

LAS EMPRESAS MINERAS Y LA BUENA FE CONTRACTUAL*

Joel González Castillo

El autor hace un análisis crítico del comportamiento tributario de las empresas mineras. Sostiene que éstas, amparadas en vacíos legales o, en algunos casos, derechamente en resquicios, han evitado el pago de impuestos. Rechaza el establecimiento de un royalty por su inconstitucionalidad y por atentar contra principios básicos del derecho. Finalmente, propone la dictación de una ley modificatoria o interpretativa del Código de Minería para que las empresas mineras no sigan postergando el pago de impuestos.

JOEL GONZÁLEZ. Abogado. Profesor de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Master en Derecho de la Unión Europea (Universidad Complutense de Madrid) y Magíster en Derecho de la Empresa (P. Universidad Católica de Chile).

*El autor agradece la colaboración de Carlos Ferrada Montero, ayudante del curso de derecho civil, Facultad de Derecho, P. Universidad Católica de Chile.

Este trabajo fue presentado en el seminario "Tributación minera: ¿Se ha cumplido la ley?", realizado en el Centro de Estudios Públicos el 15 de julio de 2004.

1. BUENA FE Y FRAUDE LEGAL

El artículo 1.546 del Código Civil ordena que: “Los contratos deben cumplirse de buena fe...”.

Esta norma del Código Civil es aplicable a toda legislación, sea ésta civil, comercial, tributaria, etc., porque consagra uno de los llamados principios generales del derecho, recogido por lo demás en todas las legislaciones.

Antes de entrar al estudio de algunas de las herramientas que usan las mineras, pondremos en evidencia, con ejemplos muy sencillos, cómo, muchas veces actuando “dentro de la ley”, se comete fraude legal.

En Chile, los cónyuges que se encuentran casados en régimen de sociedad conyugal pueden sustituir dicho régimen por el de separación de bienes. Así lo permite expresamente el artículo 1.723 del Código Civil. Los motivos por los cuales los cónyuges sustituyen un régimen por otro pueden ser diversos, pero el legislador, sin necesidad de decirlo, ideó dicha alternativa para fines lícitos. Así, por ejemplo, si el marido decide emprender una actividad empresarial y no desea comprometer los bienes de la sociedad conyugal, puede acogerse al estatuto de la separación de bienes. Hasta aquí ninguna objeción. Pero muy diferente es la situación cuando los cónyuges, como se observa diariamente, para eludir a sus acreedores recurren rápidamente a la separación de bienes y así colocan su patrimonio fuera del alcance de aquéllos. ¿Podría alguien sostener que el legislador dio la posibilidad de sustituir un régimen por otro para eludir a los acreedores? Obviamente que no; pero nótese, y esto es lo que hay que resaltar, que se está actuando “dentro de la ley”. Sí, formalmente dentro de la ley, pero haciendo lo que la ley no quiso. En esto consiste lo que la doctrina civilista llama el fraude a la ley. Con razón los juristas romanos decían *fraus omnia corrumpit* (el fraude todo lo corrompe). Ulpiano, en una definición no superada, decía: “Se comete fraude contra la ley cuando se hace lo que la ley no quiso, aunque expresamente no lo prohibió, y hay tantas formas de obrar contra la ley, cuantas se conocen entre las palabras y el sentido”¹.

Pocas conductas son tan constantes en toda época y bajo cualquier legislación, como las que llevan al fraude.

La repugnancia al fraude es un principio universal, ya sea fundado en el derecho natural o bien en el derecho positivo.

¹ *Digesto*, Libro I, Título III, Ley XXX.

Desde el ángulo de la pura moral, como ha sostenido H. Batiffol², especialista en derecho internacional privado, rama del derecho en la cual es muy frecuente el fraude a la ley, “el valor de un acto es inseparable de su fin, desde el instante en que éste sea establecido, si es ilícito. Un fin lícito no legitima un acto ilícito: el fin no justifica los medios; pero un fin ilícito vicia el acto intrínsecamente lícito”. Esta afirmación es el resultado de un tema clásico de la teología cristiana.

En conclusión, jamás podrá justificarse moralmente un acto por su mera apariencia y desligarse por entero de su fin torcido.

Se podrá sostener que al indagar en los fines de un acto o contrato se está confundiendo la moral y el derecho, pero lo jurídico y lo valórico no van por caminos diferentes. Aun los sistemas jurídicos más positivistas dan prueba de ello. Entre nosotros basta citar, verbi gracia, el artículo 24 del Código Civil que ordena interpretar la ley considerando, entre otros elementos, el “espíritu general de la legislación”, el artículo 11 del mismo cuerpo legal que dispone: “no se dejará de aplicar la ley, aunque se pruebe que el acto que ella anula no ha sido fraudulento o contrario al fin de la ley”, etc.

No está de más señalar que el derecho comparado moderno, apartándose del formalismo y la rigidez que durante muchísimos años imperó en materia de aplicación de la ley, recurre cada vez más a instituciones impregnadas de un fuerte subjetivismo para ir más allá de la apariencia de un acto o contrato o del tenor literal de la ley. Es cosa de ver los códigos civiles modernos como el alemán, italiano, etc., para observar cómo la buena fe, el fraude a la ley, el enriquecimiento sin causa, el abuso del derecho, la teoría de la causa, son favorablemente acogidos.

En el propio mundo anglosajón, de donde provienen la mayoría de las empresas mineras radicadas en Chile, es conocida la doctrina del “levantamiento del velo”, con la cual las cortes norteamericanas o inglesas prescinden del tipo formal societario para ver lo que hay detrás de la aparente sociedad.

En Chile, hace sólo algunos años nuestros tribunales recurrieron a la teoría del abuso del derecho, figura íntimamente vinculada al fraude a la ley, en un caso emblemático como lo fue el recurso de protección —acogido— que interpuso el Banco Central en contra de la capitalización que hicieron los accionistas serie B del Banco de Chile que postergaban el pago de la deuda subordinada alegando que no existían utilidades porque ellas habían sido capitalizadas.

² Citado por Domínguez Águila, Ramón: “*Fraus omnia corrumpit*: Notas sobre el Fraude en el Derecho Civil”, 1992, pp. 73-96.

Este caso tiene particular relevancia por su similitud con el tema que nos ocupa. En primer lugar, la alegación de aquellos accionistas era la misma que sostienen hoy las mineras, en el sentido que no se trataba de que ellos no estuviesen pagando la deuda subordinada sino que sólo se estaba postergando su pago. Lo mismo dicen hoy las mineras en relación al pago de los impuestos. En seguida, en ambas situaciones se trataba de mecanismos —capitalización y depreciación acelerada— expresamente permitidos por la ley, pero con claridad magistral la Corte Suprema señaló: “Que establecido que los recurridos (los accionistas) al proponer y acordar una capitalización *desviándose del sentido y espíritu tenido en cuenta por el legislador* en las situaciones excepcionales en que se dictaron las leyes N°s. 18.401 y 18.801, ya que dicho acuerdo se adoptó para el solo efecto de procurar una situación de especulación favorable a los intereses económicos de unos pocos accionistas y en contra de los del propio Banco Central de Chile, corresponde determinar si *el abuso del derecho, advertido precedentemente*, importa además una ilegalidad o arbitrariedad en los términos señalados en el art. 20 de la Constitución Política y que sirva para la procedencia del recurso de protección”³.

2. APLICACIÓN DE LA BUENA FE Y EL FRAUDE LEGAL AL COMPORTAMIENTO DE LAS EMPRESAS MINERAS: ANÁLISIS DE DOS CASOS

El cuestionamiento al aporte impositivo de las mineras se debe al uso de una serie de mecanismos, entre los cuales suelen citarse los siguientes: uso de la depreciación acelerada⁴; pago de dividendos sin pagar impuesto a la renta; intereses excesivos pagados a empresas relacionadas; declarar precios artificialmente bajos para sus exportaciones (precios de transferencia); no declarar el verdadero cobre contenido en concentrado ni de los subproductos contenidos en el mismo, especialmente cuando se trata de ventas a sus casas matrices o empresas relacionadas radicadas en el extranjero; pagar precios artificialmente elevados por concepto de cargos de tratamiento y refinación en la venta de concentrado de cobre a sus casa matrices o a empresas relacionadas radicadas en el extranjero; organizarse

³ Lo destacado es nuestro. Corte Suprema, sentencia de 22 de abril de 1996, considerando 25°, Rol N° 33021.

⁴ Joaquín Fernandois, historiador de la Pontificia Universidad Católica, fuerte opositor al royalty, reconoce que: “Puede ser que alguna compañía ha usado la depreciación acelerada u otra facilidad de una manera que se parezca a una técnica sistemática del rescuicio legal”, revista *Qué Pasa*, N° 1736, semana del 16 al 22 de julio de 2004, p. 38.

como sociedades contractuales mineras, lo cual les permite eludir impuestos; realizar operaciones en los mercados a futuro de metales con el objeto de transferir utilidades a sus casas matrices; etc.

Muchos de estos mecanismos aisladamente considerados no tienen nada de reprochable en sí, pues son contemplados expresamente por el legislador, y no sólo para el sector minero sino para cualquier otro de la actividad económica nacional, de modo que nuestro cuestionamiento es trasladable perfectamente a cualquier otra industria que se valga de ellos en la forma que se pasa a analizar.

Analizaremos a continuación sólo dos situaciones —los ejemplos podrían multiplicarse—⁵, una aplicable a toda la industria minera y en seguida un caso particular para demostrar cómo son figuras constitutivas de fraude a la ley.

2.1. Pago de “intereses” a las matrices de las empresas mineras evitando el pago del 35% si se tratare de utilidades (*back to back*)

Antes de la dictación de la Ley N° 19.738 del 19 de junio del 2001 (normas para combatir la evasión tributaria) el artículo 59 inciso 4° N° 1 letra b) de la Ley de la Renta señalaba que estarían afectos a una tasa de un 4% los intereses provenientes de “créditos otorgados desde el exterior por instituciones bancarias o financieras extranjeras o internacionales...”.

Como cualquier lector desinteresado comprendía, dicho artículo estaba pensado, como fue el espíritu del legislador, para aquellos intereses que las empresas mineras instaladas en Chile pagaren por créditos verdaderos, no simulados, contratados para desarrollar sus labores de exploración y explotación de los yacimientos mineros. Se trata aquélla (4%) de una tasa sumamente atractiva, pues la regla general es que los intereses pagados a personas sin residencia ni domicilio en el país tributen un 35%.

⁵ Así por ejemplo, las pérdidas en los mercados de futuro del cobre. Esta forma de evasión ha sido utilizada en los años en que las utilidades han sido importantes debido al alto precio del cobre, por lo que el método más efectivo para reducir y hacer desaparecer las utilidades y no tener que pagar impuestos a la renta, consiste en obtener cuantiosas pérdidas en los mercados de futuro del cobre. Para realizar estas pérdidas, se vende una cierta cantidad de opciones de cobre a un precio determinado, comprando posteriormente esas mismas opciones a precios superiores de veinte o más por ciento. Esto genera una pérdida contable para la filial minera chilena, pero que se transforma en una utilidad para la empresa extranjera que efectuó la compraventa de opciones de futuro, la que necesariamente debe ser otra filial de la casa matriz de la empresa minera chilena que realizó la pérdida, filial que, además, podría estar domiciliada en un país o isla con paraíso fiscal.

¿Qué ocurrió sin embargo? La práctica demostró que las matrices de las mineras depositaban cuantiosos recursos en un banco de un paraíso fiscal y éste aparecía como otorgando un crédito a la filial chilena de aquella matriz extranjera. Luego, dos consecuencias negativas para el país: primero, las utilidades se remesaban al extranjero disfrazadas del pago de intereses que, como hemos dicho, sólo pagan un 4%, y en segundo lugar se reducían así artificialmente las utilidades en Chile, pagándose en definitiva menos impuestos.

Se podrá decir que lo anterior parte de un supuesto, cual es que se trataba de deuda relacionada. Pues bien, esto no está en discusión. En efecto, por ejemplo, el representante de Anglo American señaló ante la Comisión Especial encargada del estudio de la tributación de las empresas mineras que: “En relación a las deudas de Disputada de Las Condes, siempre se trató de préstamos otorgados por empresas relacionadas”⁶.

También se ha sostenido que en el caso de los créditos provenientes del exterior lo que interesa únicamente serían la cuantía de la deuda y la tasa de interés, y no así la identidad del acreedor. Quienes así piensan se apoyan en que el artículo 59 inciso 4° N° 1 letra b) de la Ley de Impuesto a la Renta no distinguía si se trataba o no de un acreedor relacionado. Ya se ha dicho, sin embargo, que ése no fue el espíritu del legislador y que claramente la idea era que el pago de una tasa de 4% sólo tenía lugar frente a un crédito otorgado por un tercero extraño, no relacionado con la empresa minera chilena, pues de otra forma las utilidades se remesaban al exterior disfrazadas del pago de intereses pagando sólo dicha tasa y no el 35% que en realidad correspondía.

Otra objeción que se hace a nuestro planteamiento es que todas las tasas, condiciones de los créditos, etc., fueron oportunamente fiscalizadas por el Banco Central, Cochilco, etc., pero la verdad de las cosas es que, la mayoría de las veces, más que de una fiscalización se trataba de un simple registro de información ante una serie de organismos públicos, muchas veces sin ninguna coordinación entre sí, actuando cada uno de ellos en forma compartimentada, por lo que existía en la práctica baja o nula fiscalización. Obviamente ésta no es una crítica a las mineras sino al Estado mismo y sus organismos que dejaron actuar con gran latitud a las mineras.

Mecanismos como el descrito, que llevan a cargar en los resultados de las empresas mineras sumas “especialmente elevad[a]s”⁷, desvirtúan la

⁶ Intervención de don Patrick Esnouf. Senado de Chile, Informe de la Comisión Especial encargada del estudio de la tributación de las empresas mineras, mayo 2004, p. 149.

⁷ Así lo califican los propios gerente de estudios y gerente de asuntos gremiales de la Sociedad Nacional de Minería, Francisco Javier Leturia y Álvaro Merino (véase “Tributación y Minería en Chile: Antecedentes para un Debate Informado”, en esta misma edición, p. 209.)

recurrente afirmación de que ellas no han pagado impuestos exclusivamente por el tema de la depreciación acelerada y por el bajo precio del cobre en los mercados internacionales.

El legislador, al consagrar el beneficio de un 4% para ciertos intereses, perseguía hacer menos onerosa la contratación de créditos externos; jamás imaginó que se utilizaría para evadir impuestos remesando utilidades vía pago de intereses al exterior.

La defensa de las mineras era muy fácil. Estaban actuando formalmente conforme a la ley, pero sabiendo que se estaba utilizando la norma para un fin no querido por ella.

Se podrá argumentar que el legislador fue poco cuidadoso o prolijo al redactar la norma en la forma transcrita, pero ello no es así porque por definición la ley, como lo sabe cualquier estudiante de derecho, es una norma de carácter general, abstracta, no casuística ni menos pensada ni redactada para aquellos cuya conducta es contraria al de ese hombre que en el derecho anglosajón se llama *hombre razonable*, en el derecho europeo continental *buen padre de familia* o en el derecho germánico *leal comerciante*.

La reacción del legislador no tardó en llegar y es así como la referida Ley N° 19.738 y posteriormente la Ley N° 19.879 tuvieron que regular detalladamente los denominados créditos relacionados, cuándo se estaba en presencia de ellos, establecer que cuando había sobreendeudamiento por créditos relacionados la tasa sería de un 35%, etc., todo lo cual hubiese sido absolutamente innecesario si las mineras hubieren actuado de buena fe.

Sobre este punto transcribimos la intervención del Ministro de Hacienda Nicolás Eyzaguirre ante la Comisión Especial encargada del estudio de la tributación de las empresas mineras:

¿Cuál es la relación deuda/capital razonable? Un estudio de la situación de empresas listadas en Bolsa muestra que la relación de deuda/capital total de esas empresas difícilmente excede de 3, salvo los bancos que tienen una de 15. La razón es simple, el capital es el colateral (léase garantía) que tiene el prestamista en caso que el proyecto vaya mal; y difícilmente un prestamista va a prestar 10 veces al colateral, porque si le va mal sólo se va a resarcir en un 10% del dinero que colocó. No es razonable que un prestamista, que no está relacionado con el dueño, arriesgue una razón deuda/capital que exceda de tres.

Una relación deuda/capital de 3 no puede considerarse como restrictiva. Relaciones mayores despiertan sospechas de endeudamiento con objetivos distintos al del negocio o rubro. Durante los años 90, en las empresas mineras se observaron relaciones deuda/capital de hasta 81 veces en una empresa y de casi 50 en otra.

Para regular esta situación de pagar menos impuesto a través de endeudamiento relacionado, se dicta la Ley contra la Evasión que pone límite para el endeudamiento relacionado 3 veces el patrimonio. Por sobre ese monto, los retornos del endeudamiento no pagan 4%, sino 35%. Si la empresa quiere endeudarse más, puede hacerlo, pero para fines impositivos va a considerarse como capital”⁸.

Refiriéndose al caso de Disputada, el senador Jorge Lavandero explica:

Es públicamente conocido que Disputada de Las Condes pagaba a filiales de Exxon en Bahamas y Bermuda en promedio US\$ 70 millones anuales en intereses financieros, lo que equivale al 30% de sus costos de explotación o 20% de sus ingresos por ventas. Las dos mayores empresas mineras extranjeras, tienen elevados costos financieros: Minera Escondida Ltda. en su balance público por el año 2000, a once años de iniciada su explotación, admite gastos financieros por US\$ 112 millones, equivalente al 15,7% de sus costos de explotación o de 8,6% de sus ventas. Minera Collahuasi SCM, en el balance publicado por el año 2000, declara pago de intereses financieros por US\$ 124,8 millones, lo que equivale al 24% de sus costos de explotación o 15,1% de sus ingresos por venta. Por esta razón, algunos expertos expresaron que si los que entregan los créditos son financieras relacionadas, ello quiere decir que los grupos que invierten en la minería chilena cuentan con los recursos necesarios para aportar capital a la filial chilena, y no créditos relacionados. Ello demostraría que la razón principal del alto endeudamiento con financieras tiene como [motivo] esencial, [...] contrariamente a lo que ocurre en Norteamérica, [el hecho de que] en Chile se paga un impuesto demasiado bajo por los intereses de apenas 4%, que es nueve veces inferior al impuesto a la renta⁹.

2.2. La pretendida venta de Disputada de Las Condes en el extranjero para evitar así el pago del impuesto a la ganancia de capital

El artículo 10° de la Ley de Impuesto a la Renta, antes de la Ley N° 19.840 de 23 de noviembre del 2002, señalaba: “Se considerarán rentas de fuente chilena, las que provengan de bienes situados en el país o de actividades desarrolladas en él cualquiera que sea el domicilio o residencia del contribuyente. Son rentas de fuente chilena, entre otras, las regalías, los derechos por el uso de marcas y otras prestaciones análogas derivadas de la explotación en Chile de la propiedad industrial o intelectual”.

⁸ Senado de Chile: “Informe de la Comisión Especial Encargada del Estudio de la Tributación de las Empresas Mineras”, mayo 2004, p. 17.

⁹ *Ibidem*, p. 394.

Disputada de Las Condes, que durante 25 años presentó “pérdidas tributarias”, fue vendida en 1.300 millones de dólares y jamás pagó el impuesto de primera categoría, esto no obstante haber extraído y exportado nada menos que 3.000.000 de toneladas métricas de cobre, recurso no renovable y principal riqueza de nuestro país.

A mediados del año 2002 Exxon Mobil Minerals pretendió vender en el extranjero a Anglo American la empresa minera Disputada de Las Condes. Argumentando que se trataba de una transacción entre empresas extranjeras y realizada fuera de Chile, se afirmaba que no correspondía pagar impuestos por dicha operación. El aprovechamiento del vacío legal era evidente.

Nuevamente el legislador tuvo que reaccionar y así, en virtud de la Ley N° 19.840, agregó al art. 10 citado lo siguiente: “Asimismo, son rentas de fuente chilena las que se originen en la enajenación de acciones o derechos sociales o representativos del capital de una persona jurídica constituida en el extranjero, efectuada a una persona domiciliada, residente o constituida en el país, cuya adquisición le permita, directa o indirectamente, tener participación en la propiedad o en las utilidades de otra sociedad constituida en Chile...”. Nada de esto, al igual que en el caso anterior de los intereses, hubiese sido necesario si se hubiere actuado de buena fe.

3. IMPROCEDENCIA DEL ROYALTY

Sin ser el objeto de este trabajo, es conveniente dejar sentado nuestra oposición al establecimiento de un royalty o regalía a la actividad minera, por las siguientes consideraciones, entre otras.

Primero, se trata de un impuesto (no de un derecho como pretende el Gobierno) discriminatorio porque sólo afecta a un sector de la actividad económica nacional, y además específico, ya que estaría destinado a la creación de un “fondo de innovación para la competitividad”, extremos ambos prohibidos expresamente por el artículo 19 N° 20 de la Constitución Política.

Segundo, no parece aceptable que el Gobierno, como represalia por el no pago de impuestos de las mineras, quiera gravarlas con un royalty o regalía, pues el Estado tenía, antes y ahora, muchas herramientas para hacer una fiscalización oportuna y real de lo que estaban haciendo las mineras, por tanto no puede ahora pretender endosarles su propia responsabilidad. Como dice el viejo aforismo: *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (nadie puede aprovecharse de su propia culpa o negligencia).

Tercero, establecer un royalty atenta contra los principios de la intangibilidad de los contratos y *pacta sun servanda* (el contrato es ley para las partes, artículo 1545 del Código Civil), lo que en la especie se ve agravada desde que estamos en presencia de un “contrato-ley” que por definición le impide al Estado modificar unilateralmente ese tipo de contratos.

Cuarto, gravar con un royalty a los proyectos mineros en actual ejecución implica darle efecto retroactivo a la ley vulnerando derechos adquiridos, afectando de esta manera la garantía constitucional del derecho de propiedad fuertemente protegido por el constituyente de 1980.

Quinto, un royalty a los actuales proyectos vulnera la certeza o seguridad jurídicas que debe informar todo acto o contrato.

4. UNA LEY MODIFICATORIA O INTERPRETATIVA COMO SOLUCIÓN AL APOORTE TRIBUTARIO DE LAS MINERAS

Si las empresas mineras comenzaran a tributar, probablemente muchas de las críticas que se les formulan terminarían o se atenuarían en consideración.

La tributación de las mineras cambiaría sustancialmente si se constituyeran como sociedades anónimas.

¿Por qué prácticamente la unanimidad de las empresas que conforman la gran minería del cobre se han organizado como sociedades de personas, sociedades de responsabilidad limitada o sociedades contractuales mineras? La respuesta es simple: porque la Ley de Impuesto a la Renta da un tratamiento distinto a los retiros en exceso dependiendo de si es una sociedad anónima o una sociedad de personas. Antes de explicar esta regulación diferenciada es necesario precisar el concepto que la Ley de Impuesto a la Renta da de sociedad de personas. Este cuerpo normativo en su artículo 2°, número 6°, conceptualiza *la sociedad de personas* como *las de cualquier clase o denominación excluyéndose únicamente las anónimas*. Es un concepto amplio que comprende las sociedades de responsabilidad limitada y las sociedades contractuales mineras.

Hay que tener presente que existen dos contabilidades, una tributaria y una financiera. La primera tiene relevancia para efectos de determinar la renta líquida imponible afecta al impuesto de primera categoría; la segunda interesa para conocer el resultado económico de la compañía. Estas dos contabilidades no siempre coinciden, así es posible que una empresa tenga pérdidas tributarias y utilidades financieras. La depreciación acelerada, aquella ficción legal que permite usar concentradamente el gasto total

de depreciación de los bienes, es la causa principal de las diferencias que existan en ambas contabilidades.

Otro concepto que requiere una explicación previa es el de Fondo de Utilidades Tributables, en adelante FUT. Es el control de las utilidades tributables de una sociedad y de los retiros que hagan los socios. Los retiros en exceso se producen cuando se sacan de la sociedad utilidades financieras que superan las utilidades tributables o cuando estas últimas no existen. En conclusión, los retiros en exceso siempre van a corresponder a utilidades financieras.

Como se dijo anteriormente, el tratamiento tributario que reciben estos retiros en exceso varía según si estamos frente a una sociedad anónima o una sociedad de personas.

En una *sociedad anónima*, los retiros en exceso que hagan los socios *siempre* tributan impuestos finales, adicional o global complementario, y no puede usarse el impuesto de primera categoría como crédito contra estos tributos.

En una *sociedad de personas*, los retiros en exceso que realicen los socios quedan gravados con impuestos finales, pero su pago se posterga hasta que la sociedad revierta su situación tributaria y tenga un FUT+, o sea utilidades tributables. Esta postergación, en el caso de las mineras, puede ser indefinida en el tiempo, como lo ilustra el caso de Disputada de Las Condes, cuya propietaria, la transnacional Exxon, estuvo veinticuatro años en Chile, extrajo y exportó 3.000.000 de toneladas métricas de cobre, y siempre tuvo pérdidas tributarias, por ende jamás pagó impuestos a la renta, ni de primera categoría ni impuestos finales. No sólo eso, además la empresa compradora, la sudafricana Anglo American, heredó cientos de millones de dólares de pérdidas tributarias que podrá continuar usando para postergar el pago de impuestos (en efecto, Anglo American heredó pérdidas tributarias por US\$ 553 millones, pero llegó a un acuerdo con el Servicio de Impuestos Internos para que se dedujera de esta cantidad la suma de US\$ 169 millones, quedando en definitiva con pérdidas por US\$ 384 millones).

Según Juan Toro, director nacional del Servicio de Impuestos Internos¹⁰, los retiros de utilidades financieras no afectas a impuestos finales en empresas mineras organizadas como sociedad de personas, anualmente es del orden de los US\$ 400.000.000, cuya tributación “*está pendiente*”.

Ésta es la principal vía que han utilizado las mineras para eludir el pago de impuestos a la renta, y por ello resulta imprescindible que se

¹⁰ Idem, p. 272.

constituyan como sociedades anónimas, lo que además contribuirá a mejorar la transparencia del sector, cuestión que siempre se les ha criticado.

Si aplicamos a esos US\$ 400.000.000 el impuesto adicional, cuya tasa es 35%, obtenemos como resultado US\$ 140.000.000 que ingresarían a arcas fiscales, más de lo que se espera recaudar con el royalty.

La solución a lo anterior sería dictar una ley modificatoria o interpretativa del artículo 200 del Código de Minería que autoriza constituir sociedades contractuales mineras en el sentido que sólo pueden adoptar tal forma societaria aquellas empresas que tengan una producción anual inferior a determinada cantidad de toneladas de cobre, de suerte que las grandes mineras se constituyan necesariamente como sociedades anónimas. Del mismo modo habría que modificar el artículo 2° inciso 2° de la Ley N° 3.918 sobre sociedades de responsabilidad limitada, que actualmente señala que “estas sociedades no podrán tener por objeto negocios bancarios...”, extendiendo dicha limitación en la forma señalada para las contractuales mineras.

Las ventajas de esta solución propuesta son varias. En primer lugar, al parecer las propias empresas mineras estarían dispuestas a cambiar su actual estructura societaria a una de sociedad anónima, es decir se contaría con el consentimiento de ellas; en segundo lugar y como consecuencia de lo anterior, según ya se ha explicado, comenzarían a tributar ahora; en tercer lugar, no se toca el D.L. 600 o estatuto de la inversión extranjera; cuarto, las modificaciones regirían para el futuro y no en forma retroactiva; quinto, se obtienen mayores ingresos que un royalty, etc.

5. CONSIDERACIONES FINALES

El Chile la evasión tributaria es de alrededor de un 22% contra las cifras de un índice de los países desarrollados. ¿Cómo lo lograron esos países? Fundamentalmente debido a la cultura tributaria de sus empresas y ciudadanos, como también a una fuerte regulación a la cual nos están llevando las empresas mineras merced a su cuestionable comportamiento en lo que a pago de impuestos se refiere.

La actitud de las mineras tiene el agravante de que el pago de impuestos a la renta, derivados de las utilidades que resultaren de la actividad económica que desarrollaran en nuestro país, fue una de las causas que tuvo el Estado de Chile para suscribir el contrato de inversión extranjera, por el cual se le conceden al inversionista extranjero beneficios extraordinarios, que ningún inversionista nacional tiene.

Chile aún es un país con enormes necesidades sociales insatisfechas. Cada peso por impuesto que no se paga significa una menor cantidad de escuelas, hospitales, carreteras, etc., todo lo cual atenta contra la cohesión económica y social que le da estabilidad y reconocimiento a un país en el concierto internacional.

Lo que Chile quiere son empresas serias, transparentes y responsables, que cumplan las leyes y los contratos de buena fe, así como también las normas éticas que las buenas prácticas corporativas exigen.

Con igual firmeza rechazamos el establecimiento de un royalty inspirado en viejos resabios estatistas.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- Acuña Frías, M.: *Inversión Extranjera en el Sector Minero Chileno*. Santiago, 2002.
- Cámara de Comercio de Santiago: *Estatuto de la Inversión Extranjera, Tributación y Jurisprudencia*. Santiago, 1996.
- Consejo Minero: *Informe de la Gran Minería Chilena*. Santiago, julio 2003.
- Consejo Minero: *Gran Minería Chilena*. Santiago, 2002.
- Corte Suprema. Sentencia de 22 de abril de 1996. Rol N° 33021.
- Dirección Internacional del Banco Central: *Aspectos Relevantes de la Inversión Extranjera en Chile*. Santiago, 1984.
- Domínguez Águila, Ramón: “*Fraus omnia corrumpit*. Notas sobre el Fraude en el Derecho Civil”. En *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo LXXXIX, Santiago, 1992.
- Dodino, G.: *Sociedad Nacional de Minería, Crónica de Tres Siglos*. Santiago, 2001.
- Fuentes Guíñez, R.: *El Fraude a la Ley*. Santiago, 2002.
- Leturia, Francisco Javier y Álvaro Merino: “Tributación y Minería en Chile: Antecedentes para un Debate Informado”. En *Estudios Públicos*, 95, 2004.
- Lira Ovalle, S.: *Curso de Derecho de Minería*. Santiago, 1998.
- Mayorga, R. y L. Montt: *Inversión Extranjera en Chile*. Santiago, 1994.
- Ossa Bulnes, Juan Luis: *Derecho de Minería*. Santiago, 1999.
- Piñera Echeñique, José: *Fundamentos de la Ley Constitucional Minera*. Santiago, 2002.
- Senado de Chile: “Informe de la Comisión Especial Encargada del Estudio de la Tributación de las Empresas Mineras”, mayo de 2004.
- Servicio de Impuestos Internos: “Antecedentes de la Tributación Minera en Chile y su Fiscalización”. Santiago, octubre 2003.
- Schaerer, O.: *Del Contrato Ley*. Santiago, 1961.
- UNCTAD: *Inversión Extranjera Directa y Desarrollo*. Nueva York: Naciones Unidas, 2001.
- Zabala, R.: *Inversión Extranjera Directa en Chile 1954-1986*. Santiago, 1986. □