

# UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

## EL ROYALTY A LA MINERÍA, ¿AFECTA EL ESTATUTO DE DERECHOS DEL INVERSIONISTA EXTRANJERO ACOGIDO AL DL 600?

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y  
SOCIALES

ALUMNO:

ROLDY JAVIER RAMÍREZ SANDOVAL

PROFESOR PATROCINANTE:

Sr. ERNESTO RAVERA HERRERA

VALDIVIA

**MENCHACA & CIA.  
ABOGADOS**

Enrique Menchaca O.  
Tomás Menchaca O.  
Francisco Hurtado S.  
María Ileana Taboada B.  
Rodrigo Ruiz-Tagle A.  
Ernesto Ravera Herrera

Marchant Pereira N° 201 - Of. N° 801  
Teléfono (562) 3812424  
Fax (562) 3812427  
Providencia  
Santiago - Chile

Santiago, 07 de Enero de 2005

Señor  
Andrés Bordalí Salamanca  
Director  
Instituto de Derecho Público  
Universidad Austral de Chile  
Presente.

De mi consideración:

Por la presente me permito informar a usted el trabajo de memoria para optar al título de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, realizado por el alumno don Roldy Javier Ramirez Sandoval y que aborda el interesante tema del Royalty a la Minería dentro de la Protección del Inversionista Extranjero en el D.L. 600.

El alumno aborda el trabajo con un estilo directo y un lenguaje apropiado, analizando, con espíritu crítico, las consecuencias que podría acarrear al futuro de la inversión extranjera, en nuestro país, la implementación de un tributo de esta naturaleza.

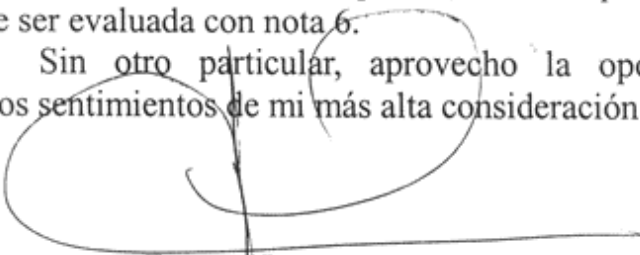
El señor Ramirez analiza los principales derechos del inversionista extranjero que ha decidido acogerse al estatuto del D.L. 600.

Sin perjuicio de existir escasa novedad en dicho análisis, esto pasa casi inadvertido para aquel que se compenetra en la sustancia del trabajo de investigación.

Finalmente, debo destacar la claridad con que el memorista cumplió su cometido, dentro de un contexto de escasa bibliografía nacional.

Por todo lo expuesto, estimo que la memoria informada debe ser evaluada con nota 6.

Sin otro particular, aprovecho la oportunidad de saludarlo con los sentimientos de mi más alta consideración y estima.



Ernesto Ravera Herrera  
Profesor de Derecho Económico  
Universidad Austral de Chile

*El éxito no es el resultado de la  
combustión espontánea. Uno mismo  
debe prenderse el fuego.*

Dedicada a todos los que a esto  
contribuyen.

## INTRODUCCIÓN

El Royalty a la actividad minera ha cobrado protagonismo reciente en nuestro país dada su puesta en la palestra como una nueva y loable alternativa de financiamiento estatal. Pero existe un inconveniente dentro de nuestras fronteras, y es que la gran mayoría de las inversiones en minería están sujetas al Estatuto de Inversión Extranjera (DL 600), y por ende acogidas a un régimen de invariabilidad tributaria, lo que impediría el sometimiento de ellas a impuestos nacidos con posterioridad a la firma del contrato celebrado con el Estado al amparo de este DL y hasta por 20 años. Es por ello que resulta interesante analizar desde esta perspectiva la naturaleza del Royalty, porque siendo un impuesto la regalía no puede ser implementado *in acto* a los inversionistas extranjeros acogidos a este régimen especial del DL 600.

Así, este debate legal abarca múltiples aspectos: constitucional, debido a las garantías fundamentales que puede afectar; económica, por el obvio impacto al sector minero y además dado que la Regalía trae envuelta la inevitable discusión sobre si sobre ella va a tener o no alcance el DL 600 y ciertos derechos especiales otorgados al inversionista, y tributaria, en virtud de la intrínseca discusión sobre la naturaleza de la Regalía.

El propósito principal de esta obra es tratar de comprobar que realmente la implementación del Royalty a la minería de la manera como se ha planteado por el gobierno en el *Proyecto de ley que establece una Regalía Minera Advalorem y crea Fondo para la Competitividad* (Mensaje N° 126-351, de 05 de julio de 2004), afecta el Estatuto de Inversión Extranjera (DL 600) y sus respectivas consecuencias, y, por qué no, determinar si acaso se respeta la letra del estatuto aún cambiándole las reglas del juego a los inversionistas.

Para poder lograr dar una respuesta a lo hasta aquí planteado, es indispensable primero contar con ciertas herramientas que permitan construir mejor el marco conceptual y normativo dentro del cual nos moveremos: primero se habrá de determinar cuáles son los derechos que el DL 600 otorga al Inversionista Extranjero, y su contenido y extensión; igualmente se analizará lo esencial de la estructura de las concesiones mineras, a fin de visualizar principalmente la cuestión de la extensión del dominio del Estado sobre las minas; también se ha de analizar la naturaleza de este Royalty a la luz del Proyecto mencionado y, además, será necesario detenerse en posibles aspectos y cuestionamientos de constitucionalidad que acarrearía su posible implementación. Y en este mismo orden se encuentran también en las siguientes páginas.

Estas apreciaciones serán preponderantemente normativas, utilizando métodos comprensivos como el analítico – hermenéutico, lógico y sistemático, apuntando al hecho de que habrá que coordinar múltiples interpretaciones y diversos sistemas legales a fin de otorgar una cierta coherencia al desarrollo y conclusiones de estas hojas.

He tratado de coordinar un sistema que sirva al menos de mínima ayuda para quienes busquen algo más elaborado sobre esta cuestión tan debatida.

## **CAPÍTULO I: CONSIDERACIONES PREVIAS**

Chile se encuentra ubicado dentro de los primeros lugares en el Índice Mundial de Atractivo para la Inversión Minera.

El atractivo minero de un país es determinado por diversos factores, además del potencial de sus recursos naturales. Su estabilidad política y aspectos macroeconómicos, con especial énfasis en su régimen tributario, determinan su atractivo para invertir.

El potencial geológico de nuestro país, junto con Brasil, es considerado el mejor a nivel mundial. En cuanto al potencial político, hasta fines del 2003, nuestro país figuraba en la segunda posición, siendo sólo superado por el estado de Nevada (EE.UU.); sin embargo, la actual discusión en torno a la aplicación de un impuesto específico para la industria minera, se vislumbra como un grave riesgo, capaz de provocar una fuerte caída de Chile dentro del ranking mundial de competitividad minera.

Al igual que en toda política tributaria, en el caso del sector minero, los gobiernos deben diseñar un sistema tributario capaz de maximizar la contribución de las riquezas mineras al desarrollo de cada país. En este sentido, se presenta el desafío de diseñar un marco tributario que logre aumentar no sólo la recaudación fiscal, sino también el valor social de estos recursos, sin desviar proyectos de inversión que signifiquen el ingreso de recursos frescos a otros países. Simplificando, el problema podría plantearse de la siguiente forma: ¿pocas minas que paguen muchos impuestos o muchas minas que paguen pocos impuestos?. Diversos factores hacen pensar que la segunda opción es la más apropiada para el caso de Chile:

- La contribución de la minería al país equivale al 8% del PIB y el 43% de los ingresos por exportaciones. La diversidad de actores hace menos riesgosa la actividad para el país.
- La contribución de la minería privada al desarrollo de un país trasciende la recaudación fiscal. Esta industria aporta no sólo impuestos, sino que también genera una serie de externalidades positivas como infraestructura, educación, salud, empleo, energía y otros servicios. Entonces, la función del Estado no es sólo la de maximizar la recaudación fiscal, sino el bienestar social de todos los chilenos.
- La minería privada entrega al Estado un monto considerable de Impuestos de Primera Categoría, contribución que aumentará fuertemente en el corto y mediano plazo.
- Si bien el cobre es un recurso no renovable, la evidencia empírica demuestra que la materialización de inversiones mineras ha contribuido a aumentar las reservas conocidas del mineral. En este plano es necesario destacar que la exploración minera, de alto costo y asumida por los inversionistas, es la única forma de identificar yacimientos de mineral y hacer factible su extracción.
- Aumentan las tasas de reciclaje. En el largo plazo, es factible suponer que gran parte del cobre que se utilizará en el mercado mundial, provendrá de procesos de reciclaje, por lo que las fuentes primarias del mineral, incluyendo las reservas en Chile, pueden perder su importancia relativa en el mercado.

Todos estos factores, sumados al hecho que un paso hoy vale más que uno mañana, sugiere la conveniencia de darle la mejor utilización a los recursos en el presente que someterse a la incertidumbre futura. Por tales razones, las políticas mineras deberán destinarse a favorecer la materialización de nuevas inversiones en la industria.

Han pasado varios años desde que se inició el debate sobre la tributación minera, y es este el año en que la autoridad ha dado el paso definitivo hacia la concreción de una modificación radical a la normativa que rige dicho sector de nuestra economía.

La minería es una actividad de una importancia no menor para nuestro país. Como se mencionó, este sector participa de casi la mitad de las exportaciones chilenas y es responsable de más del 8% del PIB. De igual manera, la minería ha sido una importante fuente de atracción de la inversión extranjera ingresada a Chile desde fines de la década de los '80 hasta mediados de los '90. Estas características, sin lugar a dudas, le otorgan una altísima relevancia como parte de nuestra actividad comercial.

Ahora bien, el aporte del sector no puede medirse sólo en el aspecto económico, ya que la influencia que puede o no ejercer una actividad económica abarca los ámbitos más diversos, dentro de los cuales, por cierto, también se encontrarían posibles consecuencias negativas.

Es bajo esta perspectiva global que se ha situado la discusión sobre el verdadero aporte que la actividad minera hace al país, puesto que, reconociendo la importancia comercial del sector, empezamos a adentrarnos también en la relevancia de los aspectos globales, como los sociales, interacción sectorial, y obviamente tributarios.

La discusión se ha centrado principalmente en lo último: los supuestos escasos aportes que hace la minería al Estado a través del pago de impuestos. Sin embargo, la minería aporta en forma importante al desarrollo económico y social de las regiones donde se ubica.

Pero estos aspectos no son considerados en las iniciativas destinadas a establecer mayores gravámenes al sector minero, lo que además de generar menores rentabilidades y desincentivar la inversión puede provocar un impacto negativo sobre la calidad de vida de los habitantes de las regiones mineras, que directa o indirectamente se ven beneficiadas por esta actividad.

Al menos existe un consenso a nivel parlamentario en el sentido de que la minería está afecta al mismo régimen tributario que el resto de los sectores productivos nacionales, que opera dentro de los márgenes legales y no está afecta a ninguna norma que la favorezca en forma particular.

Pero dado que gran parte de las inversiones de la minería privada se realizaron durante la década de los '90, aún no amortizan su capital, lo que consecue ncialmente produce que no hayan obtenido utilidades tributarias, y la apariencia de poca contribución impositiva de las mineras, lo que se explica además por el bajo precio del cobre den este período (a finales de la década de los '90 alcanzó un promedio que bordeaba sólo los 70 cUS\$/lb). Aún así, entre 1999 y 2001 la minería privada aportó por concepto de impuestos US\$ 619 millones, casi cuatro veces más de lo que aportó CODELCO en el mismo período por concepto de impuesto de primera categoría (US\$ 160 millones, aproximadamente). Se estima que esta contribución aumentará fuertemente, justamente como consecuencia del aumento del precio del cobre en el último tiempo se producirá

este año y el próximo mayores utilidades para las empresas mineras, lo que se verá reflejado en la tributación. Se proyecta que con el precio del cobre a US\$ 1/lb los aportes tributarios de la gran minería aumentarán alcanzando unos US\$ 600 millones este 2004 y podría llegar a superar los US\$ 1.000 millones anuales a fines de la década.

A pesar de todo, el gobierno finalmente envió al Congreso el proyecto de ley que intentaba establecer el denominado “Royalty minero”.

El proyecto negaba que se tratara de un tributo y sostenía que consistía en una obligación propia del concesionario minero, de aquellas que la Carta Fundamental autoriza a imponerle. Para la ciudadanía puede ser un tanto incomprensible este debate sobre la naturaleza del gravamen e incluso parecerle bizantino.

Pero tres razones lo explican:

1. Un motivo político, porque de ser un proyecto de quórum orgánico constitucional, la oposición –si actuara unida- tendría los votos suficientes para rechazar el Royalty. Como las encuestas indicaban que éste es popular, se coloca a este sector en la situación política incómoda de aparecer como responsable del rechazo de algo necesario para el país.
2. Una razón jurídica, pues de ser un tributo habilitaría a los inversionistas extranjeros afectados para ejercer algunos derechos contemplados en sus contratos celebrados al amparo del DL 600, sobre Inversión Extranjera.
3. Una razón constitucional, para eludir ciertas garantías constitucionales consagradas para los tributos, como el igual trato ante la ley, puesto que al ser una obligación especial del concesionario minero, se podría establecer con alcances particulares.

Aún después de todo, para poner atajo a las supuestas “triquiñuelas tributarias de las mineras”, el gobierno recurrió a una “triquiñuela jurídico-semántica”. Porque por mucho que argumente que al modificar la ley de Concesiones Mineras no afecta los impuestos y que por parte del Gobierno se haya adoptado el aséptico eufemismo de “contraprestación”, eso es para las empresas esta nueva medida de mano del Fisco a sus bolsillos. Independiente de cómo la bauticen.

¿Acaso la implementación de un Royalty o Regalía sobre la actividad minera no va a ser otra cosa que el pago de una suma de dinero por parte de las empresas mineras hacia el Estado, por haber incurrido en un hecho gravado, sin que reciban una contraprestación de parte de este último, o sea, un impuesto, el más común de los tributos?.

Gran parte de estas empresas tienen un régimen de inversiones acogido al DL 600 y probablemente al régimen especial del artículo 11 bis del mismo cuerpo legal, incorporándose este derecho al estatuto de derechos que corresponden al inversionista, consagrados todos en un contrato que firma con el Estado, que eventualmente se vería afectado de triunfar la iniciativa

Por ello considero necesario tener claro el marco legal que afecta a aquellas empresas mineras que han firmado contrato con el Estado al amparo del DL 600.

## CAPÍTULO II: DL 600, ESTATUTO DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA<sup>1</sup>.

### ANTECEDENTES PRELIMINARES

En las últimas décadas la idea que ha movido al mundo económico ha sido la del crecimiento sostenido del producto, sustentable en el tiempo y que posibilite distribuir en beneficio de los sectores más atrasados. En otras palabras, **crecimiento, basado en el ahorro y la inversión**, que ha conducido a los países tercermundistas a competir cada vez con mayor vehemencia la captación de recursos externos dada su estrechez interna de la capacidad de ahorro, y en lo que se refiere a regulaciones jurídicas, flexibilizarlas y hacerlas más atractivas para el inversionista extranjero.

Hoy en día no existe ninguna duda acerca de la importancia que tuvo y aún tiene la inversión extranjera para nuestro país, la cual es uno de los pilares principales en la estrategia de desarrollo económico.

El DL 600 se promulgó en una época en el cual Chile no contaba con la confianza internacional, y se necesitaba atraer inversionistas. Este cuerpo legal aseguró a los inversionistas extranjeros un trato no discriminatorio con respecto a los inversionistas nacionales. Para ello, muchos de quienes vinieron a invertir a nuestro país, firmaron un contrato con el Estado, que les aseguraba que no se les iban a cambiar ciertas reglas del juego, mientras operaran en nuestro país. Ello incluía fundamentalmente normas sobre depreciación acelerada, mecanismo aplicable a todas las empresas del país, que permite imputar a gasto la inversión en bienes de capital en un tercio del período de depreciación normal.

Es así como el estatuto de inversión extranjera ofreció estabilidad al inversor, lo que permitió disminuir el riesgo de los dineros frescos que entraban al país, en un momento en que hacía no mucho tiempo, Chile había estatizado gran parte de la industria privada y no había pagado a las empresas mineras de la época una compensación justa por la expropiación de sus bienes.

El DL 600 de 1974 es el principal cuerpo legal en materia de inversión extranjera actualmente, y tiene como principal característica jurídica proveer seguridad para ese tipo de inversión que se canalice a través de él, ofreciendo modos y formas de aporte de capital extranjero más variadas que ningún otro cuerpo legal sobre la materia. Así, por ejemplo, las inversiones en bienes físicos y tecnología demuestran el deseo del legislador de fomentar el desarrollo de nuestro país a través de la transferencia tecnológica.

---

<sup>1</sup> En vista del tecnicismo de esta materia, el estudio se hará de la forma más completa y concisa posible, utilizando para ello las siguientes fuentes a lo largo de todo el capítulo:

- a) Mayorga, Roberto, y Montt, Luis. *Inversión Extranjera en Chile*. Editorial Jurídica ConoSur Ltda., Santiago de Chile, 1994 (p. 32 a 34, y p. 63 a 115).
- b) Morales Godoy, Joaquín, y Zavala Ortiz, José Luis. *Derecho Económico*. Editorial LexisNexis, Santiago de Chile, 2003 (p. 183 a 216).
- c) Apuntes de Cátedra *Derecho Económico*, impartida por don Ernesto Ravera Herrera, Universidad Austral de Chile, año 2003.
- d) Por último, consideraciones personales del autor.



Pero más allá de las garantías específicas que consagra el propio DL 600, desde la perspectiva jurídica se debe destacar también que un elemento fundamental en materia de atracción de inversión extranjera lo configuran una serie de garantías que el ordenamiento jurídico económico nacional contiene, entre las cuales destacan: el derecho de propiedad con un alto nivel de protección y reglas preestablecidas relativas a la expropiación, la igualdad ante la ley, la no discriminación arbitraria y la existencia de un Banco Central autónomo.

Sin duda que la consagración constitucional de estos derechos más un sinnúmero de normas económicas establecidas en nuestro país en los últimos veinte años han generado un escenario muy favorable para la atracción de capitales foráneos. Así, si bien Chile experimentó un cambio institucional en 1990, desde la perspectiva del marco legal de la inversión extranjera, ello implicó una ratificación de la política económica que hasta ese entonces existía por parte de las autoridades que asumieron la nueva conducción del país

## **DERECHOS DE INVERSIONISTA EXTRANJERO**

### **I. DERECHO A CELEBRAR CON EL ESTADO DE CHILE UN CONTRATO DE INVERSIÓN EXTRANJERA.**

A esta materia se refiere esencialmente el artículo 3° del DL 600. Resulta importante, a mi criterio, señalar algunas características relevantes que se pueden desprender al analizar la regulación de este contrato, a saber:

- a. La primera de ellas la constituye la circunstancia de que el Contrato es un *derecho* o una *opción* y no constituye requisito ineludible para invertir en nuestro país. En efecto, el inversionista interesado puede libremente optar por acogerse al DL 600, y para lo cual debe presentar una solicitud a la Vicepresidencia Ejecutiva del Comité de Inversiones Extranjeras; sin embargo, el inversionista también tiene otras alternativas para la inversión, reglamentadas en el Compendio de Normas de Cambios Internacionales del Banco Central.(las cuales aquí no corresponde analizar).

El hecho de no ser el Contrato requisito ineludible para invertir en Chile desvirtúa las críticas formuladas en torno a que éste implicaría una traba para la materialización de ingresos en Chile. La crítica desconoce las opciones contenidas en el Compendio ya mencionado, confundiendo además la cuestión de que los inversionistas opten mayoritariamente por este Contrato para sentirse más resguardados en sus derechos, con la idea de que tendría un carácter obligatorio.

- b. Otra característica es su solemnidad: escritura pública, en que una de las partes es el inversionista extranjero (quien aporta capitales foráneos a Chile) y la otra el Estado de Chile (razón por la cual este Contrato está regido por el derecho público), quien es representado, por regla general, por el Vicepresidente Ejecutivo del Comité de Inversiones Extranjeras, quien autoriza la inversión, previa conformidad del Presidente de este Comité, o sea, el Ministro de Economía; este último sólo representa el Estado en aquellas situaciones a las que se refiere el artículo 16 del DL 600: aquellas cuyo valor total exceda de US\$ 5.000.000, cuando se trate de actividades o sectores desarrollados por

el Estado, cuando la inversión se trate de materializar en servicios públicos, cuando el inversionista sea un Estado extranjero o personas jurídicas de derecho público extranjeras, y cuando la inversión se desee materializar en medios de comunicación social.

La escritura es la pieza fundamental que contendrá el Contrato de Inversión Extranjera con los derechos y obligaciones del inversionista.

**Cláusulas del Contrato.** Las que aquí individualizaremos son las cláusulas más usuales con tenidas en los Contratos de Inversión Extranjera:

- 1) Individualización de las partes (tratado en el párrafo anterior);
- 2) Autorización de la inversión, concedida por el propio Comité de Inversiones Extranjeras (en los casos del artículo 16), o por el Vicepresidente Ejecutivo de éste, previa conformidad de su Presidente (en los demás casos);
- 3) Objeto destino de la inversión, en síntesis, identificar a la empresa receptora en la que se aportará el capital foráneo, siendo conveniente que además se señale el proyecto o actividad empresarial que realizará el inversionista;
- 4) Plazo de internación del capital, materia a que se refiere el artículo 3 inciso segundo del DL 600 (y en lo que al tema de nuestra investigación respecta, el plazo no excederá de 8 años en las inversiones mineras, extensible hasta a 12 años por acuerdo unánime del Comité, cuando se requieren exploraciones previas, considerando su naturaleza y duración estimada, los cuales son plazos más extensos que para otro tipo de proyectos dada las magnitudes de las inversiones necesarias en esta rama productiva, elemento de importancia que al parecer el legislador comprendió y tuvo en cuenta al regular el área);
- 5) Aplicación de legislación interna. Se deja establecido que al inversionista se le aplicará la legislación y reglamentación vigente en lo que a sus actividades se refiera. De esta manera, la autorización para invertir no exime al inversionista en la obtención de otras autorizaciones que para la materialización de la inversión requiera;
- 6) Forma en que se va a materializar la inversión, lo que admite diversas modalidades: divisas, bienes físicos, tecnología, créditos asociados a la inversión, transformación de deuda internacional en inversión extranjera, capitalización de utilidades;
- 7) Establecer derechos del inversionista extranjero, los que se refieren fundamentalmente a la repatriación de capital, remesa de utilidades, acceso al Mercado Cambiario Formal, régimen de invariabilidad tributaria, sistema de no discriminación, régimen especial del artículo 11 bis, etc.;
- 8) Cambio de sujeto o de objeto. Previa autorización del Comité o de la Vicepresidencia es posible ceder o transferir la inversión o parte de ella; o, de igual forma, es posible cambiar el objeto destino de los aportes;
- 9) Reconocimiento de aportes anteriores. Esta cláusula es accidental, eventualmente puede incorporarse. La regla general es que la inversión extranjera se materialice después de la celebración del Contrato, pero obedeciendo a un acuerdo del Comité en orden a facilitar la agilidad de los negocios se permite que tan pronto se ingrese al

Comité la solicitud de inversión se puede autorizar al inversionista para internar el capital, siempre que se haga en divisas. Así, al celebrar el Contrato definitivo se reconoce que el aporte fue hecho con anterioridad.

### **Naturaleza jurídica, alcance y legitimidad del Contrato.**

La intervención del Estado confiere a este Contrato el rango de *Contrato de Derecho Público*.

En Chile existe hoy en día consenso en que la naturaleza jurídica de este Contrato corresponde a la de un *contrato-ley*, el Estado de Chile usa la herramienta de la contratación como sujeto de derechos y obligaciones, con el propósito de lograr los fines que le son pertinentes (en especial el del *bien común*), y no es a otro destino al que se dirige este acto jurídico.

La idea de contrato-ley expresa que no puede ser modificado por la voluntad unilateral del Estado, *ni siquiera mediante ley*, siendo consecuencialmente susceptible de modificaciones por acuerdo mutuo de las partes contratantes.

En realidad esto no constituye novedad en el ámbito del derecho privado, en virtud de que el propio Código Civil en su artículo 1545 lo prescribe.

Lo interesante es la proyección que se puede dar a este principio en el ámbito del derecho público, con las derivadas ventajas económicas producto de la seguridad que un contrato con esta naturaleza provoca en el inversionista no nacional. Sobre el particular, se comparte la opinión de fundamentar la noción de contrato-ley en la protección al derecho de propiedad que existe en nuestro país. El artículo 19 N° 24 de nuestra Carta Fundamental (CPR), en su inciso primero, asegura a todas las personas el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre *toda* clase de bienes, corporales o incorporales, y adiciona en su inciso tercero que nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o interés nacional, calificada por el legislador. Por otro lado, el artículo 565 del Código Civil señala que los bienes consisten en cosas corporales o incorporales, entendiendo por estos últimos los que consisten en ~~neros~~ derechos. Agrega el artículo 576 del mismo código que las cosas incorporales son derechos reales o personales. Y además el artículo 583 expresa que sobre las cosas incorporales hay también una especie de propiedad. Así, se puede terminar concluyendo que en Chile existe un derecho de propiedad sobre cosas incorporales, y, en el caso en análisis, sobre los derechos contenidos en un Contrato de Inversión Extranjera, de los que no se puede ser objeto de privación sino en los casos y en la forma que para la expropiación señala la CPR en su artículo 19 N° 24 ya citado.

Continuando y particularizando esta idea (sin perjuicio de que uno de los elementos distintivos del Contrato de Inversión Extranjera es el hecho de otorgar el Estado ciertos tratamientos favorables de índole patrimonial a los particulares, con fundamento en el artículo 19 n° 22 de la CPR, que otorga la posibilidad de discriminación no arbitraria) la principal

característica del contrato de análisis está en la obligación que contrae el Estado de mantener invariable el régimen especial otorgado al otro contratante.

El Estado al contratar debe cumplir con sus obligaciones conforme a las disposiciones del derecho público y, en forma supletoria, a las del derecho privado que eventualmente sean aplicables (nada podría estar más ajeno a los fines del Estado que desconocer obligaciones contractuales válidamente contraídas por éste, so pretexto que por su naturaleza se encuentra en un plano superior a las normas de general aplicación).

Todo lo anterior obviamente no implica que el Estado pierda la facultad de legislar sobre la materia relativa al contrato-ley en el futuro, sino que lo que el Estado debe hacer para cumplir su obligación contractual es *evitar que esta nueva legislación afecte in acto los derechos de la contraparte del contrato-ley*. Esta contraparte incorpora a su patrimonio el derecho de mantener vigente la franquicia que se le otorgó, por supuesto en los términos y condiciones establecidos en la convención.

Por todo lo anterior, es dable deducir que si el legislador considerara necesario modificar de forma unilateral los derechos contenidos en el Contrato de Inversión Extranjera debería seguir estrictamente el procedimiento expropiatorio constitucional.

## II. REMESAS DE CAPITAL Y UTILIDADES Y ACCESO AL MERCADO CAMBIARIO FORMAL

El DL 600 se refiere a estas materias en sus artículos 2º, 4º y 5º..

Aquí en realidad estamos haciendo referencia a dos derechos del inversionista: la remesa de capital y utilidades al exterior y el acceso al Mercado Cambiario Formal para la liquidación o adquisición de las divisas correspondientes. Pese a todo, consideramos que el derecho verdaderamente especial del inversionista es el acceso a dicho mercado, ya que existiendo libertad cambiaria también los empresarios nacionales tienen derecho a remitir al exterior capital o utilidades, respetando las normas pertinentes.

Es pertinente señalar que capital y utilidades no tienen el mismo tratamiento tributario. En efecto, según el artículo 6º del DL 600 la repatriación de capital está exenta de toda contribución, impuesto o gravamen, hasta por el monto de la inversión materializada. En lo que se refiere a las utilidades la ley autoriza la remesa de lo que denomina *utilidades líquidas*, esto es, deducidos los impuestos correspondientes.

No considero necesario extenderme en este derecho del inversionista extranjero, dada su poca atinencia respecto del tema central de esta obra.

## III. DERECHO A NO SER DISCRIMINADO.

Es la Constitución la que confiere alto rango a esta pretensión, al señalar en su artículo 19 N° 22 que se asegure a todas las personas “la **no discriminación arbitraria** en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica”. Este principio de carácter económico es derivación de otro más amplio, el de la igualdad jurídica, también consagrado en la Carta Suprema. Civilmente la igualdad de chilenos y extranjeros está consagrada en el Código Civil, artículo 57.

Merece hacer algunos comentarios a este respecto. El principio de no discriminación económica no es de carácter absoluto, lo prohibido es la discriminación arbitraria, admitiéndose que fundadamente, con racionalidad y sin violar otros preceptos constitucionales la autoridad puede instaurar diferencias. Existen excepcionalmente desigualdades en materia de inversión, sea en contra del inversionista extranjero o bien a su favor.

El DL 600 ha consagrado en los **artículos 9º y 10º** el principio de no discriminación, y aunque lo consagra de modo más amplio, sin explicitar que no debe concurrir arbitrariedad, no cabe entenderlo sino en el sentido constitucional. Por otro lado, estas normas aparecen más restrictivas al relacionar la no discriminación con la idea de normas jurídicas y no en general con la de trato o tratamiento, como se expresa en la CPR, materia en la que también deberá primar esta última.

Se observa que este principio abarca tanto lo que se denomina “establecimiento” del inversionista como su “tratamiento”, materias que en el ámbito internacional se conocen con el nombre de “trato social o nacional” y que consiste en conceder similares derechos a empresarios extranjeros y chilenos.

Este derecho es de carácter subjetivo, o sea, exigible jurídicamente en caso de infracción, no tan sólo por disponer del recurso de protección del art. 20 de la Carta Fundamental, sino porque el propio DL provee mecanismos procesales de protección para asegurar este derecho “a la igualdad de régimen y de no discriminación”, y de este último el beneficiario es el inversionista extranjero o las empresas en cuyo capital participa la inversión y no el empresario nacional en general, para solicitar la eliminación de normas (o tratos, en el sentido constitucional) que se hayan dictado y que los titulares estimen discriminatorias.

El art. 9º del citado DL 600 señala que se considerarán expresamente como discriminatorias las disposiciones legales o reglamentarias relativas a determinada actividad productiva, si llegaren a ser aplicables a la generalidad o a la mayor parte de dicha actividad productiva del país, con excepción de la inversión extranjera. Asimismo, tendrán esta calidad las disposiciones legales o reglamentarias que establezcan regímenes excepcionales de carácter sectorial o zonal, si la inversión extranjera no tuviere acceso a ellas, no obstante cumplir las mismas condiciones y requisitos que para su goce se impone a la inversión nacional.

Con todo, la interposición de esta acción declarativa también tiene un aspecto procesal que debe ser considerado: según sea el origen de la norma cuya discriminación se reclama, correspondería demandar al Estado de Chile o al organismo con potestades normativas autónomas de que se trate, con las complejidades propias que supone un juicio de hacienda.

Debe tenerse presente que una vez interpuesta la acción. El Comité tiene el deber de pronunciarse dentro de 60 días, *denegándola o adoptando las medidas administrativas correspondientes*. Legalmente no puede adoptar otra actitud distinta a las antes descritas, u omitir su pronunciamiento, porque estaría creando un procedimiento no establecido en la ley.

Independiente de las críticas que se pueden formular a su utilidad práctica, es necesario tener presente que esta acción sólo procede respecto de los inversionistas que hayan suscrito un contrato de inversión extranjera al amparo del DL 600.

Excepciones al principio de no discriminación.

### **Discriminación negativa**

En estos casos la ley confiere mayores derechos al empresario local que al inversionista extranjero, fundándose en razones de soberanía, seguridad o reciprocidad internacional.

- a) *Cabotaje*. Artículo 3° DL 3.059 de 1979, Ley de Fomento a la Marina Mercante, señala: “*el cabotaje queda reservado a las naves chilenas*”, entendiéndose por tal “el transporte marítimo, fluvial o lacustre de pasajeros y de carga entre puntos del territorio nacional, y entre éstos y artefactos navales instalados en el mar territorial o en la zona económica exclusiva”.
- b) *Pesca*. Artículo 161 Ley N° 18.892, de 1989, Ley General de Pesca y Acuicultura.
- c) *Zonas Fronterizas*. Artículo 7° DL 1.939 de 1977 sobre Adquisición, Administración y Disposición de Bienes del Estado.
- d) *Radio y Televisión*. Artículo 18, Ley N° 18.838 que crea el Consejo Nacional de Televisión.
- e) *Crédito Interno*. Artículo 11 del propio DL 600.

### **Discriminación Positiva**

Se refiere a situaciones en que el inversionista extranjero está en situación favorecida respecto de los inversionistas nacionales. El fundamento de estos derechos especiales está en la necesidad de atraer hacia el país recursos extranjeros que, por la misma razón, no pertenecen a sujetos económicos chilenos. Son los Derechos del Inversionista Extranjero que aquí estamos tratando a los que asignamos este carácter de discriminación positiva.

Estos derechos confieren al inversionista extranjero un estatuto jurídico especial, no obstante que goza asimismo de los derechos conferidos en Chile al empresario nacional.

## **IV. RÉGIMEN TRIBUTARIO. LA INVARIABILIDAD TRIBUTARIA.**

### **a) Impuestos a la Renta.**

En lo que se refiere a las rentas, el inversionista extranjero tiene dos opciones tributarias: la primera, acogerse al régimen común a que están sujetas en Chile, y seguir la suerte de eventuales modificaciones de la carga tributaria, y la segunda, acogerse al sistema conocido con el nombre de *invariabilidad tributaria*, que constituye propiamente un derecho especial del inversionista extranjero, por cuanto de éste no disfruta el empresario nacional.

El régimen común, contemplado en la Ley de la Renta, establece en su artículo 3° que toda persona domiciliada o residente en Chile, pagará impuestos sobre sus rentas de cualquier origen y las no residentes en Chile estarán sujetas a impuesto sobre las rentas cuya *f fuente* esté dentro del país.

Consiguientemente, las rentas generadas por el capital y las actividades empresariales están sujetas a un impuesto de Primera Categoría establecido en el artículo 20 de la misma Ley de la Renta, que a esta fecha asciende a un 17%, aplicado sobre la Renta Líquida Imponible determinada conforme a lo que la propia ley establece (salvo algunas rentas reguladas en forma especial, como por ejemplo las provenientes de la pequeña minería artesanal).

En el caso de distribución o remesas al exterior la renta está gravada con el llamado Impuesto Adicional, regulado en el art. 58 y siguientes de la citada ley, que se eleva a un 35%, y al que se le otorga un crédito equivalente a lo pagado por concepto de Impuesto a la Renta de Primera Categoría, lo que se traduce en definitiva que en el régimen común el gravamen total a la renta, tomando en cuenta el Impuesto de Primera Categoría y el Adicional, sea del 35%.

Pero el régimen propiamente especial que corresponde al inversionista extranjero como un derecho, es el de la *invariabilidad tributaria*, contemplado en el art. 7° del DL 600, de acuerdo al cual los titulares de inversiones acogidos a este decreto ley, tienen derecho a que en sus respectivos contratos se establezca que se mantendrá invariable, por un plazo de **10 años**, contados desde la puesta en marcha de la respectiva empresa, una tasa del 42% como *carga impositiva efectiva total a la renta* a que estarán sujetos, considerando para estos propósitos los impuestos de la Ley de la Renta que corresponda aplicar conforme a las normas vigentes a la fecha de celebración del contrato.

La invariabilidad tributaria configura una especie de seguro que el inversionista puede contratar con el Estado de Chile, que le significa pagar un diferencial de siete puntos pero que como contrapartida le garantiza que ninguna modificación tributaria afectará dicho nivel de carga, por el plazo de 10 años (o 20 años tratándose del art. 11° bis), que se cuentan desde la puesta en marcha de la respectiva empresa, como ya lo mencionamos. El concepto de puesta en marcha se encuentra en el art. 7° inciso final del DL 600.

El régimen de invariabilidad tributaria **es renunciable**, según prescribe el propio art. 7° al indicar que aún cuando el inversionista haya optado por solicitar la invariabilidad, tendrá derecho, *por una sola vez*, a renunciar a ella y volver al régimen común, caso en el que quedará sometido a las alternativas de las normas impositivas generales, con los mismos derechos, opciones y obligaciones que rijan para los inversionistas nacionales, perdiendo en forma *definitiva* la invariabilidad que había convenido.

Respecto de los alcances legales de la invariabilidad, es preciso señalar que se limita sólo a la carga tributaria, o sea, a la combinación de las tasas que se aplican al inversionista extranjero, tanto a nivel de la empresa donde se efectúa la inversión como a nivel personal. Esta invariabilidad no afecta a las normas tributarias sustantivas (salvo en el caso del art. 11° bis, que analizaremos más adelante), las cuales pueden ser modificadas afectando también al inversionista, como ocurriría si por ejemplo se modificaran las normas que individualizan los desembolsos que pueden o no ser deducibles de la determinación de la renta afecta a impuesto.

En el caso de los créditos asociados, se debe recordar que la tasa que grava a los intereses que se pagan al exterior es de un 4%, si tales créditos han sido otorgados desde el exterior por instituciones bancarias o financieras extranjeras o internacionales. Es importante tener presente en este punto lo que dispone el art. 59 N° 1 de la Ley de la Renta.

En lo referido a la repatriación de capital, debemos señalar que el art. 58 N° 2 de la Ley de la Renta dispone expresamente que estarán exceptuadas del impuesto adicional establecido en tal numeral la devolución de capitales internados al país que se encuentren acogidos o que se acojan

a las franquicias del DL 600, pero únicamente hasta el monto del capital efectivamente internado en Chile.

**b) Impuestos indirectos.**

En relación a estos impuestos también prevé el DL 600 una especie de opción entre el régimen común y otro de invariabilidad, que, asimismo, constituiría un derecho especial concedido al inversionista.

Esta es la denominada *invariabilidad accesorio* del art. 8° del DL 600. Esta norma señala que los titulares de inversiones extranjeras acogidas a tal decreto ley, tendrán derecho a que en sus respectivos contratos se establezca que se mantendrá invariable, por el período en que demore realizar la inversión pactada, el régimen tributario del impuesto sobre las ventas y servicios y el régimen arancelario, aplicables a la importación de máquinas y equipos que no se produzcan en el país y que se encuentren incorporados a la lista a que se refiere el art. 12 letra B N° 10 del DL 825 (Ley sobre Impuesto a las Ventas y Servicios), vigentes a la fecha de celebración del contrato. De la misma invariabilidad gozarán las empresas receptoras de la inversión extranjera, en que participen los inversionistas extranjeros, por el monto que corresponda a dicha inversión. En definitiva, se refiere a los *bienes de capital* que formen parte del proyecto de inversión.

El art. 8° no es explícito respecto del plazo de duración de este beneficio, utilizando la expresión “por el período en que demore realizar la inversión pactada”, que debe interpretarse en concordancia con los plazos que se concedan al inversionista para la internación del capital (que se señaló al tratarse el contrato de inversión extranjera, que puede ir de 3 a 12 años, art. 3° DL 600).

Se persigue que en el período que el inversionista va a efectuar la inversión, se mantengan los derechos aduaneros y la exención de impuesto a las ventas y servicios, aún cuando los derechos aduaneros suban o los bienes de capital salgan de la lista que elabora el Ministerio de Economía.

El fundamento de esta norma está en otorgar una garantía al inversionista extranjero y facilitar la internación de tecnología al país, constituyendo claramente un caso de discriminación positiva.

**V. RÉGIMEN ESPECIAL DEL ART. 11° BIS. EL CASO DE LOS MEGAPROYECTOS.**

Este artículo señala que se beneficiarán con este régimen especial las inversiones que cumplan los siguientes requisitos:

- i) Monto igual o superior a US\$ 50.000.000 en moneda de los Estados Unidos de América o su equivalente en otras monedas.
- ii) Que tengan por objeto el desarrollo de proyectos industriales o extractivos, incluyendo los mineros.
- iii) Que se internen en conformidad al art. 2°, esto es, que la inversión sea de cualquiera de las modalidades allí expresadas y el ingreso al país de ese capital se haga de acuerdo a la legislación vigente.



Estos proyectos pueden acogerse a ciertos beneficios adicionales, especialmente tributarios. Y si además se tratare de proyectos que contemplen la exportación de parte o del total de los bienes producidos, pueden además acogerse a un régimen especial relativo a las exportaciones.

Estos derechos sólo podrán ejercerse una vez que la materialización de la inversión alcance el monto indicado en el inciso primero del art. 11° bis.

### **Régimen Tributario**

- a) *Invariabilidad tributaria.* Aquí también tienen el inversionista extranjero y al empresa receptora derecho a la invariabilidad de la tasa de 42% como carga impositiva total. La diferencia está en que el plazo de 10 años puede ser *aumentado en términos compatibles con la duración estimada del proyecto*, pero en caso alguno puede exceder de 20 años. Este plazo se cuenta desde la puesta en marcha del proyecto, y no desde la fecha de suscripción del contrato de inversión, a menos que coincidan ambas fechas.
- b) *Contabilidad en moneda extranjera.* El inversionista extranjero o la empresa receptora tienen derecho a llevar contabilidad en moneda extranjera, en los términos que autorice el Servicio de Impuestos Internos, lo cual suele dejarse expresamente estipulado, normalmente insertándose la resolución de este Servicio como anexo del contrato de inversión.
- c) *Invariabilidad de normas legales y resoluciones o circulares del Servicio de Impuestos Internos.* También existe el beneficio de instaurar la invariabilidad, desde la fecha de celebración del contrato y mientras se mantenga vigente el plazo de la letra a) de este párrafo, de las resoluciones o circulares que haya emitido el Servicio de Impuestos Internos, vigentes a la fecha de suscripción del respectivo contrato y que se refieran a regímenes de depreciación de activos, arrastre de pérdidas a ejercicios posteriores y gastos de organización y puesta en marcha del proyecto. Las materias reguladas por las resoluciones o circulares del SII son de la mayor importancia. En efecto, la depreciación de activos adquiere relevancia con los proyectos mineros, ya que éstos son de largo plazo y es distinto el uso que se le da a los bienes de capital con relación a otros proyectos.
- d) *Renuncia a los derechos especiales.* Todos los derechos anteriormente mencionados pueden renunciarse por una sola vez, *separada e indistintamente*, en cuyo caso el inversionista o la empresa receptora quedan acogidos al régimen tributario común. Sin embargo, la renuncia a la invariabilidad tributaria no afecta la posibilidad de llevar contabilidad en moneda extranjera, a menos que, asimismo, sea expresamente renunciada.

En el evento de existir más de un inversionista en el contrato, la renuncia de la invariabilidad tributaria efectuada por uno de ellos afecta a los demás, incluida la empresa receptora, con excepción del derecho a llevar contabilidad en moneda extranjera que, como se dijo, requiere de renuncia expresa.

Con todo, y a fin de evitar posibles situaciones de injusticia, los inversionistas pueden pactar en el mismo contrato de inversión que la renuncia producirá efectos en el caso en que el o los renunciantes sean titulares de un monto superior a un cierto porcentaje determinado de la inversión total.

- e) *Pérdida de derechos y plazos.* A pesar de que el inciso final del art. 11° bis dispone que los derechos analizados se pueden ejercer a contar de la materialización del monto mínimo de 50 millones de dólares, algunos de ellos se ejercen en la práctica desde la fecha del contrato, por lo cual se suele incorporar una cláusula en que se expresa que tales derechos quedan automáticamente sin efecto en el evento de que los inversionistas o la empresa receptora no realicen un monto de inversión por lo menos igual al precitado, dentro del plazo de internación del capital concedido en el propio contrato, que, como sabemos, puede extenderse hasta 12 años.

### **Régimen de Exportaciones y Retornos.**

Como se dijo, si el Megaproyecto contempla la exportación de parte o del total de los bienes producidos, por acuerdo del Comité de Inversiones Extranjeras, previo informe favorable del Banco Central, y hasta por los mismos plazos señalados en los párrafos anteriores, pueden concedérsele los derechos y asignársele las responsabilidades siguientes:

- a) *Derecho a Exportar Librementemente.* A pesar de que es un derecho que se concede a toda persona en Chile, el inversionista tiene la posibilidad de que se estipule en el contrato la mantención sin variaciones de las normas contenidas en las leyes y reglamentos, vigentes a la fecha de suscripción del contrato, relativas al derecho de exportar libremente.
- b) *Cuenta Externa.* Implica la posibilidad (conocida con el nombre de “Off-Shore Account) de que, en conformidad a lo que acuerde el Banco Central, el exportador abra a su nombre o a nombre del agente de los acreedores del exportador (trustee), una cuenta bancaria en el extranjero, que puede incluir una o más subcuentas, en las que puede depositar y mantener hasta por los mismos plazos indicados en los párrafos anteriores (20 años) aquella parte de las divisas que el exportador acoja al régimen especial de retornos.
- c) *Régimen Especial de Retorno.* El Comité de Inversiones Extranjeras, con acuerdo favorable del Banco Central, puede autorizar al inversionista o a la empresa receptora, un régimen especial de retorno y liquidación de parte o del total del valor de las exportaciones y de las indemnizaciones por conceptos de seguros u otras causas. En conformidad a este régimen es que se permite en la cuenta externa ya mencionada mantener divisas con los siguientes fines: 1) pagar obligaciones autorizadas por el Banco Central de Chile, 2) efectuar desembolsos que sean aceptados como gastos del proyecto para efectos tributarios en conformidad a las normas de la Ley sobre Impuesto a la Renta, o, 3) cumplir con las remesas de los capitales o utilidades

líquidas que ellos originen (por lo general, el acuerdo del Banco Central que informa favorablemente se inserta íntegramente en el contrato como parte medular de éste).

- d) *Responsabilidad Tributaria por el Régimen de Retornos*. Las rentas y otros beneficios generados por las divisas del proyecto que, en conformidad con el art. 11° bis puedan mantenerse en el exterior, serán consideradas para todos los efectos legales como rentas de fuente chilena.

## CAPÍTULO III: LA CONCESIÓN MINERA

### TRATAMIENTO LEGAL

Principalmente, la regulación de la concesión minera está contenida en la Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras (Ley N° 18.097) de 1982; asimismo, está tratada en el Código de Minería; y consagrada también cierta parte de su tratamiento en nuestra Carta Fundamental, artículo 19 N° 24 inciso sexto y siguientes.

### CONCEPTO

La concesión puede ser analizada desde tres puntos de vista:

- Como acto de concesión, esto es, como desprendimiento por parte del Estado de la concesión. Podríamos conceputar este acto de concesión como el acto de autoridad en cuya virtud el poder judicial declara constituido, a favor de quien lo solicita y cumple los requisitos del caso, el derecho a investigar o explorar, o bien el de extraer o apropiarse, de las sustancias minerales que la ley señala como susceptibles de dichos derechos.

Al emanar del poder judicial, no hay injerencia decisoria de la autoridad administrativa. No es un acto discrecional, en la medida en que se tiene que cumplir con requisitos objetivos e impersonales que obligan a dictar la sentencia constitutiva. Tampoco es precario ni revocable como los actos administrativos. Y, finalmente, no es un acto *intuito personae*, debido a que se crea un derecho que es transferible y que, por lo tanto, no está ligado al que se le otorgó originariamente.

- El derecho de concesión, análisis enfocado desde el punto de vista del concesionario. Está contenido y definido en el artículo 2 del Código de Minería, que nos dice que “la concesión minera es un derecho real e inmueble distinto del dominio del predio superficial, aunque tenga un mismo dueño, oponible al Estado y a cualquier persona; transferible y transmisible; susceptible de hipoteca y otros derechos reales y, en general, de todo acto o contrato; y que se rige por las mismas leyes civiles que los demás inmuebles, salvo en lo que contraríen a la Ley Orgánica Constitucional o del presente Código”. Disposición de igual naturaleza contiene la Ley Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras (Ley N° 18.097), y de manera más restringida también nuestra Constitución en su artículo 19 N° 24 inciso sexto.

De este concepto es posible desprender que existen dos tipos de concesiones: la de exploración y la de explotación. Es preciso señalar que el objeto del presente estudio ha de referirse al segundo tipo.

- Unidad espacial que configura la concesión minera, en la medida en que, el derecho, se ejerce dentro de un determinado espacio.

Este análisis de la concesión minera se encuentra consagrado en nuestro Código de Minería en su artículo 28.

Cabe hacer la precisión que en esta investigación habrá de ser tratada principalmente la concesión desde la perspectiva del *derecho de concesión*:

## **LA PROBLEMÁTICA DEL DOMINIO MINERO DEL ESTADO.**

El inciso sexto del N° 24 del artículo 19 de la Constitución señala que “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 ubicadas...”. Esto significa dos cosas: a) aunque físicamente se hallen confundidos, desde un punto de vista jurídico la riqueza mineral y el terreno en que ésta se encuentra son completamente independientes, porque sobre ellos recaen derechos de dominio que son siempre diferentes, aun en aquellos casos en que el Estado sea el titular de ambos, y b) que para los efectos del dominio minero estatal, no existe la distinción que otras legislaciones hacen entresuelo y subsuelo, de modo que toda la riqueza está incluida en este dominio del Estado, sea que se encuentre en la superficie o debajo de ella<sup>2</sup>.

Alejándonos de las discusiones sobre a cuál de las doctrinas que organizan el régimen jurídico de la minería se adscribe la Constitución chilena, comparto la idea de que es preciso considerar todos los preceptos constitucionales que se refieren a esta organización y, además, interpretarlos armónicamente, a fin de encontrar una cierta coherencia entre el inciso sexto del artículo 19 N° 24 en cuestión y los demás que tratan la misma materia, a fin de conformar un sistema constitucional consistente.

Ahora bien, continuando la idea anterior, es necesario hacer patente que la Constitución ha utilizado tres categorías diferentes para clasificar los yacimientos y las sustancias minerales que los conforman: *yacimientos no susceptibles de concesión minera judicial*; *yacimientos cuyas sustancias son susceptibles de concesión minera judicial*, y *yacimientos excluidos de todo dominio minero del Estado o que no se consideran minerales*. Pero a fin de ceñirme únicamente al tema de esta investigación, sólo habré de referirme al segundo tipo de yacimientos.

### **Yacimientos cuyas sustancias son susceptibles de concesión minera:**

Este tipo de yacimientos se constituye siempre por resolución judicial, conforman derechos patrimoniales, se rigen por una ley orgánica constitucional (Ley N° 18.097), no son extinguidos al margen del Poder Judicial, y el dominio del titular de estas concesiones está expresamente protegido por la garantía constitucional del derecho de propiedad (art. 19 N° 24 inciso 7°, 8° y 9° de la CPR).

En esta categoría la Constitución impuso al Estado una serie de restricciones respecto de su dominio. Sobre esos minerales (y, por ende, sobre las minas que ellos conforman mientras no sean extraídos) cualquier persona puede constituir concesión minera judicial para explorar o explotar, sin que el Estado (pese al dominio de que es titular) pueda impedirlo si el interesado cumple todos los requisitos legales. Por otra parte, mientras esté vigente la concesión otorgada al

<sup>2</sup> Ossa Bulnes, Juan Luis. *Derecho de Minería*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1999 (p. 35).

particular, el Estado está imposibilitado para explorar o explotar los minerales que forman el yacimiento de que se trate, a no ser que adquiera para sí la concesión, pagando o indemnizando su valor. Esto deriva en que el Estado se encuentra del todo inhabilitado para usar y gozar de la mina; y, lo que aún dice más, que el titular de una concesión de explotación se hace dueño lentamente de la mina misma, en virtud de que los minerales que de ella extrae ejerciendo su derecho no son realmente frutos, sino productos.

Por lo tanto, cabe decir al menos sobre este dominio del Estado lo siguiente: es de carácter público (porque su titular es el Estado y los yacimientos son cosas o bienes públicos, de naturaleza especial); es también un dominio de carácter especial (porque alcanza aquellos yacimientos indeterminados aún o cuya existencia se ignora), y, a pesar de que es independiente del dominio del terreno superficial, no pareciera estrictamente que en este caso pueda calificarse como patrimonial. Por ello, atendiendo a la naturaleza *sui géneris*<sup>3</sup> de las restricciones que el constituyente le impone y a las facultades de la concesión minera judicial, pareciera más acertado otorgar a este dominio la misma naturaleza y considerarlo simplemente como un *dominio público sui géneris* instituido por la Constitución<sup>4</sup> (aparece esto además como lo único más compatible con la calificación de absoluto, exclusivo e inalienable que hace la CPR).

#### **ALGUNOS DERECHOS ESPECÍFICOS DEL ESTADO RESPECTO DE LAS SUSTANCIAS CONCESIBLES.**

El estado también puede llevar a cabo actividades mineras de exploración y explotación en relación a las sustancias concesibles, siempre que se cumplan algunos requisitos.. en efecto, si el Estado considera necesario ejercer las facultades de exploración o explotación con exclusividad, debe actuar por medio de empresas de las que sea dueño o en las cuales tenga participación, que constituyan o adquieran la respectiva concesión minera y que se encuentren autorizadas para ello de acuerdo con las normas constitucionales (es decir, mediante una ley de quórum calificado; art. 5º inciso 4º de la Ley N° 18.097, art. 4º Código de Minería y art. 19 N° 21 CPR).

#### **CARACTERÍSTICAS DE LAS CONCESIONES MINERAS.**

De las normas legales y constitucionales que las contienen (LOC 18.097, Código de Minería y Constitución Política), es posible extraer – comunes tanto a la de exploración como de explotación – las siguientes:

- a. Como se anticipó, se constituyen por resolución de los tribunales ordinarios de justicia (procedimiento no contencioso y sin intervención decisoria alguna de autoridad o persona).
- b. Son derechos reales, tanto por su naturaleza como por expresa disposición legal (art. 2º LOC y art. 2º Código de Minería). Sujeto activo es el concesionario, oponible al Estado y a

---

<sup>3</sup> Ibid, p. 40.

<sup>4</sup> Ibid, p. 40.

cualquier persona, y su objeto material está constituido por los minerales concesibles que existen dentro de su extensión territorial.

- c. Son derechos inmuebles (art. 2º LOC y Art. 2º Código de Minería, las cosas materiales que constituyen su objeto material son inmuebles por naturaleza).
- d. Son condicionales, están expuesta a perderse a favor de un tercero o a extinguirse si se cumple una condición resolutoria negativa: el desamparo (no pago de la patente, art. 19 N° 24 inciso 7º y 8º CPR, art. 12 LOC y arts. 142 y siguientes del Código de Minería).
- e. Son divisibles, tanto física como intelectualmente (art. 4º inciso 1º LOC y art. 29 Código de Minería).
- f. Son inembargables. A menos que se configure alguna de las excepciones que la ley contempla (art. 226 Código de Minería).
- g. Pueden ser adquiridas por cualquiera persona (salvo algunas expresamente exceptuadas) y a cualquier título (art. 5º inciso 2º LOC y arts. 1º inciso 2º y 22 Código de Minería); y son transferibles por acto entre vivos, transmisibles por causa de muerte y susceptibles de hipoteca y otros derechos reales y, en general, de todo acto o contrato que no pugne con su naturaleza (art. 2º LOC y art. 2º Cód. de Minería).
- h. Se rigen por las mismas leyes civiles (como legislación supletoria) que los demás inmuebles (art. 2º LOC y art. 2º Código de Minería).
- i. El dominio de su titular sobre ella está protegido por la garantía constitucional del derecho de propiedad (lo consagra expresamente el art. 19 N° 24 inciso noveno CPR y art. 6º inciso primero LOC).
- j. Las concesiones mineras son, finalmente, susceptibles de extinción por cualquiera de las causales a las que la legislación confiere ese efecto (art. 19 N° 24 inciso 7º y 8º CPR, arts. 17 y 18 LOC y arts. 65, 96, 112, 115, 155, 160 y siguientes y 6º transitorio inciso final Código de Minería).

De todo este conjunto de características claramente se puede inferir que la concesión minera configura un derecho real *especial*, que nítidamente se diferencia de la concesión en general y administrativa en especial, *a fin de otorgar a su titular la seguridad y estabilidad jurídicas que le son indispensables*.

### **OBJETO DE LAS CONCESIONES.**

En forma general, los derechos reales presumen un objeto material en el cual recaen, directa o indirectamente. La propiedad y la concesión minera no han huido de esta característica.

Al objeto de ésta se refieren la Constitución (art. 19 N° 24 inciso 6º y 7º), la Ley Orgánica (art. 11 N° 2) y el Código de Minería (art. 3º inciso primero y art. 26).

De los cuerpos legales mencionados, fácilmente se desprende que el objeto material de la concesión – de exploración o explotación – no es el sólido encerrado por las tres dimensiones de aquella, sino *las sustancias minerales que existen dentro de él y, de ellas, todas las concesibles*.

Es del caso precisar que son su objeto material todas aquellas sustancias minerales que sean concesibles a la fecha en que ha quedado constituida la concesión. Además, cabe señalar que el titular de la pertenencia **se hará dueño de todas las sustancias minerales que extraiga dentro de los límites de dicha pertenencia y que sean concesibles a la fecha de constitución o lleguen a serlo posteriormente** (inciso 2º art. 116 del Código de Minería).

## EL AMPARO

Todas las concesiones deben ampararse mediante el pago de una patente anual, bajo sanción de ser transferidas forzosamente a un tercero e, incluso, de caducar.

La CPR señala que este régimen debe ser establecido por la ley orgánica constitucional correspondiente, y tender directa o indirectamente a obtener el cumplimiento de la obligación del titular de la concesión en torno a desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento (art. 19 N° 24 inciso 7º)

Conveniente es precisar que la patente minera es la expresión material de la obligación de amparo, y que su pago representa el ánimo de conservar la concesión en el patrimonio de su titular. Particularmente en nuestro país la patente reviste una naturaleza sui géneris; no es una patente propiamente tal, ya que su pago no se exige como requisito para ejercer una profesión o industria, tampoco es una tasa o derecho, porque no existe una contraprestación por parte del Estado; asimismo, no constituye un impuesto o contribución, ya que su principal función no es proporcionar recursos al Estado y, por otro lado, no compromete todos los bienes del deudor, sino únicamente la concesión desamparada.

La patente minera es de exclusivo beneficio fiscal (art. 12 inciso 1º LOC, y art. 163 del Código de Minería).



## CAPÍTULO IV: ROYALTY. ¿REGALÍA O RENTA MINERA?

Ahora bien, en vista de todos los antecedentes hasta aquí anotados, ya es posible hacer un análisis jurídico del Mensaje del Presidente de la República con el que inició el Proyecto de Ley que pretendía establecer una Regalía Minera Advalorem y crear un Fondo de Innovación para la Competitividad<sup>5</sup>.

Muchos argumentos se han esgrimido a favor de su implementación<sup>6</sup>, pero la cuestión es discutible, como prácticamente todo en las ciencias jurídicas.

### ACERCA DE SU NATURALEZA

“Royalty” o “regalía” se entiende por el pago, que deberían efectuar al Estado las empresas que explotan minerales, de un precio –determinado en diversas formas- que tendría como fundamento la especie de propiedad de que gozaría el Estado sobre todas las minas existentes en el territorio nacional.

Es necesario ahora discernir si el Royalty sería un tributo o el simple pago de un precio que se adeuda.

Según el Derecho Tributario<sup>7</sup> los recursos que obtiene el Estado puede entrar a las arcas fiscales como “derivados”, es decir, extraídos de un patrimonio ajeno al suyo, y nacen del poder de imperio que se reconoce al Estado. Es el caso de los tributos, que configuran la más radical de las manifestaciones de la soberanía del Estado.

<sup>5</sup> Mensaje N° 126-351, de 05 de julio de 2004.

<sup>6</sup> Por ejemplo:

#### **LAS MINAS SON DEL ESTADO Y, POR LO TANTO, DE TODOS LOS CHILENOS.**

No obstante, desde un punto de vista económico (con incidencia evidente en lo jurídico) es un hecho que la mayoría de las sustancias minerales y las minas de que forman parte están ocultas a los ojos del hombre y *no tienen existencia ni propietario hasta que alguien las descubra* y evalúe. Por esta razón, la colectividad nada sabe ni nada puede obtener o esperar de esas minas si alguien, previamente, no las pone de manifiesto. Eso lo hace el minero, y por su propia cuenta y riesgo. Por cierto, si la exploración fracasa, las pérdidas las asume únicamente el minero, sin que al Estado corresponda obligación alguna.

#### **LA RIQUEZA MINERAL ES AGOTABLE Y NO RENOVABLE**

Es evidente que los recursos mineros son agotables, puesto que no se regeneran naturalmente y que su reciclaje es limitado. Sin embargo, el carácter agotable de la riqueza mineral es esencialmente relativo, ante todo porque la noción de reservas económicamente factibles es a su vez relativo, pues depende de los costos estimados para extraerlas y de los precios internacionales.

Por lo tanto, es indispensable estimular la exploración. Por otro lado, hasta hoy no se sabe de ninguna actividad extractiva de recursos naturales agotables que haya desaparecido por agotamiento de la materia prima; sí se sabe de actividades extractivas de recursos renovables que de hecho se extinguieron por la virtual desaparición de la materia prima. De esta manera, suele suceder que un recurso renovable, como el maderero o pesquero, se convierte en agotable cuando se regenera a una velocidad menor que su consumo, y por eso se suele hablar de “especies” en extinción (nótese que nunca se ha oído de “minerales” en extinción). Al contrario, un recurso que en teoría es agotable se transforma prácticamente en inagotable cuando, como ha ocurrido en la minería, se descubren una y otra vez nuevas reservas gracias a la exploración.

#### **EL ROYALTY A LA MINERÍA SE CONTEMPLA EN OTRAS LEGISLACIONES**

**La circunstancia de que algunas naciones ya desarrolladas incluyan royalties no es aplicable a nuestro caso.**

En efecto, muchas de ellas simplemente carecen de minería o han optado por desincentivarla, y además ya cuentan con un capital humano altamente calificado.

**El hecho de que algunos países en vías de desarrollo contemplen royalties tampoco es determinante.** Por otro lado, la comparación entre diferentes legislaciones es difícil. En efecto, para apelar al ejemplo de otros países, es necesario realizar una comparación global entre los sistemas tributarios completos de cada país.

En cambio, los recursos “originarios” o “patrimoniales” son aquellos que el Estado obtiene, como cualquier otra persona natural o jurídica, por el aprovechamiento económico de su propio patrimonio. Estos recursos pueden consistir en precios, frutos o rentas.

A su vez, estos recursos originarios se subclasifican en aquellos que el Estado obtiene como “propietario común”, del mismo modo en que lo hace cualquier particular y a título de arriendo, venta, permuta, donación, etc.

En cambio, el Estado actúa como un “propietario especial” cuando el dominio de que goza sobre ciertos bienes no es de la misma especie o naturaleza que la propiedad regida por el sistema común de dominio, situación en que actúa como un propietario especial o inmanente. “Inmanente”, para el Diccionario, es algo inherente a algún ser o va unido de un modo inseparable a su esencia, aunque racionalmente pueda distinguirse de ella.

El Estado detenta el dominio inmanente de ciertos bienes tales como las aguas interiores, el mar patrimonial y los bienes nacionales de uso público. En ocasiones, el Estado autoriza que algunos de estos bienes sean explotados por particulares, a través de permisos, concesiones administrativas, contratos especiales de operación, etc.

Ahora bien, en los Fundamentos del Proyecto, se comienza haciendo alusión al tenor literal del artículo 19 número 24 inciso 6° (“El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas...”), el cual produce la impresión, por lo enfático de sus términos, de que el Estado es dueño directo, en la misma forma en que podría serlo cualquier otro propietario, de toda la riqueza minera.

Sin embargo, como se señala capítulos más atrás, aunque del tenor literal de la Constitución pudiera parecer que el Estado tiene siempre el mismo tipo de relación con la riqueza minera, cualquiera sea la naturaleza de ésta o la forma en que se presente, lo cierto es que, jurídicamente dentro de la misma letra de la Carta, los tipos o formas de relación del Estado con esa riqueza no tienen siempre las características que el precepto señala, sino que revisten diversas fórmulas.

De esta manera, en Mensaje hace ver que hoy en día el Estado, en relación a la riqueza minera, se sitúa tanto en la categoría de “propietario común” como en la de “propietario especial”<sup>8</sup>.

Cabe agregar también que la variedad de vías y formas en que se puede manifestar el aprovechamiento de la riqueza minera, conduce a concluir que la expresión constitucional tan potente con que la Constitución instituye al Estado como dueño absoluto y exclusivo de tal riqueza, es en realidad una manera de expresarse que está dirigida a abarcar los muchos medios y fórmulas mediante los cuales la Carta puede fomentar el aprovechamiento de la riqueza minera, de manera que el Estado en definitiva viene a constituirse en un verdadero tutor de ese medio

<sup>7</sup> Apuntes de Cátedra de *Derecho Tributario*, impartida por don Juan Albornoz R., Universidad Austral de Chile, año 2004.

<sup>8</sup> En la primera categoría se ubica en relación con las sustancias concesibles, desde que sólo puede acceder a ellas si obtiene una concesión de exploración y/o de explotación como un particular cualquiera, por medio de empresas de las que sea dueño o en las cuales tenga participación, que constituyan o adquieran la respectiva concesión minera y que se encuentren autorizadas para tal efecto de acuerdo con las normas constitucionales. La segunda categoría, la de propietario especial, es aquella en que el Estado se encuentra respecto de las sustancias no concesibles: hidrocarburos líquidos y gaseosos, litio, etc., que el Estado puede explotar directamente o por sus empresas, o por medio de concesiones administrativas o de contratos especiales de operación, todo ello con los

económico (la Constitución le ha reconocido esta calidad porque es necesario que exista un ente superior que regule otros aspectos del aprovechamiento de esta riqueza, abierta a todos quienes tengan interés de hacerlo).

Así, la Constitución ha colocado al Estado en posturas diferentes, según la sustancia mineral de que se trate. De allí es posible inferir que el constituyente, al extender la relación del Estado con la riqueza minera a todas las especies y formas de la misma, atribuyéndole para ello el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de esa riqueza, pretendió sólo expresar la amplitud de las atribuciones de que goza, que le permite ejercerlas a través de diversos medios, según el régimen jurídico de que se trate: explotación directa, concesiones administrativas, contratos de operación, concesiones mineras, etc. Se trata entonces, en verdad, de una responsabilidad superior de tuición general, encaminada a que la nación aproveche al máximo las posibilidades de progreso que brinda la minería.

También es posible hacer ciertos reparos a este dominio del Estado a la luz de las características de las concesiones mineras que en más atrás se enumeraron. Todas ellas permiten diferenciar nítidamente el régimen de las concesiones mineras del que es propio de las concesiones simplemente administrativas. Ello se debe, entre otras muchas razones, a que las primeras se otorgan por los tribunales sin intervención decisoria alguna del Ejecutivo; a que la extinción de la concesión minera queda entregada sólo a los tribunales; a que la concesión minera es oponible al propio Estado, y el titular puede defenderla por todos los medios que le franquea la ley, incluso del propio Estado; y a que la concesión minera de explotación tiene duración indefinida y ello conduce a que el concesionario pueda apropiarse de todas las sustancias, hasta el total agotamiento de la mina. En síntesis, es posible establecer que, de acuerdo con la propia Constitución Política, el Estado no es dueño de las minas que se comprenden en la concesión judicialmente otorgada a un particular, ni tiene la calidad de propietario común ni la de dueño especial de esas minas, sino solamente, un dominio sui generis..

En definitiva, si se recuerda que el Royalty supone que quien lo impone es dueño del bien al cual se refiere, y se recuerda también que el Estado no es real, efectiva y propiamente dueño del mineral comprendido en la concesión, en el ordenamiento institucional chileno no existe espacio para que se autorice la dictación de una ley que imponga tal Royalty a las concesiones mineras.

Unicamente podría el Estado establecer un Royalty para las sustancias no concesibles, en cuanto “propietario especial” de ellas.

Todo los argumentos anteriores no podrían verse afectados porque la Ley Orgánica disponga que el concesionario minero se hace dueño de las sustancias *al extraerlas*, porque esa norma legal no implica que el Estado haya sido dueño pleno y directo antes de la extracción, ni permite tampoco que se pueda dejar de lado el régimen jurídico aplicable a las concesiones que la Constitución misma asignó a las minas y sustancias minerales susceptibles de concesión judicial<sup>9</sup>.

---

requisitos y condiciones que fije el Presidente de la República por decreto supremo.

<sup>9</sup> Ossa Bulnes, Juan Luis. En *Revista del Abogado*, Número 30, Abril de 2004, pág. 6.

Por ello, con lo hasta aquí expuesto, la “compensación” propuesta en el Proyecto sería inconstitucional, porque el Estado no es en realidad el *dueño patrimonial y directo* de los yacimientos cuyos minerales son susceptibles de concesión, más todavía cuando esos yacimientos ya han sido objeto de concesión. Así, es posible inferir que la “compensación” sería en realidad un impuesto<sup>10</sup>.

Pero probablemente estos argumentos no sean suficientes para calificar al Royalty como un tributo. Recordemos que con el concepto de “tributo” se designa a la extracción de recursos por parte del Estado a las personas que realizan ciertos actos lícitos, en uso de su poder soberano, y sin que el sujeto pasivo de la obligación tributaria reciba algo a cambio.

Se ha dicho que esta regalía no es un tributo, sino que una obligación impuesta al concesionario minero, que sería de naturaleza distinta (una “contraprestación”, o “compensación” por el uso de recursos naturales no renovables). Se funda este argumento en lo dispuesto en el inciso séptimo del N° 24 el artículo 19 de la Constitución, que –en lo pertinente- expresa que *“Dichas concesiones se constituirán siempre por resolución judicial y tendrán la duración, conferirán los derechos e impondrán las obligaciones que la ley exprese, la que tendrá el carácter de orgánica constitucional”*.

Dicho de otra forma, la ley orgánica constitucional puede establecer obligaciones para el concesionario minero y, a la inversa, para que un proyecto de ley en este tema sea considerado ley orgánica constitucional debe imponer una obligación al concesionario minero<sup>11</sup>.

Pero además, y en otro ámbito de materias, no es efectivo que el proyecto sea materia de Ley Orgánica Constitucional. En efecto, para que se diera la tesis gubernamental que es una obligación impuesta al concesionario minero, tendría el proyecto que imponerle una obligación a éste en su carácter de tal. Sin embargo, al leer con detalle el proyecto se descubre que no hay tal, pues se crea un nuevo personaje que es el “explotador minero”, que el propio proyecto define como *“toda persona que extraiga sustancias minerales de carácter concesible y las venda en cualquier estado productivo en que se encuentren, ya sea que dicha extracción y venta se haga a título de concesionario, o a cualquier otro título derivado directa o indirectamente de algún acto jurídico celebrado con el titular de una concesión minera de explotación”* (art. 17), que por ende puede no ser el concesionario minero, que es quien queda afecto al impuesto. Así, por ejemplo una empresa que no tenga ninguna concesión puede arrendar una y explotarla, y de acuerdo al proyecto es la que queda gravada con la regalía. Aún en el caso que el concesionario minero explote directamente la concesión, el pago de la regalía tendrá que hacerla a título de “explotador minero” y no como “concesionario minero”, pues que ambas calidades son jurídicamente distintas como quiera que el explotador puede no ser concesionario. Al no haber una obligación impuesta al concesionario minero, no puede ser materia de una Ley Orgánica Constitucional, sino de ley simple y no queda otra alternativa que entender la regalía como un tributo, que afecta al explotador de un yacimiento minero.

---

<sup>10</sup> Ibid, pág. 6.

## DEFINICIÓN DE LA BASE IMPONIBLE

Se define una base imponible para la aplicación de la regalía, que tiene aspectos altamente cuestionables tanto por el lado de los ingresos como por el lado de las deducciones.

Al computar los ingresos, se establece que se deberán adicionar los de las empresas relacionadas que hayan tenido participación en el proceso de explotación, procesamiento y comercialización del mineral. El objeto de esto, es impedir que los inversionistas radiquen la mina en una sociedad que venda a otra el mineral para procesarlo y comercializarlo. Se ha dicho que esto pretende evitar “elusión” de la regalía.

Profundo error. En primer lugar, si el argumento para imponer el Royalty es que las mineras están aprovechando un recurso no renovable que pertenece a todos los chilenos, por qué se impone la regalía a procesos que exceden la explotación del mineral, como son los procesos industriales y comerciales posteriores, que ya no son mineros. En este sentido es un tributo que importa una discriminación arbitraria, porque los demás procesos industriales y comerciales existentes en Chile no sufren ningún gravamen especial. Pero además el efecto es gravísimo, toda vez que esta norma importa un desincentivo a la agregación de valor en el país, incentivando por el contrario la exportación de concentrados de mineral sin proceso. Es sorprendente que frente a la típica queja que sólo se exporta mineral sin valor agregado, se adopte una norma que incentive hacerlo de esta manera. Finalmente, resulta ser discriminatorio frente a los proyectos en actual operación, porque los que los diseñaron como exportación de concentrado saldrán beneficiados respecto de los que exportan mineral procesado.

En suma, lo que debiera expresamente permitirse, radicar la mina en una empresa distinta para mitigar los efectos distorsionadores del Royalty más allá de la explotación de mineral, se entiende como una elusión.

En relación con las deducciones, la norma también es preocupante. Qué ítems son susceptibles de deducirse es materia de discusión; de hecho, hay países en los que existe Royalty en que no se admite deducción alguna. Lo preocupante es que las deducciones inciten a determinados comportamientos en la gestión de las empresas, distorsionándola; y es lo que sucede en este caso. En efecto, se prohíbe la deducción de cualquier servicio pagado, salvo contadas excepciones, lo que contrasta con la autorización para rebajar la adquisición de insumos y los sueldos del propio personal, lo que parece evidenciar el ánimo de desincentivar el uso de contratistas y obligar a la internalización de actividades. La existencia de contratistas de especialidad es básica en la empresa moderna para ser eficiente y rebajar costos, lo que constituye un imperativo para una economía abierta e insertada en un mundo global. Por último, nuevamente sorprende que mientras se haga un llamado a las empresas mineras a concretar el “cluster” minero, que no es otra cosa que dejar valor y potenciar las actividades de la región en que están ubicadas adquiriendo servicios en ella, se toma una medida que precisamente desincentiva hacerlo.

---

<sup>11</sup> Buchheister, Axel, en *Temas Públicos* N° 683, Instituto Libertad y Desarrollo, 16 de julio de 2004.

## ¿IMPUESTO A LA RENTA?

Después de lo anteriormente expuesto, donde creo se ha logrado demostrar la naturaleza de impuesto de esta regalía, cabe discernir sobre la naturaleza específica de este tributo.

El proyecto no aclara la naturaleza de la regalía.

La regalía sería un tributo y –cuando menos- un **impuesto a la renta**. En verdad, mediante este sistema se privaría al inversionista de parte del flujo de ingresos, que en cuanto no excede el monto de las utilidades significa privarlo de parte de su renta; en cuanto lo exceda, pasa además a ser un impuesto patrimonial. A saber, la regalía, según como se contemplaba en el proyecto, sería de un 3% **sobre la venta neta anual** (art. 18), y no sobre la Renta Líquida Imponible<sup>12</sup>. La venta neta se define como la diferencia entre las ventas brutas de la compañía y algunos de sus costos de producción. Se excluyen explícitamente los costos asociados a la depreciación, servicio de deuda y otros aspectos importantes, algunos directamente relacionados con la faena (art. 19 en el Proyecto).

Veamos el siguiente ejemplo:

Ventas Totales (1)	100,0	
Costos de Explotación (2)	62,0	
Depreciación (3)	16,0	
Resto (4)	46,0	
Margen de Explotación (4) = 1-2	38,0	
Otros Gastos (5)	11,0	
Resultado Final (6)= 4 - 5	27,0	
Base Impuesto a la renta (6)	27,0	<b>EMPRESA MINERA DE COBRE</b>
Impuesto Royalty (7)= (1 - 4)*3%	1,6	<b>ESTADO DE RESULTADOS BASE</b>
Equivalencia Royalty en Renta (7)/(6)	6,0%	<b>100=VENTAS TOTALES</b>

Notas:

(5) Incluye principalmente los gastos financieros

Efectivamente, si a una empresa que tiene un margen de 20% se le aplica un impuesto de 1,1% sobre las ventas brutas, dicho cobro es equivalente a una tasa de impuesto adicional de 6% sobre la renta, es decir equivale a elevar la actual tasa de primera categoría que es de 17% sobre la renta de la compañía a cerca de 23%<sup>13</sup>.

Así, el proyecto plantearía un sistema completamente particular para la determinación del monto de la regalía, completamente diferente al sistema tributario vigente.

<sup>12</sup> Apuntes de Cátedra de *Derecho Tributario*, impartida por don Juan Albornoz R., Universidad Austral de Chile, año 2004.

<sup>13</sup> *Temas Públicos* N° 671, Instituto Libertad y Desarrollo, 23 de abril de 2004, p. 2.

## ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA REGALÍA

Además de lo ya plateado acerca de si la regalía es o no materia de una Ley Orgánica Constitucional, hay también otros aspectos constitucionales que llaman la atención.

Uno de ellos es que el proyecto proponía una tasa diferenciada de 3% para la explotación de yacimientos metálicos y de 1% para los no metálicos.

Establecía esta distinción sin una justificación evidente, lo que ponía en duda su constitucionalidad, en consideración a lo dispuesto en el N° 22 de artículo 19 de la Carta Fundamental, que garantiza “*La no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica*”<sup>14</sup>. Se ha dicho por parte de los impulsores del proyecto que la razón estaría en la menor rentabilidad que exhiben los proyectos de minería no metálica en comparación con los metálicos. Desde luego, tal aserto no ha sido técnicamente respaldado.

El anuncio original del gobierno consideraba una tasa progresiva que variaría de acuerdo al aumento de la rentabilidad del proyecto minero, lo que automáticamente solucionaba el problema de diferencia de rentabilidades. Sin embargo, se prefirió una distinción discrecional de tasas.

Incluso el propio proyecto hacía aplicable la regalía a partir de un margen operacional de 15%, lo que también suponía una adecuación por rentabilidad. En definitiva, ¿por qué un proyecto no metálico que tenga un margen superior al 15% debía pagar menos que uno metálico?

Cabe señalar que tampoco se explicó la razón de sustituir el margen que se anunció como umbral de aplicación de la regalía de 5% por el de 15%. Esto derivaría en que se disminuye sensiblemente el número de empresas que estarían sujetas a regalía, dejando muy pocas afectas a la misma.

Tanto el alza del umbral como el trato más favorable a la minería no metálica configuran discriminaciones arbitrarias, en la medida que constituyen regímenes diferentes que no fueron justificados.

Lo que resultaría preocupante es que dicha diferenciación discrecional tenga origen en el hecho que aquellos que resultan no gravados o beneficiados con un tratamiento más favorable son inversiones preponderantemente chilenas, y los que resultan gravados son fundamentalmente extranjeras.<sup>15</sup>

Por otro lado, se dijo también que el producto de la regalía sería aplicado a un Fondo de Innovación para la Competitividad, cuyo destino sería en un 80% regional.

Es menester desmentir lo anterior, porque si bien el proyecto crea un fondo con las características anotadas (art. 5°), los recursos del Royalty no son destinados a financiarlo.

<sup>14</sup> La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema, ha dicho reiteradamente que arbitrario es aquello que carece de razón o es caprichoso.

<sup>15</sup> En este punto, es menester presente que nuestro país asiste a una novedad mayor en materia de responsabilidad civil y procedimiento judiciales: recientemente se ha dictado un fallo por el CIADI, tribunal arbitral internacional, que condenó a Chile a pagar una cuantiosa indemnización por el trato dispensado a un inversionista extranjero. Si bien el tema ahí debatido no guarda relación con el “Royalty”, lo que es relevante –de acuerdo a los antecedentes disponibles– es la forma de ponderar de los hechos por parte del tribunal, que dista mucho de lo que son las prácticas nacionales. Por consiguiente, cualquier iniciativa debe tener una clara fundamentación y respaldo, lo que hasta ahora no ha sucedido con el tratamiento distinto que se otorga a los diversos proyectos mineros.

Efectivamente, el artículo 6° del proyecto disponía que el Fondo se financiaría con los recursos que anualmente destine la Ley de Presupuestos, además de posibles donaciones. En otras palabras, no existía ninguna garantía que dicho Fondo obtuviera los US\$ 100 millones que se supone recaudaría la regalía, sino que finalmente llegaría a lo que anualmente el gobierno destine en la Ley de Presupuestos, debiendo recordarse que ésta es de iniciativa exclusiva del Ejecutivo.

Desde mi posición, la afectación de la regalía a un fondo es inconstitucional, toda vez que la Carta Fundamental (art. 19, N° 20) prohíbe la afectación de tributos a un destino determinado, salvo ciertas excepciones que no son el caso. Pero para aquellos que sostienen que la regalía no es un tributo, no debiera haber obstáculo para que propongan su afectación.

Finalmente, existía una regulación específica en el anuncio efectuado que es igualmente inconstitucional. Se establecía que por tres años el nuevo tributo sería crédito contra el Impuesto de Primera Categoría que afecte a las empresas mineras, pero en ningún caso podría ser trasladado a los años siguientes. No se explicó por qué el crédito no era susceptible de ser traspasado a ejercicios futuros. El efecto práctico de esta restricción arrojaría un resultado aleatorio en la situación de las empresas, que dependería de la fecha en que iniciaron actividades. Si eran lo suficientemente antiguas, en términos de haber agotado las pérdidas por la puesta en marcha del proyecto, habrían tenido impuestos a pagar y podrían haber recuperado el costo de la regalía; las que partieron más tarde, habrían tenido que soportar definitivamente su costo<sup>16</sup>. Se trataba de una norma técnicamente arbitraria y de una suerte de revancha por haber tenido pérdidas en conformidad a la ley vigente, más allá de los deseos de los creadores de la propuesta. Hay que recordar que para todas las normas han sido las mismas y el hecho de tener pérdidas acumuladas a un momento dice relación fundamentalmente con el momento en que se inició la explotación de la mina: las más antiguas ya tienen agotada su depreciación y han comenzado a tener utilidades. Por lo mismo, la forma de establecer ese crédito constituía una discriminación arbitraria y que afectaba la igualdad ante la ley, lo que resulta manifiestamente contrario a los principios constitucionales ya referidos<sup>17</sup>.

Más aún, fue reconocido por las autoridades que ello buscaba gravar a las empresas que han utilizado depreciación acelerada, lo que constituye un desconocimiento de la legitimidad del uso de un sistema establecido en la legislación general y de la invariabilidad de las normas que lo regían, que fue pactada en los contratos de inversión extranjera (art. 11 bis D.L. 600).

## **SITUACIÓN DE LA REGALÍA RESPECTO DEL DL 600**

El proyecto, al no aclarar la naturaleza de la regalía, deja al inversionista que ha celebrado un contrato de inversión extranjera, en una ambigua posición respecto de la invariabilidad tributaria del 42% que se le ha garantizado en su contrato-ley.

<sup>16</sup> Buchheister, Axel. **Presentación Ante la Comisión de Minería de la Cámara de Diputados**. Comentarios al proyecto de ley que establece una Regalía Minera Advalorem y crea Fondo para la Competitividad.

<sup>17</sup> *Temas Públicos* N° 671, Instituto Libertad y Desarrollo, 23 de abril de 2004, p. 5.



En la medida que de hecho es un impuesto a la renta, pero no se le reconoce como tal, el inversionista enfrenta una dicotomía al instante de decidir la aplicación de la invariabilidad tributaria con tasa de 42% del D. L: 600. En efecto, al momento que las empresas empiezan a tener utilidades, les corresponde decidir si aprovecharán la garantía de invariabilidad tributaria que les acuerda su contrato, que significa que deben tributar por 10 ó 20 años con una tasa de 42% como carga tributaria total a la renta; de lo contrario pueden someterse a la regla general, que hoy es 35% pero sujetas al riesgo que se cambie.

Pues bien, al no estar jurídicamente definida la regalía, sucede que al inversionista no le quedaría claro si acogerse al régimen tributario especial que nuestra legislación le ofrece. Si opta por él, pagará 7 puntos porcentuales adicionales y correría el riesgo que debería pagar además la regalía; por el contrario, si se somete a la regla general, correría el riesgo que la regalía se incremente y la suma de ambos tributos exceda el 42%.

Por ejemplo, bajo un supuesto en que la base del ejercicio sean las ventas totales, en que los costos de explotación sean equivalentes a un 62% de las ventas totales, y mientras que la depreciación (lineal) y los otros gastos, principalmente financieros, equivalgan a un 16 y 11% respectivamente, se llegaría a una Utilidad del Ejercicio, base para el impuesto de primera categoría y adicional en caso requerido, que sería equivalente a un 27% de las ventas totales. Por ello si el accionista extranjero deseara retirar todas las utilidades del ejercicio y estuviese sujeto a la tasa de 42% sobre los retiros, pagaría un total de 11,3% de las ventas brutas (27 multiplicado por 42%).

Esta misma empresa debería ahora pagar un impuesto Royalty equivalente al 3% de las ventas brutas, que en este ejercicio serían las ventas totales menos los costos de explotación distintos de depreciación, con lo cual el monto a pagar sería equivalente a 1,6% de las ventas totales, lo que expresado como porcentaje de la utilidad del ejercicio es igual a un 6%. Es decir, si el inversionista paga actualmente una tasa de 42% sobre la renta/retiro se le agrega con este impuesto Royalty el equivalente a un 6% adicional, quedando con una carga tributaria total de 48%.

Ahora bien, a pesar de las complejidades que muestra la regulación tributaria a la minería del cobre en el mundo, tratando de estimar la carga tributaria sobre las rentas económicas de una mina de cobre incluyendo tanto impuestos a la renta, retiros, Royalty y otros, llevando al resumen que se presenta en el siguiente Cuadro. Este ranking fue realizado antes de que se modificase la ley tributaria en Chile que elevó la carga tributaria efectiva en nuestro país, especialmente para empresas intensivas en capital. Asimismo, no incluye el reciente Royalty establecido en Perú<sup>18</sup>.

**Cuadro: Tasa de Impuesto efectiva Minería del Cobre Como % de la utilidad total<sup>19</sup>.**

Chile	36.6
Polonia	37.1
Zimbabwe	39.8

<sup>18</sup> Que afectará a los nuevos proyectos con una tasa sobre las ventas de 1% a proyectos con ventas de hasta US\$ 60 millones, de 2% con ventas de entre US\$ 60 y US\$ 120 millones y finalmente de 3% para ventas superiores a US\$ 120 millones

<sup>19</sup> Fuente: *Temas Públicos* N° 683, Instituto Libertad y Desarrollo, 18 de julio de 2004.

Argentina	40
China	41.7
Perú	42.8
<b>Chile*</b>	<b>42.6</b>
Bolivia	43.1
Africa del Sur	45
Filipinas	45.3
Kasajstán	46.1
Tanzania	47.8
Indonesia	48.6
México	49.9
Ghana	54.4
Papua Nueva Guinea	57.8
Uzbekistán	62.9
Burkina Faso	83.9

\* Esta sería la tasa con Royalty y variabilidad tributaria

En este Cuadro se coloca a Chile con una carga efectiva de 36,6% dado que lo más probable en ese momento era que una empresa minera se acogiese a la tasa variable de 35% ya que no había amenazas de nuevos impuestos, Royalty u otros. Lo más probable es que en la actualidad una compañía preferirá la tasa de 42% ya que no hay ninguna seguridad de que no se establecerán nuevos impuestos a la minería en el futuro. De hecho, este Royalty podría ser el comienzo de una escalada de tributos sobre los recursos naturales.

De esta manera, la carga estimada para un proyecto minero en Chile se eleva a cerca de 48%, donde se incluye la tasa de 42% sobre la utilidad/retiro más el Royalty en discusión. Esta tasa de impuestos nos colocaría por sobre Polonia, Zimbabwe, Argentina, China, Perú (incluyendo el nuevo Royalty), Bolivia, África del sur, Filipinas, Kazajstán y Tanzania.

Por tanto, este Royalty genera dos efectos. El primero es expropiar parte de la tasa de retorno que tenían contemplados los inversionistas cuando invirtieron en Chile y se les aseguró que el contrato de inversión extranjera se respetaría. Esto no provoca un cambio en la cantidad producida por los proyectos en marcha salvo para las futuras ampliaciones que serán descartadas debido al aumento en el costo total. Lo segundo tiene que ver con los futuros proyectos, ya que al elevarse la carga tributaria total se requerirá una tasa de retorno mayor, lo que dejará fuera de competencia a yacimientos que se hubieran explotado de no existir este nuevo impuesto, tal como ha ocurrido en Perú.

Adicionalmente, se produce una situación paradójica, ya que se incluyen en este Royalty a la minería no metálica, donde se da la situación que acontece con la sal en donde si el consumo mundial de sal dependiera del salar de Sal Lobos, por ejemplo, existirían recursos suficientes por los próximos 5.500 años. Es más, se agrega que el 60% de la sal en el mundo es producida a través de un proceso de evaporación solar de agua de mar, y en Chile existen más de cuatro mil

kilómetros de costa, por lo cual es un producto infinito e ilimitado, y en ese sentido no tiene lógica aplicar una normativa tributaria que parte de la base de que hay escasez relativa del recurso.

Peor aún es la situación que afectará, por ejemplo, a la industria nacional de cemento ya que este Royalty elevará los costos de producción, mientras que el cemento importado se venderá en Chile sin incluir Royalty alguno. En este sentido se terminaría beneficiando a las empresas peruanas que exportan cemento hacia Chile, dejando en desventaja a los productores nacionales.

## CONCLUSIONES

Finalmente, teniendo en cuenta todos los antecedentes hasta aquí expuestos, se está en condiciones de afirmar lo siguiente.

En el plano estrictamente jurídico:

La regalía, stricto sensu, es la cantidad que se paga al propietario de un derecho a cambio de un permiso para ejercerlo. En este caso, pagar por la explotación de los recursos minerales del país. La figura cobraría plena eficacia en caso de certeza cognitiva sobre quién es realmente el dueño de las sustancias minerales susceptibles de concesión minera. En primera instancia, se supone que el Estado. Pero se ha llegado a la conclusión que este es un domino sui generis, porque a fin de cuentas el Estado se encuentra del todo inhabilitado para usar y gozar de la mina, tratándose entonces, en verdad, de una responsabilidad superior de tuición general. Además el propio Código de Minería reconoce que el concesionario se hace dueño de los minerales que extrae (inciso 2º art. 116). Así, el dueño en última instancia, es el concesionario.

La regalía entonces pierde su objeto, transformándose de una obligación de pagar al Estado una suma de dinero por el derecho a explotar (la contraprestación), en una obligación de pago al Fisco sin recibir nada a cambio, en otras palabras: un **impuesto** (teniendo además en cuenta todo lo expuesto sobre este punto en el último capítulo de esta memoria).

Veámoslo desde otro punto de vista. El Royalty parte de un supuesto jurídico errado. Para el Gobierno, el concesionario debería pagar por la explotación de la riqueza mineral (la regalía); de esto se puede inferir que el título de adquisición de los minerales, al pagar por ellos es la compraventa. Pero ello no es así. Si el Royalty fuera una compensación por los minerales no renovables que pertenecen al Estado, como sostiene el mensaje del Presidente, entonces el legislador estaría construyendo una compraventa forzada entre el explotador y el Estado. El Royalty sería el "precio" de este contrato. Esta tesis es jurídicamente absurda, porque el título de adquisición del mineral ha sido siempre la concesión de explotación y el modo de adquirir, la "ocupación".

Con lo hasta aquí dicho, la regalía sigue teniendo naturaleza de **impuesto**.

Pero aún así no habría mayor problema con la implementación de este impuesto sobre aquellas empresas mineras sujetas a un régimen tributario común, ya que sólo se trataría de una modificación de las normas imponibles.

Ahora, ¿qué ocurre con aquellos inversionistas de empresas mineras que han firmado un contrato de Inversión Extranjera con el Estado al amparo del DL 600 y que se han acogido al régimen especial de invariabilidad tributaria que el artículo 11 bis ofrece a los megaproyectos?. Aquí la situación cambia radicalmente. Es de la naturaleza de este régimen especial, en resumen, que se mantendrá invariable una tasa del 42% como carga impositiva efectiva total a la renta a que estarán sujetos, hasta por 20 años. Esta es una obligación que asume el Estado mediante la firma del contrato-ley, y no puede ser modificado sino por acuerdo de las partes contratantes, o mediante la renuncia a este derecho especial por parte del inversionista. En definitiva, no puede modificarlo el Estado mediante una ley.

El propósito del Gobierno era aplicar in acto la regalía advalorem, pero como concluimos que de la manera en que estaba planteada configuraba un impuesto, y dadas las condiciones del párrafo anterior, se vulnerarían los derechos garantizados al inversionista en su contrato-ley, ya que se incrementaría la tasa efectiva total invariable que había escogido. Se produce entonces el incumplimiento de una obligación asumida por el Estado.

Al verse privado el inversionista de un derecho del cual es propietario, y siendo el Estado quien lo priva de él, se produce incluso una expropiación que no cumple con los requisitos señalados en la propia Carta Fundamental (art. 19 N° 24)

En definitiva, a no ser que el inversionista extranjero acogido al régimen especial de invariabilidad tributaria renuncie a él, y siendo la regalía un impuesto, su aplicación in acto afecta sus derechos..

Pero también es posible encontrar otras normas constitucionales comprometidas:

Se hacía una interpretación de la Constitución en forma parcelada. Es impropio leer la declaración del dominio absoluto, exclusivo, inalienable, e imprescriptible del Estado, sin además leer las demás frases del inciso 7° y aquella del inciso 10°, que dispone que "el dominio del titular sobre su concesión minera está protegido por la garantía constitucional de que trata este número". Alguna doctrina sostiene que mientras los minerales no se extraen, el Estado continúa siendo dueño de ellos, lo que permitiría en ese momento cobrar un Royalty. Lo anterior no es efectivo. En primer lugar, el proyecto proponía el cobro del Royalty sobre las ventas de minerales ya extraídos por el concesionario. Ello permitiría de inmediato rebatir el cobro con el mismo argumento, porque se estaría cobrando un precio a quien ya es - indiscutiblemente- su dueño, por haberlo extraído al momento del cobro.

Pero además, en derecho constitucional el concesionario es dueño de una cosa incorporal, la concesión de explotación, que lo habilita para extraer y hacerse dueño paulatino del mineral. Si el Estado se desprendió de sus atributos y facultades más básicos del dominio sobre ese mineral al concesionarlos, le está vedado por la Constitución cobrar un precio por ello, a menos que lo haga por la vía tributaria, imponiendo un tributo.

Es aquí donde irrumpiría con facilidad una grave vulneración de la igualdad constitucional que asegura el artículo 19 N°2 de la Constitución, al establecer el proyecto una diferencia completamente caprichosa al imponerse el Royalty a minerales que son perfectamente renovables, o cuyos plazos de agotamiento son de 500% o más por ciento de largos que otros (por ejemplo, la sal, 5.100 años).

En relación a la propiedad. El proyecto vulnera el N°24 del artículo 19 de la Constitución, porque la invariabilidad tributaria es un derecho que no admite limitación ninguna porque es una garantía de carácter formal incorporada a los contratos de inversión; constitucionalmente no admite reducción: o se respeta por el Estado, o se vulnera.

Con respecto a la no discriminación arbitraria en materia económica. El proyecto proponía una tasa diferenciada de 3% para la explotación de yacimientos metálicos y de 1% para los no metálicos. Establecía esta distinción sin una justificación evidente, lo que ponía en duda su

constitucionalidad, en consideración a lo dispuesto en el N° 22 de artículo 19 de la Carta Fundamental.

También, la afectación de la regalía a un fondo es inconstitucional, toda vez que la Carta Fundamental (art. 19, N° 20) prohíbe la afectación de tributos a un destino determinado.

Además, el nuevo tributo hubiera sido crédito contra el Impuesto de Primera Categoría que afecte a las empresas mineras por tres años, pero no habría podido ser trasladado a los años siguientes. No se explicó por qué el crédito no era susceptible de ser traspasado a ejercicios futuros. Como se explicó, la forma de establecer ese crédito constituía una discriminación arbitraria y que afecta la igualdad ante la ley.

Incluso, se podría haber abierto la posibilidad a los inversionista de recurrir al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)<sup>20</sup>.

En el plano político y económico:

El imponer un nuevo impuesto a un sector productivo, como el sector minero, va en contra de la tendencia que se ha seguido hasta ahora, que se basa en la igualdad de condiciones en todas las actividades productivas y en la no discriminación arbitraria. Se abre la puerta a tratamientos sectoriales diferenciados, contradiciendo normas constitucionales precisas y claras que igualmente forman parte del diseño institucional básico que ha permitido al país crecer y consolidarse en los últimos años como una democracia seria y estable. Pero lo más grave es que se estarían alternado las normas de base que se aseguraron a los inversionistas que han apostado a proyectos de largos plazos de maduración, imponiendo un costo adicional que afecta la rentabilidad de los proyectos y lesionando de esta manera un elemento que ha estado en el corazón del éxito económico de Chile, el cual es la confianza en la estabilidad de sus reglas.

Esto produce necesariamente un ambiente de incertidumbre que se verá reflejado en las futuras inversiones en el sector y en el país. No es casualidad que el sector minero sea relevante en nuestro país. A las condiciones naturales se agregan una serie de factores de política, que explican el atractivo de Chile. Si se quiere alterar esas políticas habrá que atenerse a las consecuencias, se perderá competitividad y los inversores elegirán para invertir otros países.

No se puede desconocer las condiciones ofrecidas a quienes se les invitó a participar del desarrollo de nuestro país.

Si se desea aumentar los aportes de la minería al país, la mejor manera de hacerlo es incentivando la inversión en minería y manteniendo la estabilidad de las reglas que han sido la base de nuestro desarrollo económico. Mientras mayor sea esta inversión en el sector, mayor será su contribución tributaria.

Finalmente, la aplicación de un Royalty tendrá efectos negativos, principalmente porque crea una inseguridad jurídica sobre aquellos que sustentan en gran parte el capital minero en

---

<sup>20</sup> Entidad dependiente del Banco Mundial, que tiene por objeto “facilitar la sumisión de las diferencias relativas a inversiones entre Estados Contratantes y nacionales de otros Estados Contratantes a un procedimiento de conciliación y arbitraje”, artículo 2° del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, abierto a la firma de los países miembros del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento el 18 de marzo de 1965. La aprobación legislativa en Chile fue publicada en el Diario Oficial el 9 de enero de 1992.

nuestro país, inversionistas extranjeros, lo que además necesariamente redundará en una distorsión en la asignación de los recursos al disminuir la rentabilidad de las empresas con una aplicación de la regalía sobre los ingresos brutos.

Es todo cuanto puedo decir.

## BIBLIOGRAFÍA

### **Corpus Bibliográfico:**

- Albornoz R., Juan; 2004, Apuntes de *Derecho Tributario*, Universidad Austral de Chile, no publicado.
- *Análisis de Políticas Públicas* N° 23, Fundación Terram, Diciembre de 2003.
- Buchheister, Axel. *Presentación Ante la Comisión de Minería de la Cámara de Diputados. Comentarios al proyecto de ley que establece una Regalía Minera Advalorem y crea Fondo para la Competitividad*, 2004.
- *Economía Internacional* N° 186, Instituto Libertad y Desarrollo, 16 de julio de 2004.
- Eisendecker B., Pablo; 2002, Apuntes de *Derecho Minero*, Universidad Austral de Chile, no publicado.
- Fernandois Vöhringer, Arturo, *Derecho Constitucional Económico*, Tomo I, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 2001.
- *Informe Económico* N° 139, Instituto Libertad y Desarrollo, mayo de 2003.
- Lavandero, Jorge. *Royalty, regalía o renta minera*, Impresos y Ediciones Lafken Ltda, Santiago de Chile, 2003.
- Mayorga, Roberto y Montt, Luis. *Inversión Extranjera en Chile*, Editorial Jurídica ConoSur Ltda., Santiago de Chile, 1994.
- Ossa Bulnes, Juan Luis. *Derecho de Minería*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1999.
- Silva Bascuñan, Alejandro. *Tratado de Derecho Constitucional*,
- *Temas Públicos* N° 589, Instituto Libertad y Desarrollo, 2 de agosto de 2002.
- *Temas Públicos* N° 613, Instituto Libertad y Desarrollo, 17 de enero de 2003.
- *Temas Públicos* N° 631, Instituto Libertad y Desarrollo, 20 de junio de 2003.
- *Temas Públicos* N° 639, Instituto Libertad y Desarrollo, 14 de agosto de 2003.
- *Temas Públicos* N° 658, Instituto Libertad y Desarrollo, 24 de diciembre de 2003.
- *Temas Públicos* N° 664, Instituto Libertad y Desarrollo, 5 de marzo de 2004.
- *Temas Públicos* N° 671, Instituto Libertad y Desarrollo, 23 de abril de 2004.
- *Temas Públicos* N° 683, Instituto Libertad y Desarrollo, 16 de julio de 2004.
- Ravera H. Ernesto; 2003, Apuntes de *Derecho Económico*, Universidad Austral de Chile, no publicado.
- *Revista del Abogado* N° 30, Colegio de Abogados de Chile, abril de 2004.
- Valderrama Hoyl, Pablo y Loiseau, Virginie. *En torno al debate sobre la aplicación de un Royalty o renta minera a la minería del cobre*, Sección Estudios, Biblioteca del Congreso Nacional, Santiago de Chile, agosto de 2003.
- Zavala Ortiz, José Luis, *Manual de Derecho Tributario*, Editorial Jurídica ConoSur Ltda., Santiago de Chile, 2001.



- Zavala Ortiz, José Luis y Morales Godoy, Joaquín. *Derecho Económico*, Editorial Lexis Nexos, Santiago de Chile, 2003.

**Referencia electrónica:**

- <http://www.attac.cl>
- <http://www.amchamchile.cl>
- <http://www.mercurioantofagasta.cl>
- <http://www.prensatocopilla.cl>
- <http://www.conicyt.cl>
- <http://www.sonami.cl>
- <http://www.eldiario.cl>
- <http://www.lyd.org>
- <http://www.emol.com>
- <http://www.economiaynegocios.cl>
- <http://www.quepasa.cl>

## ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	1
<b>CAPÍTULO I: CONSIDERACIONES PREVIAS</b> .....	2
<b>CAPÍTULO II: DL 600, ESTATUTO DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA</b> .....	5
ANTECEDENTES PRELIMINARES .....	5
DERECHOS DE INVERSIONISTA EXTRANJERO .....	6
I.    Derecho a celebrar con el Estado de Chile un Contrato de Inversión Extranjera..	6
II.   Remesas de Capital y Utilidades y acceso al Mercado Cambiario Formal .....	9
III.  Derecho a no ser discriminado .....	9
IV.  Régimen Tributario. La Invariabilidad Tributaria .....	11
V.   Régimen especial del art. 11° bis. El caso de los Megaproyectos.....	13
<b>CAPÍTULO III: LA CONCESIÓN MINERA</b> .....	17
TRATAMIENTO LEGAL .....	17
CONCEPTO .....	17
LA PROBLEMÁTICA DEL DOMINIO MINERO DEL ESTADO .....	18
ALGUNOS DERECHOS ESPECÍFICOS DEL ESTADO RESPECTO DE LAS SUSTANCIAS CONCESIBLES .	19
CARACTERÍSTICAS DE LAS CONCESIONES MINERAS .....	19
OBJETO DE LAS CONCESIONES .....	20
EL AMPARO .....	21
<b>CAPÍTULO IV: ROYALTY. ¿REGALÍA O RENTA MINERA?</b> .....	22
ACERCA DE SU NATURALEZA .....	22
DEFINICIÓN DE LA BASE IMPONIBLE .....	26
¿IMPUESTO A LA RENTA? .....	27
ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA REGALÍA .....	28
SITUACIÓN DE LA REGALÍA RESPECTO DEL DL 600 .....	29
<b>CONCLUSIONES</b> .....	33
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	37