

DICTAMEN EN MINORÍA DE REGALÍAS MINERAS

En el tema de Regalías Mineras existe una predisposición de algunos congresistas de seguir favoreciendo a las transnacionales mineras, específicamente al grupo de empresas que firmaron los “contratos de estabilidad”. Al respecto, es necesario recordar y precisar que estos contratos se firmaron en el marco de una Constitución planeada a la medida de intereses subalternos y con el desconocimiento absoluto de la sociedad civil.

Igualmente, hay que hacerle recordar que los reiteradamente mentados contratos de estabilidad no comprenden dentro de sus alcances a las regalías mineras, como interesadamente se nos quiere hacer creer.

En efecto y haciendo un poco de historia, las transnacionales de la minería que operan en el Perú, luego de fracasar en el intento de que no se dé la Ley de Regalías Mineras, interpusieron una acción de inconstitucionalidad que fue declarada infundada en todos sus extremos. Ante esa nueva derrota, idearon como puerta de escape que la regalía minera está comprendida dentro de los convenios de “**Estabilidad Administrativa**” a sabiendas de que esto es falso.

Por otro lado, resulta pertinente señalar que no es justo que las empresas peruanas de la mediana minería, a las que si se les cobra el por concepto de regalías, aportan de manera mayoritaria en este rubro, por ejemplo en le periodo de febrero de 2005 a julio de 2006, la empresa minera MINSUR S.A. aportó el 9.5% (43 millones de soles) del total de lo recaudado por concepto de regalías mineras y otro 21% (98.7 millones de soles) aportan el grueso de empresas peruanas consideradas también como medianas. La única transnacional de la gran minería que realiza el pago por regalías es Southern Peru con 270 millones de soles, en este mismo periodo.

Regalía Minera: Pagos Acumulados Febrero 2005 – Julio 2006

Empresa	Pagos Millones Soles	En % del Total
Southern Peru Copper Corpotation	270.5	58.9%
Minsur S.A.	43.1	9.5%
Volcan Compañía Minera	30.5	6.7%
Compañía de Minas Buenaventura S.A.A.	16.2	3.3%
Resto de empresas mineras que pagan	98.7	21.6%
TOTAL =	459.0	100.0%

Fuente: SUNAT, 2006

Obligados al Pago de la Regalía

Concepto	Total
Empresas que no pagan regalías	18
Empresas que pagan regalías	178
TOTAL =	196

Fuente: SUNAT, 2006
MEM, 2006

De las 18 unidades mineras privilegiadas, 14 son de empresas transnacionales que cuentan con contratos de estabilidad que culminan inclusive el año 2018, como es el caso de Minera Yanacocha S.R. con su unidad minera La Quinua y B.H.P. Billinton Tintaya (ahora Xtrata) con su Planta de Óxidos, a continuación sigue de Compañía Minera Antamina S.A.C., con la unidad minera Antamina que concluye 2015.

Empresas con Contratos de Estabilidad Tributaria

Nº	EMPRESA	UNIDAD MINERA	FECHA INICIO	FECHA FINALIZA
1	B.H.P. Billinton Tintaya S.A.	Planta Sulfuros	1995	2009
2	B.H.P. Billinton Tintaya S.A.	Planta Óxidos	2004	2018
3	Compañía Minera Antamina S.A.	Antamina	2001	2015
4	Compañía Minera Milpo S.A.	Mina El Porvenir	2003	2012
5	Doe Run Peru S.R.L.	Ref. La Oroya	1997	2006
6	Doe Run Peru S.R.L.	Cobriza	1997	2006
7	Empresa Minera Los Queñuales S.A.	Yauliyacu	1997	2006
8	Empresa Minera Los Queñuales S.A.	Iscaycruz	1997	2006
9	Minera Ares S.A.	Ares	1999	2008
10	Minera Berrick Misquichilca S.A.	Pierina	1998	2012
11	Minera Sipan S.A.	Sipán	2000	2014
12	Minera Ubinas S.A. (Inkabor S.A.)	Planta Ácido Bórico	1998	2007
13	Minera Yanacocha S.R.L.	Carachugo	1995	2009
14	Minera Yanacocha S.R.L.	Maqui Maqui	1997	2011
15	Minera Yanacocha S.R.L.	Cerro Yanacocha	2000	2014
16	Minera Yanacocha S.R.L.	La Quinoa	2004	2018
17	Sociedad Minera Cerro Verde S.A.A.	Lix. Cerro Verde	1999	2013
18	Southern Peru Limited	Planta de Lix. SX/EW	1996	2010

Fuente: MEM, 2006
SUNAT, 2006.

El monto aproximado que estarían dejando de pagar estas empresas llegaría a los ochocientos ocho millones de soles en el presente año, entre las que se encuentran: primero, Antamina con 238 millones de soles, luego, Yanacocha con 179 millones de soles, posteriormente Doe Run con 94 millones de soles y la relación continúa.

Deducción del monto para el pago de Regalías mineras en el 2006

EMPRESA MINERA	Ene-Jul (US\$ Millones)	Proyectado (US\$ Millones)	Regalías mineras 3% (US\$ Millones)	Monto Anual (Millones de Soles)
Antamina	1408.50	2414.57	72.44	238.32
Yanacocha	1061.00	1818.86	54.57	179.52
Doe Run Perú	556.90	954.69	28.64	94.23
Barrick – Misquichilca	480.30	823.37	24.70	81.27
Tintaya	286.80	491.66	14.75	48.53
Cerro Verde	269.00	461.14	13.83	45.51
Los Queñuales	169.70	290.91	8.73	28.71
Minera Ares	99.60	170.74	5.12	16.85
BHL Perú	75.80	129.94	3.90	12.83
Otros (comercializadora)	369.40	633.26	19.00	62.50
TOTAL=	4777.00	8189.14	245.67	808.27

* Banco de Crédito del Perú (BCP), 10 de noviembre del 2006.

** Cálculo aproximado efectuado por el Despacho Congressional, en base a la información del BCP y la proporción que muestran las cifras en el pago de regalías de Feb. 2005 a Jul. 2006 (SUNAT, 2006).

Esto es, señora presidenta, se privilegia sin ningún rubor a los intereses foráneos, desguarneciendo los intereses nacionales.

Es por esta situación que el bancada Nacionalista – Unión Por el Perú ha presentado el Dictamen en Minoría que recae en los Proyectos de Ley N° 17/2006-CONG., y N° 33/2006-CR, proponiendo la aprobación de una fórmula sustitutoria denominada “**Ley que autoriza a la SUNAT la aplicación de normas que faciliten la administración de regalías mineras**”.

Este es un tema que fue ampliamente desarrollado en el período legislativo anterior (08-06-2006), el parlamento nacional, debatió el texto sustitutorio modificado de los proyectos de Ley 14661, 13753, 13948, 14576, 14691, 14620 que precisaban los alcances de la Ley N.º 28258 y autorizaban a la SUNAT la aplicación de normas que facilitarían la administración de regalías mineras.

En esa oportunidad sobre el tema se pronunciaron tanto la Comisión de Economía e Inteligencia Financiera así como la de Energía y Minas, siendo esta última la comisión principal. Ambas comisiones emitieron dictamen favorable.

Es importante señalar que en dicha sesión legislativa del 08 de junio del presente año, el Parlamento Nacional, luego de un debate de consenso en el que los participantes mostraron su acuerdo con el dictamen, se aprobó el mismo sin ningún voto EN CONTRA. A favor votaron 62 y se abstuvieron 02. Es decir no hubo oposición alguna, inclusive de la Bancada Aprista, que era conformada por el actual Ministro de Energía y Minas, quien se desempeñaba como Presidente de la Comisión de Energía y Minas.

El dictamen de entonces, por un consenso de los miembros de la Comisión de Energía y Minas, y sustentada por su Presidente, incorporó de manera expresa el siguiente texto:

“Artículo 2º.- Precisión

Precísase que todas las empresas mineras tienen la obligación de pagar las regalías mineras por todas las concesiones mineras en explotación, incluyendo las concesiones relacionadas a los proyectos respecto de los cuales se hayan suscrito contratos de garantía y medidas de promoción a la inversión minera al amparo del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, estando excluidos los pequeños mineros, mineros artesanales, según el artículo 10º de la Ley N° 28258 y la Segunda Disposición Transitoria del Decreto Supremo 018-2005-EF.

Asimismo se encuentran excluidas las empresas mineras que han pactado relaciones contractuales con el estado.”

La posición del Presidente de la Comisión de Economía e Inteligencia Financiera de entonces: Con relación al texto señalado, se allanó plenamente al añadido y al dictamen consensuado de la Comisión de Energía y Minas.

ANÁLISIS

FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LAS REGALÍAS MINERAS

El Tribunal Constitucional en abril del año 2005, en los días 1 y 5, emitió dos resoluciones referidas a las Regalías Mineras. En la Resolución del 1 de abril de 2005 el Tribunal Constitucional declara INFUNDADA la demanda de inconstitucionalidad de autos presentada por el Sr. José Miguel Morales Dasso contra la Ley de Regalías 25828. En la resolución del día 5 el Tribunal Constitucional hace una precisión respecto a los alcances de la Ley de Regalías, señalando que su efecto normativo incluye a todos aquellos que ya tenían concesiones vigentes, de modo que les será exigible su pago.

Dado al carácter vinculante y orientador de las sentencias del TC para toda la legislación nacional, es pertinente señalar algunos de los fundamentos que

sobre las regalías y temas afines, prescribe este organismo:

1. El papel del estado es la defensa del bien común y el interés público. En este contexto, el papel del Estado implica la defensa del bien común y del interés público, la explotación y el uso racional y sostenible de los recursos naturales que como tales pertenecen a la Nación, y el desarrollo de acciones orientadas a propiciar la equidad social. Por ende, tiene la obligación de acentuar la búsqueda del equilibrio entre la libertad económica, la eficiencia económica, la equidad social y las condiciones dignas de vida material y espiritual para las actuales y venideras generaciones.

2. Ni la propiedad ni la autonomía privada son irrestrictas “per se” en el constitucionalismo contemporáneo. Prima facie, la actividad de la empresa está sujeta a regulaciones constitucionales y legales a fin de que la organización política pueda lograr los objetivos establecidos en la propia Constitución. Por ello es que, cuando entran en conflicto determinados derechos o libertades individuales con las prerrogativas del Estado, resulta determinante establecer el marco jurídico y político en que se sustentan dichos derechos. Ni la propiedad ni la autonomía privada son irrestrictas “per se” en el constitucionalismo contemporáneo. Lo importante es que dichos derechos se interpreten a la luz de las cláusulas del Estado Social y Democrático de Derecho; de lo contrario, otros bienes constitucionales igualmente valiosos tendrían el riesgo de diferirse. Sólo de este modo puede considerarse superado el viejo y equívoco postulado del mercado “per se” virtuoso y el Estado “per se” mínimo, para ser reemplazado por un nuevo paradigma cuyo enunciado es: “tanto mercado como sea posible y tanto Estado como sea necesario”.

3. Parámetros del desarrollo de la persona. El contenido del derecho fundamental a un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la persona está determinado por los siguientes elementos, a saber: 1) el derecho a gozar de ese medio ambiente y 2) el derecho a que ese medio ambiente se preserve.

4. Alcances del artículo 66° de la Constitución. El artículo 66° de la Constitución señala que los recursos naturales, “in totum”, son patrimonio de la Nación. Ello implica que su explotación no puede ser separada del interés nacional, por ser una universalidad patrimonial reconocida para los peruanos de todas las generaciones. Los beneficios derivados de su utilización deben alcanzar a la Nación en su conjunto; por ende, se proscriben su exclusivo y particular goce.

En ese sentido, los recursos naturales —como expresión de la heredad nacional— reposan jurídicamente en el dominio del Estado. El Estado, como la expresión jurídico-política de la nación, es soberano en su aprovechamiento. Es bajo su imperio que se establece su uso y goce.

El dominio estatal sobre dichos recursos es eminente, es decir, el cuerpo político tiene la capacidad jurisdiccional para legislar, administrar y resolver las controversias que se susciten en torno a su mejor aprovechamiento.

En consecuencia, de una interpretación sistemática del artículo 2°, inciso 22) y de los artículos 66° y 67° de la Constitución, se concluye que una manifestación concreta del derecho de toda persona a disfrutar de un entorno ambiental idóneo para el desarrollo de su existencia, es el reconocimiento de que los recursos naturales -especialmente los no renovables- en tanto patrimonio de la Nación, deben ser objeto de un aprovechamiento razonable y

sostenible, y los beneficios resultantes de tal aprovechamiento deben ser a favor de la colectividad en general, correspondiendo al Estado el deber de promover las políticas adecuadas a tal efecto.

5. Ley de Regalías una ley especial, y no Orgánica. A juicio del Tribunal, la determinación de las materias sujetas a reserva de ley orgánica, se ha efectuado en la Ley N° 26821 —Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales—, básicamente en su Título IV (Otorgamiento de derechos sobre los recursos naturales) y el Título V (Condiciones de aprovechamiento sostenible de recursos naturales), norma que se encuentra vigente y que no ha sido impugnada.

En ningún caso el Estado puede abdicar de su “ius imperium” para regular el aprovechamiento de los recursos naturales que son de la Nación. Así lo indica —aunque en la teoría del derecho constitucional era innecesario- el artículo 6° de la aludida Ley N° 26821, al disponer que: “El Estado es soberano en el aprovechamiento de los recursos naturales. Su soberanía se traduce en la competencia que tiene para legislar y ejercer funciones ejecutivas y jurisdiccionales sobre ellos” (subrayado nuestro).

6. Recursos Naturales y propiedad. Los recursos naturales no renovables nunca pasan a ser propiedad absoluta de quien los recibe en concesión. En el ejercicio del dominio que el Estado otorga a los particulares, se debe tomar en cuenta que el artículo 23° de la Ley N° 26821, establece como regla imperativa el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, en las condiciones y con las limitaciones que establezca el título respectivo.

El aprovechamiento sostenible de los recursos no renovables según nuestra legislación y conforme ha quedado dicho, consiste en su explotación eficiente, bajo el principio de sustitución de valores y beneficios reales, evitando o mitigando el impacto sobre otros recursos del entorno y del ambiente.

7. Concesión minera y la alegada afectación de la libertad contractual. Los demandados sostienen que el establecimiento de la regalía minera transgrede la libertad contractual de los titulares afectos, establecida en por el artículo 62° de la Constitución, ya que impone un deber de pago no existente cuando la concesión fue otorgada. Asimismo, refieren que se aplica sin discriminar a las empresas mineras con concesiones vigentes, y a las que obtuvieron sus concesiones después de la vigencia de la Ley.

La concesión minera no es un contrato sino un acto administrativo, que determina una relación jurídica pública a través de la cual el Estado otorga, por un tiempo, la explotación de los recursos naturales, condicionada al respeto de los términos de la concesión y conservando la capacidad de intervención si la justifica el interés público.

La concesión minera debe entenderse como un acto jurídico de Derecho Público en virtud del cual la Administración Pública, sustentándose en el principio de legalidad, establece el régimen jurídico de derechos y obligaciones en la explotación de los recursos minerales no renovables.

A criterio de este Tribunal, con el establecimiento de la regalía minera el Estado no ha incumplido el compromiso de respetar los atributos que la Ley confiere a los inversionistas titulares de la concesión, pues la naturaleza de estos actos — adscritos al derecho público- no otorgan al concesionario la inmutabilidad del régimen jurídico, para cuyo caso operan los contratos ley; ni imposibilitan la intervención del Estado mediante el ejercicio de su “ius

imperium” y cuando así lo justifique el interés público.

De otro lado, tampoco se han cambiado las reglas de juego para los inversionistas del sector minero, pues no se ha alterado la naturaleza jurídica de la concesión ni las condiciones para su otorgamiento, manteniéndose los plazos de vigencia y las causales de caducidad; es decir, no se ha alterado el régimen de dominio al que tiene derecho el titular de la actividad minera como producto de la concesión. Más aún si se toma en cuenta que la posibilidad del cobro de la regalía minera, ya estaba prevista en el artículo 20° de la Ley Orgánica para el Mantenimiento Sostenible de los Recursos Naturales, cuando incluye entre las retribuciones económicas a las que el Estado tiene derecho, a la de carácter contraprestativo, como la regalía minera; obviamente, tal disposición era susceptible de ser materializada en cualquier momento por el Estado.

Para el Tribunal, es incuestionable que la retribución a la Nación por los beneficios y ventajas obtenidos por la explotación de los recursos que le son originarios - dado su carácter limitado y los perjuicios directos ocasionados a las localidades donde se encuentra ubicada la mina, una vez que los recursos explotados se hayan agotado-, resulta un tema de evidente interés general. Y adquiere mayor dimensión cuando, en pleno proceso de descentralización, resulta necesario que la población de las regiones y municipios obtenga recursos directos para gestionar sus proyectos de inversión.

Por consiguiente, el establecimiento de la regalía minera no vulnera la libertad contractual de los concesionarios de la actividad minera.

8. Entrada en vigencia de la Ley de Regalía Minera Por los fundamentos antes expuestos, se concluyen tres premisas: a) la concesión minera no determina, prima facie, la estabilidad o inmutabilidad de lo pactado, para lo cual existen los contratos ley; b) el Estado podrá intervenir razonablemente modificando sus cláusulas, no en cualquier circunstancia, sino cuando el interés público lo amerite; c) la protección, control y conservación de los recursos naturales son de interés general de la nación, y el Estado debe preservar su aprovechamiento en su beneficio.

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL

El tribunal luego de una larga fundamentación resuelve “Exhortar al Congreso para que: a) establezca los mecanismos legales pertinentes, a fin de garantizar que la recaudación de la regalía minera cumpla los objetivos de los artículos 8° y 9° de la Ley de Regalía Minera, Ley N° 28258; b) diseñe y establezca mecanismos de control, información y transparencia para que la sociedad civil pueda efectuar el seguimiento del manejo y buen destino de estos recursos; c) integre en la distribución de los montos recaudados, dispuesta por el artículo 4° de la Ley de Regalía Minera, N° 28258, a las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.”

Toda esta fundamentación abona a darle plena legalidad y efecto mandatorio a la Ley de Regalía Minera y además, encauza el accionar futuro del Congreso, para que el espíritu de la norma en cuestión, pueda materializarse de manera plena, situación que será posible mediante la dación de otras normas, como la que se propone en el presente proyecto.

LAS REGALÍAS NO CUESTIONAN LA NATURALEZA DE LOS CONTRATOS

1. La regalía minera, no cuestiona ni vulnera los alcances de los CONTRATOS suscritos entre el estado y las empresas. Estos contratos siguen vigentes,

pero las empresas deben pagar la regalía por tener otro origen y naturaleza. Dice el procurador de la república en la resolución del Tribunal:

“La regalía minera no es ni una condición para la utilización de los recursos naturales, ni una condición para el otorgamiento de estos, pues se establece en un momento posterior al cumplimiento de las condiciones establecidas para la utilización y otorgamiento de la concesión a los particulares”.

2. Dice la ley en su artículo 2º “La regalía minera es la contraprestación económica que los titulares de las concesiones mineras pagan al Estado por la explotación de los recursos minerales metálicos y no metálicos”.

3. La regalía minera es un mecanismo de “compensación económica al Estado por el provecho particular del que gozan los usuarios de este recurso”. En ese sentido, debe entenderse que al tratarse del uso exclusivo y excluyente de recursos naturales no renovables por parte de quien se beneficia de la concesión minera, el Estado está facultado para establecer fórmulas mediante las cuales pueda conseguirse que la Nación participe de este beneficio económico, en su calidad de beneficiaria original del recurso. Esta fórmula es la regalía minera.

4. Señalar de manera expresa qué empresas deben ser afectos al pago del concepto de regalía, pretende salvaguardar el desarrollo y bienestar de las poblaciones donde se ubican los yacimientos mineros explotados. No señalarlos, es hacer lo contrario. Se trata de poner por encima de los intereses particulares, el INTERÉS SUPREMO DE LA NACIÓN, se trata de reivindicar la soberanía del estado sobre los recursos naturales, sobre todo de carácter NO RENOVABLE.

5. El tribunal, ya ha emitido sentencia sobre el tema, dejando jurisprudencia en materia de la explotación de los recursos naturales, con un criterio de defensa de la dignidad de la persona y del concepto de desarrollo sostenible y sustentable.

6. Está en juego el desarrollo de los municipios distritales, provinciales y gobiernos regionales, así como el desarrollo de las universidades, que son los beneficiarios de la Ley de Regalías 28258.

NECESIDAD DE LA INTERVENCIÓN DE LA SUNAT PARA EL COBRO

a) La Ley N° 28258 “Ley de Regalías Mineras”, estableció el marco normativo básico para la constitución, determinación, distribución y utilización de la regalía minera; sin embargo, en su texto no se establecieron claras competencias de las entidades del Estado respecto de los procesos de administración necesarios para un eficiente pago de la regalía minera.

b) En el Artículo 9º del Decreto Supremo N° 157-2004-EF “Reglamento de la Ley de Regalías Mineras”, se estableció la autorización a la SUNAT para que desarrolle funciones asociadas al pago de la regalía. Sin embargo, es de considerar que dicha norma no logró alcanzar ese objeto puesto que las disposiciones allí contenidas correspondían a las mismas herramientas, sistemas y procedimientos implementadas para la administración de tributos a su cargo, por lo que era indispensable que su aplicación debiera disponerse en el marco de las normas del Código Tributario y, para tal efecto, se requería que dicha autorización a la SUNAT debería resolverse mediante la aprobación de una norma con rango de ley.

Bajo este contexto, en el contenido de la propuesta se precisan los artículos

correspondientes, para darle concreción y viabilidad al deseo de la población de que se pague el concepto de las regalías de manera efectiva y oportuna.

CONCLUSIONES

Por las consideraciones antes expuestas, se ha llegado a determinar las siguientes conclusiones:

1. Subsisten vigentes las consideraciones fáctuales, normativas y doctrinarias que motivaron que el Congreso de la República en su Pleno del 08 de junio del presente año, aprobara el Dictamen con el título "Ley que precisa los alcances de la ley 28258 y autoriza a la SUNAT la aplicación de normas que faciliten la administración de regalías mineras" de manera casi unánime, sin ningún voto en contra.

2. Las regalías tienen una naturaleza de contraprestación de servicios no tributaria.

3. La Ley de Regalías 28258, afecta a todas las empresas que cuenten con concesiones mineras, salvo los pequeños mineros y mineros artesanales exceptuados de este pago según el artículo 10° de la Ley N° 28258 y la Segunda Disposición Transitoria del Decreto Supremo N° 018-2005-EF. También están exceptuadas las empresas mineras que han pactado regalías contractuales con el Estado.

4. Las observaciones del ejecutivo a la autógrafa expresada en el PL 17-2006-CR, no rebaten los fundamentos de las Resoluciones del 1° y 5° de abril de 2005 que declara infundada el cuestionamiento de la Ley de Regalías Mineras 28258. En la primera resolución el Tribunal Constitucional señala que los Contratos teniendo una naturaleza no tributaria, no son afectados por la ley de Regalía, siendo totalmente constitucional, su vigencia y aplicación. En la segunda resolución, señala que todas las empresas que tiene concesiones son afectas a la norma.

5. En cuanto a la necesidad de la participación de la SUNAT para viabilizar y hacer efectiva la ley 28258, existe la voluntad manifiesta del actual parlamento de normar dándole a la SUNAT los instrumentos legales para que las regalías se paguen y de manera oportuna y así se cuente con los beneficios para desarrollar las zonas donde se explotan nuestros recursos mineros.

6. Teniendo plena vigencia la autógrafa aprobada por el congreso del 8 de junio del presente año recogida por los Proyectos de Ley N° 17 y 33 se hace necesaria mantener el contenido de la autógrafa señalada.

7. Por lo que nos ratificamos en lo expresado en la propuesta legislativa N° 33/2006-CR, que a letra dice:

"Artículo 2°.- Precisión

Precísase que todas las empresas mineras tienen la obligación de pagar las regalías mineras por todas las concesiones mineras en explotación, estando excluidos los pequeños mineros, mineros artesanales, según el artículo 10° de la Ley N° 28258 y la Segunda Disposición Transitoria del Decreto Supremo 018-2005-EF. Asimismo, se encuentran excluidas las empresas mineras que han pactado el pago de regalías mediante relaciones contractuales con el estado".

SUSANA GLADIS VILCA ACHATA
CONGRESISTA DE LA REPÚBLICA