

**ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD DEL BOLETÍN N°12.093-098 QUE
ESTABLECE UN ROYALTY MINERO POR LA EXPLOTACIÓN DE LA MINERÍA DEL
LITIO**

Arturo Fermandois Vöhringer
Profesor titular de Derecho Constitucional UC

Comisión de Minería y Energía
H. Cámara de Diputados

9 de enero de 2019

El Boletín N°12.093-08 que “*establece en favor del Estado una compensación, denominada royalty minero, por la explotación de la minería del cobre y del litio*” (en adelante, el “Proyecto”), tuvo su origen en una moción promovida por los diputados Esteban Velásquez, Pedro Velásquez, Jaime Mulet, Nicolás Noman, Marcelo Schilling, Pablo Vidal, Natalia Castillo, Daniella Cicardini, Catalina Pérez y Alejandra Sepúlveda.

El Proyecto consta de un artículo único, el cual establece:

“una compensación a favor del Estado por la explotación de la minería del cobre y del litio, equivalente al 3% del valor nominal de los minerales extraídos. Dicha compensación deberá destinarse a obras de desarrollo en las comunas en donde se encuentren los yacimientos respectivos de donde se extraiga el mineral, que permitan mitigar los efectos ambientales que produzca la actividad minera.

La compensación deberá ser pagada anualmente por el explotador minero respectivo, en el caso de las sustancias minerales concesibles, mientras esté vigente la concesión, y en el caso de las no concesibles, desde que se inicie la extracción hasta su completa explotación.

Con todo, no será exigible esta compensación a aquellos explotadores mineros que extraigan, en el caso del cobre, cantidades anuales no superiores a 12.000 toneladas métricas de cobre fino, y en el caso del litio, cantidades anuales no superiores a 50.000 de litio metálico”.

Sobre la “*compensación a favor del Estado por la explotación de la minería del cobre y del litio*”, la moción postula que la carga pecuniaria que pretende imponer consistiría en un royalty “*propiamente tal*”, el que caería fuera del concepto de

“tributo”. Así, el *“proyecto plantea que el royalty constituye un derecho y no un tributo técnicamente hablando”*¹.

En la presente minuta se estudiará el alcance del concepto de “tributo” lo que hace concluir la inconstitucionalidad del Proyecto, que, al proponer un tributo por medio de un proyecto iniciado por moción parlamentaria, contraviene el art.63 N°14 en relación con 65 inciso 4° N°1, según se explicará a continuación.

1. Corresponde exclusivamente al Presidente de la República la iniciativa para imponer tributos, cualquiera sea su clase o naturaleza.

En virtud de lo dispuesto por el artículo 63 N°14:

“Sólo son materias de ley:

14) Las demás que la Constitución señale como leyes de iniciativa exclusiva del Presidente de la República”.

En concordancia con lo anterior, el inciso cuarto del artículo 65 dispone en su número 1° que:

“Corresponderá, asimismo, al Presidente de la República la iniciativa exclusiva para:

1.- Imponer, suprimir, reducir o condonar tributos de cualquier clase o naturaleza, establecer exenciones o modificar las existentes, y determinar su forma, proporcionalidad o progresión”.

Luego, la imposición de tributos forma parte de la reserva legal, ley que por lo demás deberá ser de iniciativa exclusiva del Presidente de la República. Así lo ha reconocido reiteradamente Tribunal Constitucional².

El mismo Tribunal, a propósito de la iniciativa exclusiva del Presidente de la República ha destacado que:

¹ Boletín N°12.093-08, p.3.

² En este sentido, STC rol N°3033-16 de 5 de abril de 2018, considerando 3°, STC rol N°773 de 26 de noviembre de 2017, considerando 13° y STC rol N°1063 de 12 de junio de 2008, considerando 9°.

“13°. Que las normas constitucionales sobre iniciativa exclusiva del Presidente de la República en materias legislativas guardan estrecha relación con la forma como nuestra Carta Fundamental ha consagrado el régimen presidencial de Gobierno. Tales normas permiten resguardar, asimismo, las esferas de competencia que la Constitución ha reservado para el Presidente de la República. En este sentido, se ha señalado que “el constituyente desea que todas las leyes que tengan un impacto económico en la vida nacional, sean iniciadas por quien tiene a su cargo ‘el gobierno y la administración del Estado’, quien es el J. de Estado: el Presidente de la República (art. 24).” (FERMANDOIS V., ARTURO Y GARCÍA G., JOSÉ: “Origen del Presidencialismo Chileno: Reforma Constitucional de 1970, Ideas Matrices e Iniciativa Legislativa Exclusiva”, en Revista Chilena de Derecho. Vol. 36 N° 2, 2009, p. 297)”³.

De ahí, que la imposición de un tributo sea, según fluye de las disposiciones constitucionales citadas y la uniforme jurisprudencia del Tribunal Constitucional, de exclusiva iniciativa del Presidente de la República.

Para precisar el alcance de esta afirmación, resulta fundamental determinar, tal como se hará a continuación, el contenido y extensión del concepto de “tributo”.

2. Tributo: concepto y alcance.

Tanto la uniforme jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia, como los autores más destacados de la doctrina nacional, han reafirmado que el concepto de “tributo”, tiene un alcance amplio, de carácter genérico, que envuelve una vasta categoría de prestaciones pecuniarias de carácter obligatorio.

2.1 Doctrina.

Destacados autores del medio nacional, se han referido al concepto de “tributo” en los siguientes términos:

- i. *“La expresión tributo, empleada en el artículo 19 N°20 de la Constitución, tiene alcance amplio, es decir, resulta comprensiva de todas las prestaciones que los particulares se encuentran obligados a efectuar en favor del Estado, en virtud de la potestad impositiva que la Carta*

³ STC rol N°1687 de 30 de diciembre de 2010, considerando 13°.

Fundamental y la Ley le confieren, con la finalidad de cubrir el gasto público”⁴.

- ii. *“Tributo es, por consiguiente, un sustantivo de contenido genérico. Dentro de él caben muchas especies. Por ejemplo, los impuestos, las tasas, las contribuciones, los aranceles, patentes, derechos y permisos. Probablemente, por su amplitud tributos y cargas públicas reales son los conceptos más parecidos.”⁵*
- iii. *“Tributo es un término genérico que comprende cualquier impuesto, contribución, arancel, derecho o tasa, es decir, cualquiera prestación que los particulares tengan que satisfacer al Estado”⁶.*
- iv. Se entiende por tributo *“toda obligación apreciable en dinero impuesta forzosamente por el Estado a los particulares”⁷ y por potestad tributaria *“una autorización constitucional para que el Estado, sujeto a determinadas reglas, extraiga recursos de los particulares sin tener que compensarlos directamente por ello. La voz tributo va unida entonces a la capacidad para apropiarse de los recursos de los particulares”⁸.**
- v. *“El tributo es así la expresión genérica que abarca los impuestos, las contribuciones y las tasas. A ellos deben agregarse los derechos correspondientes a servicios, concesiones y permisos, como lo ha determinado jurisprudencialmente la Corte Suprema”⁹.*
- vi. *“Podemos definir el tributo como las obligaciones pecuniarias que la ley impone a las personas para el cumplimiento de los fines de bien común propios del Estado”¹⁰.*

⁴ FERNÁNDEZ, Miguel Ángel, “Principios constitucionales de proporcionalidad y justicia en materia tributaria”, en: Revista Chilena de Derecho, Vol.27, N°2, 200, Santiago, p.357.

⁵ CEA EGAÑA, José Luis, *Derecho Constitucional Chileno, Tomo II*, 2ª Edición, Ediciones UC, Santiago, 2012 p. 511

⁶ Actas Oficiales de la Comisión Ortúzar, sesión 11 de julio de 1978, intervención de Raúl Bertelsen, p.3.115.

⁷ FERNANDOIS VOHRINGER, Arturo, *Derecho Constitucional Económico, Tomo II*, Ediciones UC, Santiago, 2014. p. 127.

⁸ FERNANDOIS VOHRINGER, Arturo, *Derecho Constitucional Económico, Tomo II*, Ediciones UC, Santiago, 2014. p. 110

⁹ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Derechos fundamentales y garantías constitucionales, Tomo II*, Editorial Librotecnia, Santiago, 2008, p. 469.

¹⁰ EVANS DE LA CUADRA, Enrique, *Los Derechos Constitucionales, Tomo II*, Editorial Jurídica de Chile, 3ª edición, Santiago, 2004, p.284.

- vii. Tributo es *“toda y cualquier obligación o prestación obligatoria comúnmente en dinero, exigida por el Estado en virtud de su poder de imperio y que permite a éste cumplir con los fines de bien común, objeto de su existencia”*¹¹.

A partir de las definiciones expuestas, no puede sino concluirse que el término “tributo” es un concepto amplio, de contenido genérico en el cual caben muchas especies de prestaciones pecuniarias de carácter obligatorio (o “toda” o “cualquier” obligación pecuniaria, como lo definen genéricamente los citados autores).

2.2 Jurisprudencia.

En el mismo sentido, la uniforme jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia, ha reconocido la amplitud del concepto de tributo, destacando los siguientes aspectos:

- i. El concepto es amplio, genérico y envuelve una amplia gama de especies de prestaciones pecuniarias.**

En este sentido:

“El vocablo tributo fue incorporado en nuestra actual Constitución, en reemplazo de la voz contribuciones o impuestos, de modo que ha de entenderse que comprende, además, las tasas y los demás derechos o cargas semejantes”¹².

“Que no obstante lo expuesto, es lo cierto que el vocablo tributo fue incorporado en nuestra Constitución, en reemplazo de las palabras contribuciones o impuestos que empleaba la anterior, de modo que ha de entenderse que incluye, además, las tasas y los demás derechos o cargas semejantes, como lo hace notar don Juan Eduardo Figueroa en su obra Las garantías constitucionales del contribuyente en la Constitución política de 1980 (Editorial Jurídica, 1985), y así dejó constancia en la discusión respectiva, en la comisión constituyente, sesión 398, en el sentido de que dicho vocablo significa Obligaciones Tributarias que la

¹¹ EVANS ESPÍÑEIRA, Eugenio, “Justicia y proporcionalidad de los impuestos indirectos en la Constitución Política”, en: Revista Chilena de Derecho, N°Especial, 1998, Santiago, p165.

¹² Corte Suprema, Rol N°16.293 de 28 de enero de 1992, considerando 15°, RDJ 89,1992, sec.5ª, p.11.

ley impone a las personas para el cumplimiento de los fines de bien común propios del Estado, que comprende precisamente los impuestos, contribuciones, las tasas y los derechos”¹³.

ii. La denominación que se utilice en la ley es irrelevante para determinar la naturaleza jurídica de un tributo.

El hecho de que la ley pretenda que una prestación pecuniaria no corresponda a un tributo, meramente a partir de consideraciones nominales, no determina la naturaleza jurídica de dicha prestación. Así, se ha dicho:

“Que, como punto de partida, afirmamos que la patente por no uso de aguas es un tributo, con independencia de la denominación de “patente” que utilice la ley. En efecto, “(...) entender que la denominación que se utilice en la ley constituya un elemento determinante en la verificación de si se está en presencia de un tributo o no, constituye puro nominalismo. La noción de tributo y sus categorías dependen de la naturaleza y características de la prestación pública”¹⁴

En la misma línea, la Corte Suprema de Estados Unidos, con ocasión del importante caso de la reforma de salud del Presidente Barack Obama, la “Affordable Care Act” en *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. 519 (2012), reafirmó el principio general de derecho en virtud del cual “las cosas son lo que son para el derecho”, especialmente si se crea un tributo, así, se reconoció que:

La Affordable Care Act describe el pago (asociado a la no inscripción en el sistema de seguro de salud) como una “sanción” y no como un “tributo”. Esa etiqueta no puede controlar si el pago es un tributo para la Constitución.¹⁵

¹³ Corte Suprema, Rol 3.260-2003 de 21 de enero de 2004, considerando 5°.

¹⁴ STC rol N°3146 de 4 de julio de 2017, considerando 12°.

¹⁵ “The Affordable Care Act describes the payment as a “penalty,” not a “tax.” That label cannot control whether the payment is a tax for purposes of the Constitution”. Congress cannot change whether an exaction is a tax or a penalty for constitutional purposes simply by describing it as one or the other.” El razonamiento del juez Roberts apunta a numerosos precedentes en que la Corte Suprema Norteamericana consideró que una ley establecía tributos, aunque hubieran recibido un nombre distinto en la legislación (p. 34 del fallo). En EEUU la jurisprudencia sobre esto tiene un mayor desarrollo, porque el gobierno federal cuenta con competencias en materias de tributo, y por lo tanto muchas veces su competencia para regular una materia depende de si algo es o no tributo.

En efecto, desde los orígenes del constitucionalismo existen limitaciones a la potestad del gobernante de imponer tributos (por ejemplo, en el número 12 de la Carta Magna¹⁶), y es usual que exista un incentivo para intentar “redefinir” un tributo para que parezca otra cosa y así evitar las exigencias constitucionales en esta materia. Sin embargo, tal como lo reafirmó la sentencia estadounidense recién citada, algo no deja de ser un tributo para la Constitución solamente porque no se le llame así.

3. Sobre el concepto de “royalty” en el Proyecto: pretensión de excluirlo del concepto de tributo.

i. El Boletín N°12.093-08 postula que el “royalty” es un derecho y no un tributo por el hecho de existir una contraprestación.

El Proyecto postula que el “royalty” que busca imponer a la extracción del litio y del cobre en Chile es *“el cobro de un derecho por parte del Estado, por la sola extracción de sus recursos minerales no renovables fundamentado en la compensación de los particulares al Estado por extraer y beneficiarse de las riquezas contenidas en el subsuelo. En efecto, corresponde al pago por el uso de un recurso natural no renovable, razón por la cual debe relacionarse con la extracción, y no con la venta o utilidad, de lo contrario se trataría de un impuesto más. En tal sentido, el proyecto plantea que el royalty constituye un derecho y no un tributo técnicamente hablando”*¹⁷.

Luego, se pretende que el “royalty” no es un tributo por el solo hecho de existir una contraprestación (permitir la extracción del litio y del cobre, ambos recursos minerales no renovables de propiedad del Estado). Sin embargo, y según se explicará, la existencia de una contraprestación por parte del Estado no altera ni incide sobre la naturaleza jurídica de un tributo, ello obedecería mas bien a una visión excesivamente restrictiva del concepto, visión que es contraria a la uniforme jurisprudencia de los Tribunales de Justicia, al pensamiento de los más destacados autores nacionales y a la propia Carta Fundamental, para la cual el concepto de tributo es amplio y de carácter genérico.

¹⁶ “No scutage or aid is to be imposed in our kingdom except by the common counsel of our kingdom, unless for the ransoming of our person, and knighting of our first-born son, and for marrying, once, our first-born daughter, and for these only a reasonable aid is to be taken. Aids from the city of London are to be treated in like manner”.

¹⁷ Boletín N°12.093-08, pp.2-3.

ii. Argumentos para rechazar las visiones restrictivas del concepto de tributo.

En nuestro libro publicado el 2010, titulado “Derecho Constitucional Económico” (Tomo II), planteamos que *“un primer problema para arribar a una noción precisa de tributo proviene de la atención a una posible contraprestación que el Estado entrega, u ofrece entregar, al contribuyente. Si hemos de considerar la eventual contraprestación del Estado a favor del que paga como un elemento excluyente del tributo, entonces la noción de tributo se complica fuertemente.*

En efecto, la visión clásica proveniente del derecho tributario tiende a distinguir entre tributos o impuestos y contribuciones o tasas. Las contribuciones y tasas se diferenciarían del simple tributo en que causarían prestaciones correlativas desde el Estado en favor del que las paga. Este elemento jurídicamente crucial- la contraprestación- haría desaparecer la naturaleza tributaria de ese pago, abriendo otra clase de categoría: precio público, carga real u otra. La jurisprudencia y legislación comparada han venido rechazando esta noción.

El razonamiento descrito incorpora fuertes tensiones a la hora de definir la materia de un determinado proyecto de ley. Mientras el derecho constitucional estima que el tributo es una noción plenamente constitucionalizada y omnicomprendiva, el derecho administrativo y la ciencia económica suelen introducir la distinción que hemos expuesto. (...) Por ejemplo, este razonamiento no distingue ni resuelve tres relevantes problemas:

- a) El grado, entidad o especificidad de la contraprestación que el Estado supuestamente realiza a favor del ciudadano de quien extrae los recursos;*
- b) La libertad del ciudadano-contribuyente en la decisión de colocarse en situación de ser cobrado; o lo que es lo mismo, su grado de voluntariedad en solicitar la supuesta contraprestación asociada a su pago, y*
- c) La situación del ciudadano que rehúsa recibir la contraprestación o servicio asociados al cobro (problema derivado del anterior)”¹⁸.*

En cuanto al primer problema, relativo al grado de especificidad de los beneficios estatales retribuidos al contribuyente en una tasa o contribución, se explica que *“si se observa detenidamente el planteamiento de la contraprestación, es*

¹⁸ FERNANDOIS VOHRINGER, Arturo, *Derecho Constitucional Económico, Tomo II*, Ediciones UC, Santiago, 2014, pp.115 a 118.

imposible establecer una vinculación entre un cobro forzoso respaldado por el imperio del Estado, y contraprestaciones específicas a favor del particular. De seguirse este razonamiento, una serie de consecuencias absurdas se obtienen, aun frente a una tasa o contribución. (...) No debe buscarse la causa de la obligación de pagar una tasa en la prestación efectiva del servicio referido a la persona que paga. En rigor, la potestad tributaria se justifica en el poder de imperio del Estado, y en su lato y difuso deber de promover el bien común. Los beneficios a los ciudadanos deben provenir del Estado pero son por definición difusos, genéricos, imposibles de asociar al pago de tal o cual impuesto”¹⁹.

En cuanto a la segunda crítica, referida a la problemática de la libertad en la elección de la contraprestación, se ha destacado que “*de los sanos criterios de la Ley de la Comunidad de Madrid, se desprende lo siguiente:*

- i. Que el precio que se paga por la prestación de servicios por parte del Estado a favor de un sujeto pasivo, en actividades de su competencia, puede ser considerado tributo si no es voluntario;*
- ii. Se considera que ese precio no es voluntario, y por tanto es un tributo, si:*
 - Los servicios son exigidos por la ley o por los reglamentos;*
 - Los servicios se otorgan por el Estado monopólicamente o en calidad de reserva estatal (esto es, el sector privado no los provee)²⁰.*

Este último punto, es especialmente relevante, pues el Proyecto pretende imponer un gravamen sobre la extracción del cobre y del litio, los que son, precisamente, bienes otorgados por el Estado monopólicamente (en virtud del art. 19 N°24 inciso sexto). Por tanto, no hay aquí libertad en la elección de la contraprestación, lo que conlleva que el gravamen que se pretende imponer, sea inequívocamente un tributo, que, de conformidad con los artículos 63 N°14 y 65 inciso cuarto N°1, corresponde a la iniciativa exclusiva del Presidente de la República.

¹⁹ FERNANDOIS VOHRINGER, Arturo, *Derecho Constitucional Económico, Tomo II*, Ediciones UC, Santiago, 2014, p. 119.

²⁰ FERNANDOIS VOHRINGER, Arturo, *Derecho Constitucional Económico, Tomo II*, Ediciones UC, Santiago, 2014, p. 136.