

Legal |  
Opinión | Artículo 1 de 1

# ¿Por qué es necesario repensar la tributación minera en Chile y cómo hacerlo?

**“...Aunque sin duda se trata de un tema sensible, altamente complejo y en extremo importante para la economía del país, el rediseño de la tributación minera en Chile es necesario...”**

Jueves, 25 de marzo de 2021 a las 10:56



A<sup>-</sup> A<sup>+</sup> Imprimir Enviar

**Michelle Azuaje**

El precio del cobre sube y junto a ello volvió a la palestra también la discusión sobre el royalty minero en Chile, motivada por el proyecto de ley de 2018 que “establece en favor del Estado una compensación por la explotación de la minería del cobre y del litio” y que pasó este miércoles su primer trámite legislativo. Su objetivo es establecer un “derecho de compensación” para el Estado que le permita percibir el 3% del valor ad valorem de los minerales extraídos. Más allá de las típicas afirmaciones de acuerdo con las cuales se sostiene que esto es necesario, porque “la gran minería privada no paga lo suficiente”, cabe preguntarse cuáles son los aspectos más relevantes de este debate y si existen argumentos jurídicos sólidos para instaurar un verdadero royalty, e incluso para repensar la tributación minera chilena en su conjunto.

¿Qué es un royalty y en qué se diferencia del impuesto específico a la minería?

En el ámbito de los regímenes especiales aplicados a la actividad minera a nivel internacional es muy común el uso de los términos “regalía” y su anglicismo “royalty”. Muchas veces se usan para referirse a cantidades de dinero que deben ser pagadas normalmente al Estado, a cambio de permisos para ejercer las actividades extractivas o bien, para compensar tal extracción. Uno de los grandes problemas suele ser la falta de claridad en lo que es estrictamente un royalty<sup>1</sup> porque también se usa indiscriminadamente esta palabra para cosas que no necesariamente lo son.

En economía se entiende que el Estado debería recibir una compensación por parte de aquellos particulares que gozan de autorizaciones o concesiones para la extracción de los recursos mineros que, por ser del Estado "son de todos". En la actualidad el fundamento se encontraría en el dominio público sobre tales recursos y en el carácter no renovable de ellos. Dicha compensación debería ser —y, de hecho, en muchos lugares es— adicional a los impuestos tradicionales pagados por otras industrias, generalmente, en función de cantidades o ad valorem del mineral extraído (como en la propuesta en comentario). Esto porque los minerales que son explotados hoy no estarán disponibles para las generaciones del futuro. De ahí que se hable de "compensar" y de que se trata de un "derecho". Otras figuras análogas se fundamentan en que dado que las minas están "afectadas" su aprovechamiento o uso privativo por los particulares no puede ser a título gratuito.

Por eso en principio, en la práctica la existencia de un royalty no se opone necesariamente a la creación de impuestos a la actividad minera porque, en estricto rigor, económicamente hablando, un royalty, no se considera un tributo y ha sobrevivido en diversos lugares del mundo, por ejemplo, en el vecino Perú. La discusión surge porque eso que parece tan claro en economía no suele ser pacífico en derecho. Ahí "se le llame como se le llame", sí podría llegar a ser considerado un tributo si se configuran los elementos esenciales de esa categoría y cada vez se hace más difícil negar la naturaleza tributaria de las regalías mineras. Esto además porque si se acoge la tesis de que lo que tiene el Estado es una serie de "funciones" o un "haz de potestades" sobre la actividad minera y no la "propiedad" de las minas, la justificación se encuentra en la potestad y, por tanto, la de sus gravámenes en la "potestad tributaria"<sup>2</sup>.

Ahora bien, en Chile algunos entienden al royalty como un "derecho" categoría sobre la que la jurisprudencia —de una forma muy confusa— ha llegado a negar su naturaleza tributaria, pero que se corresponde con lo que en otros países se denominan "tasas" (noción que sí es incluida por un sector de la doctrina e internacionalmente en el concepto de "tributo"); y otros, lo entienden como integrante del concepto de tributo porque de acuerdo con una concepción amplia, se deriva del ejercicio de la potestad tributaria del Estado y se impone en virtud de la ley, sin que el particular pueda oponerse. Por esas y otras razones en ocasiones resulta casi imposible trazar con exactitud una línea divisoria de validez absoluta entre las dos categorías de recursos.

En una discusión similar a la planteada es conocida la sentencia del Tribunal Constitucional peruano que se pronunció negando el eventual carácter tributario de la regalía minera legal al señalar que "es la contraprestación que abona el titular de la concesión en compensación por el detrimento de la pérdida patrimonial del Estado, que dispuso del recurso in situ a favor del aludido titular". Y que, es una "retribución económica contraprestativa o compensatoria" por el usufructo de lo que se extrae<sup>3</sup>.

Ahora bien, la decisión sobre si conviene o no adoptar ambas figuras conjuntamente (tributos y regalías) dependerá, por una parte, de que el marco jurídico lo permita y, por otra parte, de su conveniencia o pertinencia económica. Lo que habrá de tener en cuenta también como mínimo: la carga tributaria, que el fundamento de ambos gravámenes no sea idéntico y el efecto que esto pueda tener sobre la inversión y la garantía a la seguridad jurídica de la misma. Pues, incluso si no fuera un tributo se incrementarían sin duda los aportes que deben satisfacer las mineras al Estado y los proyectos mineros requieren estabilidad. En todo caso, al margen de esta compleja discusión que parece no tener fin en Chile, hay otras alternativas ya que los tributos pueden servir tanto de herramientas de política económica como para perseguir otros fines "extrafiscales" y es muy especialmente a ello a lo que quiero referirme más adelante porque es una deuda latente en Chile.

¿Por qué se afirma que no existe hasta ahora un verdadero royalty en Chile?

Pese a que frecuentemente se le denomina "royalty minero", es verdad que lo que existe en Chile es un Impuesto Específico a la Renta Minera que, sin perjuicio de sus aspectos positivos o negativos, no comparte las características de las regalías en los términos descritos. En lenguaje sencillo la mayor diferencia está en que el royalty se entiende como un derecho que debe "pagarse" por "extraer" el recurso no renovable, en tanto que el impuesto específico reposa en la potestad tributaria y se aplica sobre la renta operacional de la actividad minera, ejercida por un explotador minero que extrae sustancias minerales de carácter concesible.

Además, pese a que a veces se les califica de "ambientales", ni el impuesto específico a la minería ni la patente minera tuvieron en cuenta en su diseño muchas externalidades propias de esta actividad que, de alguna manera se busca corregir con la propuesta de nuevo royalty, como, por ejemplo, el daño que ella causa al medio ambiente y a las comunidades cercanas a los proyectos. Esto tiene que ser corregido. Así sorprende que hasta hoy no se cuente con un verdadero royalty algo que parece muy natural en los "países mineros" (de ahí que muchos apoyen esta iniciativa) y llama la atención por ser Chile un país con una gran tradición minera.

En ese contexto la verdad es que la actividad minera es una actividad económica importante con impactos que, aunque no se desean, se toleran, y buscan mitigarse con diversos tipos de medidas que se aplican "a la vez". En virtud de ello, las medidas regulatorias y tributarias derivadas del "principio quien contamina, paga", no deben ser ajenas al ejercicio de la actividad minera, pero en este momento —al menos desde el punto de vista del impuesto específico a la minería y la patente minera—, lo son. Por el mismo motivo el establecimiento de varias cargas sobre distintas manifestaciones de capacidad económica —o sobre la base del principio quien contamina, paga— no necesariamente constituyen una discriminación tributaria arbitraria.

Volviendo al royalty debe mencionarse que la mayor complejidad de este debate está en algunas razones jurídicas que se han esgrimido en el pasado. Ellas permitirán entender el porqué del rechazo o las dudas de constitucionalidad frente a tal posibilidad, que pese haber empezado con "buen pie", otras veces terminó por descartarse. Muchas de esas dudas tienen su origen en las viejas discusiones en cuanto a la naturaleza del dominio del Estado sobre las minas<sup>4</sup>; y en la discusión actual también en si efectivamente lo que se propone en este proyecto concreto es un tributo, porque de serlo la iniciativa correspondería de forma exclusiva al presidente de la República, conforme al Artículo 65 N°1 de la Constitución Política y no solo eso, también se estarían vulnerando, entre otros, el principio de no afectación y el de legalidad tributaria (Artículo 19 N°20 de la Constitución).

El principio de no afectación establece una limitación en cuanto al destino que debe o puede darse a lo recaudado en concepto de tributos, porque cualquiera que sea su naturaleza, ingresarán al patrimonio nacional y no podrán estar afectos a un destino determinado que es una de las cosas que se busca con el nuevo royalty. No obstante, la norma admite dos excepciones: la afectación a la defensa nacional y la de aquellos que graven ciertos bienes o actividades que tengan una clara identificación regional o local y en este último supuesto podría interpretarse que la minería se encuadra en esta segunda excepción, pero de acuerdo con el texto constitucional una ley —y no un reglamento— tendría que fijar los marcos de esto. Vale decir además que los "vaivenes" de la doctrina y la jurisprudencia nacional sobre estos temas hacen

muy complejo entender un concepto unánime de tributo y, por tanto, de aquello que no lo es, así que puede que la discusión no esté zanjada. Y, eso explica también el “Déjà Vu” y porqué los debates sobre el royalty minero parecen ir siempre “en círculo”.

¿Entonces cómo se puede repensar la tributación minera en Chile?

Aunque sin duda se trata de un tema sensible, altamente complejo y en extremo importante para la economía del país, el rediseño de la tributación minera en Chile es necesario. Si bien en el marco de la discusión actual hay argumentos para sostener tanto una perspectiva como la otra, existen grandes posibilidades para acudir a otras vías mucho más precisas, menos confusas y conflictivas, e históricamente menos complejas para rediseñar la tributación minera. De hecho, sin perjuicio de la importancia de las discusiones del royalty, esto es urgente y necesario y debe responder a una estrategia bien pensada y consensuada.

En este orden de ideas, mientras en algunos países coexisten tributos a la renta con regalías y tributos ambientales, sorprende que, a pesar de las recomendaciones e informes de la OCDE<sup>5</sup>, no se hayan explorado suficientemente otras posibilidades, no se repiense el sistema y que, cada cierto tiempo el país vuelva a caer en el círculo vicioso de discusiones sobre si puede instaurarse o no un royalty y si este es un tributo o no. Como si no hubiera otras posibilidades.

En efecto, las hay. Por ejemplo, desde hace algunos años otros sectores reconocen que existen otras vías y elementos jurídicos suficientes como para rediseñar los tributos existentes en la materia, de manera que puedan incorporarse los fines ambientales; o incluso para pensar en la creación de tributos nuevos que, además de aumentar la recaudación tengan en cuenta las externalidades negativas propias de la actividad minera. Es decir, existen bases sólidas que permitirían repensar la tributación minera para incorporar la protección al medio ambiente, lo que corresponde a un objetivo constitucional igualmente protegido que hasta ahora no forma parte del diseño de los tributos especiales mineros existentes. Probablemente esta u otras alternativas serían mucho más eficientes que seguir entrampándose en discusiones sobre la naturaleza del dominio minero. La invitación es a no dejarlas de lado.

Sí hay que decir que la posibilidad de afectar ciertos tributos a actividades o programas de protección al medio ambiente es una alternativa que convendría evaluar seriamente para garantizar —o al menos facilitar— el resarcimiento de las externalidades que se producen en el medio ambiente y las comunidades específicas en torno a las actividades mineras. Pero, a pesar de las mencionadas excepciones, la prohibición constitucional de afectación que impera en Chile es un obstáculo no menor que habría que salvar y el proceso constituyente puede ser una oportunidad para ello. Con todo, aunque se suele afirmar lo contrario si esto no se modifica pueden existir perfectamente —de hecho, existen—, tributos ambientales no afectados porque “protección ambiental” no es necesariamente equivalente a la “afectación recaudatoria” del tributo ambiental.

Finalmente, aunque está claro que los tributos no son la única vía para la protección del medio ambiente y que existen medidas regulatorias sobre el tema, la realidad actual, las exigencias de un mundo globalizado, la pertenencia de Chile a la OCDE, la suscripción de compromisos internacionales, el reconocimiento de la protección del medio ambiente que hace el artículo 19 N° 8 de la Constitución Política, entre otras razones; hacen necesario un cambio que todavía está pendiente.

\* Michelle Azuaje Pirela es doctora en Derecho, profesora e investigadora del Instituto de Investigación en Derecho de la Universidad Autónoma de Chile.

<sup>1</sup> A un análisis más extenso sobre estos y otros problemas terminológicos nos dedicamos en: Azuaje Pirela, M. (2020). El dominio público como presupuesto objetivo para la imposición de tributos y otros gravámenes a la actividad minera. *Ius et Praxis*, 26(3), 104-130. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122020000300104>

<sup>2</sup> Vergara Blanco, A. (2006). El problema de la naturaleza jurídica de la riqueza mineral. *Revista chilena de derecho*, 33(2), 215-244. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372006000200002>

<sup>3</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, N°0048-2004-PI-TC, de 1 de abril de 2005.

<sup>4</sup> Vergara Blanco, A. (2006). El problema de la naturaleza jurídica de la riqueza mineral. *Revista chilena de derecho*, 33(2), 215-244. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372006000200002>. Además, véase nuestra posición al respecto en: Azuaje Pirela, M. (2020). Incorporación de las minas a la categoría del dominio público. Historia de su discusión doctrinaria y situación actual. *Ius et Praxis*, 26(1), 207-239. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122020000100207>

<sup>5</sup> En diversos informes de la OCDE sobre Evaluación de Desempeño Ambiental se recomienda a Chile, entre otros aspectos, evaluar las posibilidades de introducir instrumentos económicos nuevos (cargos por residuos peligrosos, cargos por emisiones al aire, cargos por contaminación del agua, entre otros) y mejorar los mecanismos de creación de mercados, recomendándose también promover el debate para aplicar cargos o impuestos ambientales dado su efecto incentivador, sin perjuicio de tener en cuenta las limitaciones constitucionales propias de la tributación. Pese a algunos avances que efectivamente se han dado en el tema conviene explorar otras alternativas para la minería. Un buen caso de análisis para esto puede ser el "Impuesto Compensatorio Ambiental Minero" en Galicia, España. Desde otro punto de vista, el trabajo de Santiago Martínez (titulado "Impuestos ambientales en Chile: Un análisis crítico. *Latin American Legal Studies*. Volumen 6 (2020), pp. 119-158), contiene interesantes propuestas que convendría evaluar.

Nota: las opiniones expresadas en este comentario forman parte de algunas de las conclusiones de la tesis doctoral titulada: "Fundamentos de la tributación minera: un estudio del derecho chileno a la luz del derecho español", realizada en el marco del Doctorado en Derecho de la Universidad Autónoma de Chile.

---

## EL MERCURIO

Términos y condiciones de la Información © 2002 El Mercurio Online