) pág. 41-64.

⁵ Ver cualquier discurso del Ministro de Minería de la época, don Alfonso Dulanto, así como las actas del proyecto conocido como "royalty I" o también "royalty II".

⁶ Fuente: Sonami e informaciones de prensa.

⁷ Como lo ha demostrado, por ejemplo, el ranking de atractivo para la inversión minera mundial, donde hasta hace pocos años Chile ocupaba el primer lugar. El año que se comenzó a plantear la problemática, bajó al 2º lugar. El año en que fue aprobado el proyecto, bajó al 14º lugar. Actualmente, ha vuelto a estar en el 4º lugar.

⁸ Leturia y Merino, Ob Cit.

⁹ No se conoce aún un trabajo histórico serio que de cuenta de este proceso. Un acercamiento interesante se encuentra en "Fundamentos de la Ley Constitucional Minera", José Pinera E., edición de la Sociedad Nacional de Minería (2003). La precipitación con que fueron modificados los incisos relativos a la propiedad minera, puede apreciarse en las inconsistencias entre el articulado principal y el transitorio, que no es posible desarrollar acá. Para una mejor comprensión de efectos y desarrollo, ver, por ejemplo "Tamaya con Atocha", fallo dividido de la Corte Suprema del 31 de Mayo de 1995, recaída en un recurso de inaplicabilidad (también en Ossa Bulnes, Juan Luis, Derecho de Minería, Editorial Jurídica de Chile, año 1999, pág. 491 y ss).

¹⁰ Ver "Fundamentos de la Ley Constitucional Minera", José Pinera E., edición de la Sociedad Nacional de Minería (2003).

¹¹ Abundante información en prensa escrita de la época.

¹² Abundante información en prensa escrita de la época.

¹³ Ver, por ejemplo González Castillo, Joel, "Las empresas mineras y la buena fe contractual", en Estudios Públicos N°95

¹⁴ Ver Leturia y Merino, ob cit.

¹⁵ Dos comentarios sobre el carácter sectorial del Royalty: Primero, que pasó a ser "semi sectorial", desde el momento en que se da un tratamiento diferente a la minería no metálica y a la llamada "pequeña y mediana minería", lo que significaría una discriminación especial y arbitraria. Cabe tener presente que esta exclusión ya ocurrió en el proceso de expropiación de la gran minería, en el año 1971. En segundo lugar, para Codelco el Royalty es indiferente pues puede aportar al fisco sus excedentes vía utilidades o vía tributos. Por ello, cualquier aumento de costos vía royalty, tiene un efecto neutro para esta empresa, podría constituir, en la práctica, un factor de competencia desleal para el resto de la industria, (mejores condiciones para desarrollar el mismo proyecto)

¹⁶ A modo de ejemplo, resulta muy elocuente ver lo señalado por el ex Ministro de Hacienda, Hernán Büchi, en un artículo titulado "Tributación de las sociedades mineras", El Mercurio, 4 de enero 1998, "... *En términos simples, la mejor manera de lograr el objetivo anterior (disminuir el riesgo de la inversión) es que si alguien invierte 100 pesos en un negocio en el país, tenga derecho a retirar esos 100 pesos sin pagar impuestos por ello, como mínima condición para arriesgar una cantidad importante de dinero. Ahora bien, si el negocio genera utilidades más allá de los 100 pesos, éstas serán gravadas con el impuesto a la renta. Idealmente, bajo este concepto, el inversionista debiera poder retirar todo su aporte libre de tributación antes de pagar impuesto alguno a las utilidades. Esto, porque lo que hoy día aparece como capital en un negocio de cobre, o en cualquier otra actividad*

minera, el día de mañana puede esfumarse producto de una baja en el precio o cualquier otra consecuencia o riesgo inherente a esta actividad empresarial. Esto puede significar que pagar impuestos por "utilidades" generadas un año determinado puede transformarse en una ilusión. Lo anterior es cierto en cualquier área de negocios, pero especialmente pertinente para el caso de la minería, por su carácter aleatorio. Por otro lado, respecto a las utilidades mismas, no hay manera más segura de saber que ellas existen que gravárlas en el momento que el empresario las retira. Esto nos lleva al concepto del pago de impuesto en el momento del retiro, lo que afortunadamente coincide con la idea del impuesto al gasto en vez del impuesto a la renta, que, según la teoría es más eficaz para lograr un impulso adicional en el ahorro y en la inversión. La forma de lograr traducir los conceptos anteriores en normas tributarias aplicables no es trivial. La legislación dictada en los años ochenta lo intentó, modificando el sistema vigente y aproximándolo al concepto de impuesto al gasto. Parte de esta reforma consistió en que los impuestos se pagaran en el momento efectivo del retiro y no al devengarse las utilidades. No se incluyó la idea de que lo primero que se retira es el capital, por razones de control tributario y por problemas propios de una transición entre sistemas. Por el contrario, la regla vigente es que se retiran primero las utilidades, lo que obliga a tener una serie de regulaciones contables que por definición son arbitrarias. Sin embargo, como una manera de moderar los efectos del criterio anterior, y no en forma inadvertida sino deliberada, se mantuvo la norma sobre la depreciación acelerada, lo que permite separar decisiones pasadas de inversiones nuevas. Por esta vía se hace posible que las personas retiren en la práctica primero el monto que arriesgaron, sin pagar impuestos, porque es el capital que les perteneció siempre, ya que contablemente existirán pérdidas tributarias. La reforma tributaria de la administración Aylwin modificó los cambios de los ochenta, pero no alteró la esencia del sistema.

Si por la aplicación de la ley resultara que una forma de sociedad (la de personas) puede retirar capitales cuando existen pérdidas tributarias sin pagar impuestos, lo que parece de toda lógica es que si otra forma de sociedad (la anónima) no puede hacerlo, lo que corresponde es que se modifique el criterio vigente en el sentido de facilitar este retiro sin tributar a todo tipo de sociedades, y no ala inversa, que es intentar que las sociedades mineras e constituyan como sociedad anónimas para lograr un mayor pago de impuestos. En realidad, este intento sólo constituiría una traba burocrática, ya que la sociedad anónima podría, vía disminución de capital, lograr un efecto similar en la sociedad de personas... "

¹⁷ De hecho, ello ya se hizo en gran medida al limitar los efectos de la depreciación acelerada sólo a la empresa y no a los socios. Sin embargo, ello no afecta a las empresas acogidas a DL 600 con cláusulas de invariabilidad tributaria del Ubis.

¹⁸ Así, por ejemplo, en la discusión sobre los proyectos de ley sobre evasión y elusión tributaria, las empresas mineras acogidas al DL 600, no tuvieron los mismos incentivos para participar que sus pares nacionales, ya que dicha

normativa no los afectaba.

¹⁹ Ver Artículo 142 y siguientes del Código de Minería. Además, a modo de ejemplo o complemento, Ossa Bulnes, Juan Luis, Derecho de Minería, Editorial Jurídica de Chile, año 1999.

²⁰ De ellas, 9.912.800 hectáreas corresponden a concesiones de exploración y 8.271.581 corresponden a concesiones de explotación (Anuario de la Minería de Chile 2005, Servicio Nacional de Geología y Minería e Instituto Nacional de Estadísticas). Ello constituye cerca de un 24% de la superficie del país.

²¹ El monto potencial nunca será idéntico al monto recaudado, en parte por existir patentes especiales (minería no metálica y de pequeños mineros), así como porque la patente adeudada no es exigible al titular. De hecho, de no ser pagada, genera como principal efecto el "desamparo" de la concesión (pero no acciones de cobro de lo adeudado contra el titular). (Ver nota 30)

²² Economía y Sociedad en Internet, Junio del 2004.

²³ La patente debe pagarse en forma anticipada en marzo de cada año (aunque este no constituye un plazo fatal).

²⁴ Hoy en día, la gran limitación para constituir propiedad minera está en su tramitación, que obliga a gastos de abogados y peritos, al pago de tasas, y toma algún tiempo. El actual estado del mundo aconsejaría adoptar mecanismos de constitución y registro más expeditos, como por ejemplo el sistema de cuadrículas por solicitud y registro electrónico (acompañados de un pago de patente que efectivamente trasunte el interés de mantenerlas en el patrimonio a un costo elevado si no hay un ánimo o posibilidad de explotarlas). De paso, ello permitiría descomprimir el sistema de Justicia Civil, donde los asuntos de constitución de propiedad minera constituyen en la actualidad cerca del 7% del trabajo a nivel nacional (Ver García, José Francisco y Leturia, Francisco J.: "Justicia Civil: Diagnóstico, evidencia empírica y lineamientos para una reforma". Revista Chilena de Derecho vol. 33 N° 2). Asimismo, se debiera elevar el monto de la tasa (cobro relacionado con la tramitación de la solicitud) y convertirlo en un requisito previo a la aceptación de la solicitud de constitución, lo que desincentivaría la ya frecuente práctica de constitución minera en loteos industriales, residenciales, parques privados (canchas de Golf, Parque Pumalin), hechos generalmente con propósitos indeseados.

²⁵ En este punto es importante consignar que si bien es cierto que en muchos casos lo único realizado para "hacerse" de extensos paños de propiedad minera han sido los trámites que exige la ley y el pago de una patente anual baja, también es cierto que no son pocos los casos donde se ha pagado un alto precio por esta propiedad, muchas veces al Estado. También recordar que la patente

minera sólo puede imputarse a impuesto a la renta en el caso que en el mismo año calendario se hayan generado utilidades que obliguen al pago de impuesto a la renta.

26 En el mismo sentido, Claudio Agostini, Ex Vicepresidente Ejecutivo de ENAMI, señalaba que " ...En mi opinión excluir a la pequeña y mediana minería es una inconsistencia con la idea que está detrás del royalty. Recordemos, que tanto el gobierno como los parlamentarios a favor del royalty consideran que este es un pago por extraer recursos naturales no renovables que constituyen la riqueza de un país. Como todos sabemos, los pequeños y medianos mineros explotan un recurso natural no renovable y, por lo tanto, si se es consecuente con la argumentación deberían pagar un royalty por ello.

Lo que pasa, dirán algunos, es que los pequeños y medianos mineros son pobres y por esa razón deben estar exentos. Lo primero que hay que señalar respecto a ese argumento, es que ninguno de los medianos mineros es pobre y la mayoría de los pequeños mineros que le venden a la Enami solo arriendan minas a propietarios que tampoco son pobres. Lo segundo que se debe considerar, es que no se pueden usar todos y cada uno de los impuestos de un país para redistribuir ingresos. La teoría económica nos muestra dos caminos óptimos y complementarios mediante los cuales redistribuir: impuestos directos al ingreso y gasto social focalizado. Todo lo demás genera distorsiones innecesarias.

No tiene sentido entonces, implementar un royalty que permita simultáneamente lograr varios objetivos, uno de los cuales es redistribuir el ingreso. Al respecto, vale la pena recordar al economista holandés Jean Tinbergen, quién por los años 20s planteó con una implacable lógica matemática que no podemos usar un mismo instrumento para más de un objetivo. Algo tan básico y obvio para unos, y tan prontamente olvidado por muchos. Soy de los que no está de acuerdo con que se establezca un royalty a la minería, me parece un mal instrumento para los objetivos buscados, pero dado que existe consenso entre el gobierno y el parlamento para establecer un royalty, este debiera instaurarse para todas las empresas mineras, grandes, medianas y pequeñas ". Diario La Segunda, 13 de Abril del 2004.

27 Además, las patentes no son imputables a utilidades futuras. Cabe destacar que sólo se pueden descontar de impuestos a la renta las patentes pagadas por las hectáreas efectivamente explotadas (p. ej. Escondida paga aprox. \$1000 millones en patentes, y descuenta solo \$15 millones, siendo el resto recaudación fiscal neta).

28 La Ley de Rentas Municipales II, que entró en vigencia el 1 de Enero de 2006, modificó la ley 19.143. Ella regulaba la distribución de las patentes mineras, asignando un 70% a la respectiva región y un 30% a la municipalidad.

²⁹ Nuestra Constitución prohíbe los impuestos con fines específicos. Por ello, el primer proyecto del Gobierno estableció un royalty y paralelamente, en una disposición que pudo haber sido objeto de otro proyecto de ley creó un fondo de innovación tecnológica, que sería financiado en forma absolutamente independiente y separada desde el Presupuesto Nacional.

Pero hay al menos una buena manera de solucionar este escollo: ampliar los márgenes para donaciones con fines educacionales, permitiendo su descuento parcial de los impuestos que por ley corresponda pagar a cada empresa. De hecho, aunque el royalty prosperase, sería posible facultar a las propias empresas mineras a decidir el mejor uso de estos recursos, permitiéndoles, por ejemplo, imputar al impuesto a la renta parte importante de las donaciones con fines educacionales que en adelante realicen.

Esta idea, no solo beneficiará a la educación en las zonas mineras, sino que permitirá a las empresas vincular su nombre, su gestión y su existencia, con el mejoramiento de las condiciones de vida de la comunidad que la cobija, contribuyendo así a la tarea de revertir la negativa percepción que la opinión pública tiene del sector. Incluso más, el énfasis en los programas de enseñanza de "inglés", vinculado a empresas extranjeras, podría modificar la hostilidad a las empresas mineras, por el sólo hecho de ser "gringas".

De esta manera, la minería podría invertir en su propia imagen y permitiría dar un paso adelante en un tema históricamente pendiente en nuestra agenda de políticas públicas. Curiosamente, de esta forma se cumpliría con el objetivo principal tenido en consideración para fomentar el desarrollo acelerado de la minería: convertir el subsuelo en desarrollo humano.

³⁰ Una razón final para justificar el alza de las patentes mineras es que basta una suma relativamente menor para excluir y bloquear amplias zonas con potencial minero. Por ejemplo, para "reservar" todas las minas de Chile -que hoy producen cerca del 35% del cobre mundial- bastaría con tener cerca de 40 millones de dólares, menos de un 1% de los excedentes de Codelco. Si bien el ejemplo es extremo y radical, refleja una realidad visible a menor escala.

³¹ Recordemos que la patente minera no genera un crédito que el Estado pueda hacer exigible en el patrimonio del titular. El principal efecto del no pago de la patente es el "desamparo", que da lugar a un procedimiento que, básicamente, puede terminar en el remate de la concesión o en la declaración de terreno franco, en el caso que no haya adjudicatario (postores) o que el titular no pague la patente duplicada. Por ello, no es posible adelantar con exactitud cuánto se recaudará por este concepto cada año. (ver nota 20)

³² Artículo 3 Código Tributario.

³³ En la actualidad, la principal diferencia dice relación con la posibilidad de repartir dividendos (hacer retiros de utilidades en una sociedad de personas), sin pagar impuestos, para el caso en que hayan utilidades financieras y pérdidas tributarias. Las Sociedades Anónimas, siempre que reparten dividendos a sus accionistas pagan impuestos. Hay también otras diferencias menores que dicen relación con el régimen de reinversión de utilidades en empresas relacionadas, tratamiento de gastos rechazados, etc. Cabe destacar que esta diferencia también ha sido sobrevalorada, porque son pocas las empresas mineras que han hecho ejercicio de este derecho, (gastos rechazados de administración, etc.)

Además, la llamada "ley de evasión y elusión tributaria" redujo drásticamente la posibilidad de esta diferencia, al establecer que la depreciación acelerada no podría beneficiar al reparto de utilidades a los socios (reduciendo los casos en que se produce diferencia entre utilidades tributarias y utilidades financieras). Sin embargo, a las empresas mineras con Contratos de Inversión Extranjera suscritos al amparo del DL 600 (Ubis), esta reforma les resulta transitoriamente inoponible (por el tiempo que les resta a sus respectivos contratos). Otro punto que se ha hecho ver es que por disposiciones regulatorias de otros países, algunas empresas mineras chilenas podrían tener problemas de doble tributación en caso de transformarse en Sociedades Anónimas. Si ello es efectivo, resulta evidente que debe buscarse la forma de sortear esa dificultad.

³⁴ ¿Se justificarían también acaso las sociedades forestales, aeronáuticas, radiales, etc?

³⁵ Si bien la existencia de las sociedades mineras obedece principalmente a razones históricas, y son en la actualidad poco utilizadas en la Gran Minería, su particular estructura permite gozar de algunos de los beneficios de las Sociedades Anónimas (participación dividida en acciones fácilmente transferibles y gravables, etc) pero siendo catalogadas como sociedad de personas.

³⁶ Esta cifra debe considerarse como meramente ilustrativa de magnitud, debido a que tanto los precios de las acciones de las compañías mineras, como el porcentaje de inversión en ellas y el mismo precio del dólar son altamente volátiles.

³⁷ Ver diarios de la época.

³⁸ De hecho, ella fue la única propuesta minera del programa de gobierno de Lagos, por lo que el tema pudo y debió haber estado sobre el tapete, idealmente en vez del Royalty-. ¿Qué paso? Conjeturando, podemos sostener que el royalty es más pomoso y tiene mayores efectos comunicacionales, a la vez que permitía al gobierno cohesionarse frente a una época pre electoral, sacando "al pizarrón" a la oposición en un tema muy complejo y sensible. Además, permitió a las autoridades desviar todas las presiones de aumentar gasto fiscal, con un costo

macro relativamente "menor".

³⁹ Boletín 1204-08

⁴⁰ También garantizado por la Constitución a partir de marzo de 1981.

⁴¹ Incluso hay contratos suscritos por las actuales autoridades, meses antes de la ley de evasión y elusión, y que dan a dichas empresas el derecho de regirse por la ley antigua por casi dos décadas más. Dicho en otras palabras, el problema político se muestra en forma evidente. ¿Cómo explica el ministro Eyzaguirre a la opinión pública, que pocos meses antes de la ley de evasión y elusión tributaria, concedió a una empresa minera, por la vía de un contrato ley suscrito al amparo del DL 600, derechos especiales por 20 años, que no le son extensivos a ningún otro chileno, y que le permitirían -en caso de que esta minera quisiera ejercer el derecho- utilizar una legislación tributaria más favorable pero derogada, por casi 20 años? Evidentemente, ello es difícil de explicar a la ciudadanía.

⁴² Acá hay un punto complejo y que de alguna manera deberá ser abordado. En este sentido, la propuesta presentada por Joaquín Lavín como alternativa al Royalty, primero plantea una solución razonable y creativa, invitando a las empresas a "renunciar" a los derechos conferidos por el 11 bis, pudiendo optar por un "seguro voluntario de invariabilidad tributaria" cuyo costo es 3% de las utilidades de la empresa. Este seguro vendría a cubrir un espacio existente en la situación actual, por el cual las empresas, terminados su ciclos de depreciación acelerada, es decir, cuando llegaba el momento de pagar impuestos, tenían un alto incentivo para renunciar a los derechos de invariabilidad y acogerse al régimen normal de 35%. El "seguro de Lavín" permite una situación intermedia, donde la empresa puede elevar de 35 a 38% su tasa de impuestos, disminuyendo así la brecha entre chilenos y extranjeros (hoy 35% v/s 42%) y permitiendo a los inversionistas adquirir ciertas garantías a un precio razonable. Si ello se adopta, el atractivo de nuestro país para la inversión se vera probablemente incrementado, sobretodo si ello se extendiera a cualquier inversionista y no sólo a "extranjeros". Además, ello permite solucionar un defecto del DL 600 que justamente tuvo relevancia para la campaña del royalty.

⁴³ De todas maneras, estas acciones sólo podrán ser ejercidas por las empresas perjudicadas, posteriormente a la imposición del royalty, y sólo en cuanto a la defensa de sus propios intereses.

⁴⁴ Sobretodo, cuando toda la tendencia de integración económica mundial a la que Chile ha adscrito busca profundizar la igualdad de trato entre chilenos y extranjeros (TLC, etc).

⁴⁵ Como sucedió con Minera Escondida a pocos meses de aprobarse el royalty. Ver abundante información en prensa nacional.

⁴⁶ A la fecha de entrega de este trabajo (7 de marzo del 2007) se informaba que en el último informe de competitividad minera elaborado por el Fraser Institute de Canadá, Chile descendía al lugar 24 (pero esta impresionante caída debe estudiarse más detenidamente, porque contribuyen a ella multiplicidad de factores).

⁴⁷ Al respecto, por ejemplo ver opiniones de Samuel Lira., Juan Luis Ossa, Arturo Marín, José Pinera, Alejandro Silva, Alejandro Vergara, Francisco Cumplido, Armando Uribe, Juan José Romero y Alberto Naudon, entre otros. Cabe hacer presente que el trabajo de don Julio Vildósola Fuenzalida, titulado "El dominio minero y el sistema concesional en América latina y el Caribe", siendo extenso e interesante, tiene errores graves en la descripción del acápite chileno, como por ejemplo cuando señala que la LOC de Concesiones Mineras no fue aprobada por el Tribunal Constitucional (lo que significaría una irregularidad mayor y de grandes consecuencias), en circunstancias de que fue aprobado por unanimidad.

⁴⁸ Ver el "Informe Técnico" de dicha ley.

⁴⁹ En un ejemplo muy simplificado: un yacimiento que tenga costos de 90 centavos de extracción podría ser explotado con una perspectiva de precio de largo plazo de 1 dólar. Sin embargo, si los costos de extracción subieran a 1 dólar por libra, el yacimiento ya no tiene interés económico y se transforma en material estéril, en tierra baldía.

⁵⁰ Un factor extra que nuestro país ha tenido en cuenta para favorecer el desarrollo acelerado de la minería es el efecto del tiempo en el dinero (un peso hoy vale mucho más que un peso en diez años). De hecho, si el precio de una libra de cobre obtenida en 1960 hubiese sido invertido en bonos del tesoro norteamericano, su valor hoy superaría los 60 dólares.

⁵¹ Por el contrario, el reducir artificialmente las reservas del país y la tasa de explotación minera a través de una mayor carga tributaria, implica afectar la tasa de crecimiento de la economía, con el consecuente impacto adverso sobre el bienestar de las generaciones presentes y futuras. En países como el nuestro, gracias a la industria minera, una alteración geológica puede atraer inversiones y generar riqueza en magnitudes difíciles de alcanzar en otras actividades en países. Así, la minería contribuye significativamente a la cadena "Inversión-crecimiento-recaudación tributaria", que constituye el verdadero aporte de la minería al país. Aunque resulte contra intuitivo, el país sufre pérdida patrimonial cuando un yacimiento, o una parte de él, dejan de ser explotado. Cualquier cosa que se haga para disminuir la rentabilidad o aumentar el riesgo reducirá el valor que para el país tiene ese patrimonio natural.