



WHITE PAPER

Julio 2023

La nueva Ley de Regalías Mineras de Chile: Lo que significa para los inversores extranjeros

Desde la década de 1990, los Estados latinoamericanos han tratado de atraer inversiones extranjeras a gran escala mediante la aplicación de políticas y regímenes normativos específicos destinados a atraer a inversores extranjeros. Sin embargo, esta tendencia se ha invertido recientemente y muchos países latinoamericanos, como México, Colombia y Perú, han suavizado sus políticas favorables a los inversores, especialmente en lo que se refiere a sus recursos naturales. Chile no ha estado, en general, a la vanguardia de esta tendencia latinoamericana, pero los recientes cambios en su Ley de Minería, que imponen nuevos impuestos a las grandes empresas mineras dedicadas a la producción de cobre, generan preocupación.

Este *White Paper* ofrece una visión general de la historia de la Reforma Tributaria Minera de Chile y la recientemente adoptada Ley de Royalty Minero, examina cómo estos cambios legislativos pueden afectar potencialmente a los grandes operadores mineros, y analiza cómo los inversores extranjeros podrían mitigar su riesgo legal y político en Chile a través de la planificación estratégica de la inversión y la evaluación de los posibles recursos de derecho internacional. Concluimos con algunas observaciones y consideraciones prácticas para los inversores extranjeros sobre cómo proteger sus inversiones actuales o futuras en Chile.

INTRODUCCIÓN

En los últimos años, muchos países latinoamericanos ricos en recursos, en un intento de aumentar el control sobre sus recursos naturales, han tomado medidas para revertir sus históricas políticas pro privatización de la década de 1990. Aunque los Estados cuentan con el poder soberano para regular dentro de sus territorios en interés de sus poblaciones, este poder no es absoluto. Al modificar o promulgar leyes y reglamentos destinados a aumentar el control de un Estado sobre sus recursos naturales, los Estados latinoamericanos tienen un historial de recurrir a medidas que pueden violar las protecciones del derecho internacional concedidas a los inversores extranjeros en los tratados internacionales de inversión. Ya hemos hablado anteriormente de la actual [ola de nacionalismo de los recursos en América Latina](#), en particular con respecto a los recientes cambios normativos en [México](#) y [Perú](#). Más recientemente, Chile, generalmente considerado como una jurisdicción favorable a los inversores con un sólido Estado de Derecho, ha comenzado a mostrar signos de que también está siendo arrastrado por esta tendencia. Dada su destacada posición como uno de los principales productores mundiales de cobre y litio, los últimos cambios legislativos del país, en el sector minero, suscitan legítimas preocupaciones.

En diciembre de 2021, el entonces candidato presidencial Gabriel Boric aprovechó el desencanto público con el modelo económico chileno orientado al mercado y se convirtió en el Presidente más joven de Chile. Como parte de su campaña, el Presidente Boric prometió aumentar los impuestos para ampliar los servicios sociales, luchar contra la desigualdad e impulsar la protección del medio ambiente. En julio de 2022, el Presidente Boric introdujo enmiendas al Proyecto de Ley de Impuestos a la Minería, que se estaba debatiendo en el Senado en ese momento (la "Reforma Tributaria Minera"). La Reforma Tributaria Minera busca introducir un nuevo impuesto -el Royalty Minero- aplicable a las grandes empresas mineras, y en particular, a aquellas dedicadas a la extracción de cobre y litio.

La minería es la actividad económica más importante de Chile y el principal sector económico receptor de inversión extranjera directa. La minería es responsable de la generación directa del 14,6% del PIB de Chile y, si se tiene en cuenta el efecto multiplicador que tiene sobre otras industrias, su contribución al PIB de Chile es de aproximadamente el 20%. Los

productos mineros representan el 55% de las exportaciones totales de Chile, y el cobre el 90% de las exportaciones mineras totales de Chile. Con una producción media de entre 5 y 6 millones de toneladas de cobre al año, Chile es el mayor productor mundial de cobre, con un 27% de la producción mundial. Es el segundo productor mundial de litio.

Por lo tanto, los sectores mineros del cobre y el litio generan importantes ingresos fiscales para Chile. En general, un proyecto minero en Chile tiene una carga tributaria del 38,4%, un nivel similar al de países de referencia como Australia, Canadá, Perú y Estados Unidos. La Reforma Tributaria Minera propuesta busca ingresos adicionales a través de la imposición de tributos adicionales a aquellas empresas mineras consideradas "grandes". Los cambios propuestos crean incertidumbre para las empresas mineras de cobre y litio con sede en Chile que se verían afectadas por la Reforma Tributaria Minera. Los inversores extranjeros deben estar atentos a estos cambios y considerar las protecciones de tratados internacionales disponibles para salvaguardar sus inversiones en Chile.

LA HISTORIA DE LA REFORMA TRIBUTARIA MINERA

El antecedente de la Reforma Tributaria Minera del Presidente Boric fue el Proyecto de Ley Tributaria Minera, que data del 12 de septiembre de 2018. El Proyecto de Ley Tributaria Minera fue aprobado por la Cámara de Diputados el 6 de mayo de 2021 en un primer trámite constitucional, tras lo cual fue enviado al Senado. Sin embargo, el Proyecto de Ley no fue aprobado por el Senado, sino que quedó estancado allí durante las elecciones presidenciales.

En julio de 2022, como parte de la prometida reforma tributaria del Presidente Boric, éste introdujo una serie de enmiendas al proyecto de Ley Tributaria Minera. En concreto, el Presidente Boric pretendía establecer un nuevo impuesto destinado a aumentar la contribución del sector minero a los ingresos fiscales de Chile y destinar parte de lo recaudado al desarrollo de las regiones y municipios del país. El Gobierno estima que el proyecto generará unos ingresos anuales del 0,45% del PIB, del orden de 1.500 millones de dólares. Esto se aborda más adelante.

La Reforma Tributaria Minera ha encontrado una fuerte resistencia por parte de la industria, que teme su efecto sobre

la competitividad del sector minero. Algunos legisladores han expresado su preocupación porque “la carga tributaria total será un par de puntos superior a la de los competidores mineros de Chile, como Perú y Canadá.”¹ Otros temen que la Reforma Tributaria Minera pueda afectar la rentabilidad de ciertas empresas mineras.

A pesar de estos cuestionamientos, y luego de varias idas y vueltas en el Congreso chileno, la Cámara de Diputados aprobó la Reforma Tributaria Minera a través de un Proyecto de Ley denominado “Ley de Royalty Minero” el 17 de mayo de 2023.

LA LEY DE ROYALTY MINERO

La Ley de Royalty Minero no distingue, en principio, entre inversores mineros extranjeros y nacionales. Establece un nuevo impuesto denominado “Royalty Minero”, que se aplicará a los operadores mineros en función de sus ingresos por ventas y del volumen de productos mineros explotados. La Ley de Royalty Minero prevé además la creación de fondos para los gobiernos regionales.

La Ley de Royalty Minero define al “operador minero” como “toda persona física o jurídica que extraiga sustancias minerales concesible y las vende en cualquier fase de la producción”.² Y, “producto minero” es “la sustancia mineral de naturaleza concesible ya extraída, haya sido o no objeto de beneficio, en cualquier fase de la producción.”³

La Ley de Royalty Minero y los operadores mineros afectados

No todos los operadores mineros se verán afectados por el Royalty Minero impuesto por la Ley de Royalty Minero. El Royalty Minero se aplicará a los grandes operadores mineros, es decir, aquellos cuyas ventas anuales sean superiores al 50% de cobre y superen el valor equivalente a 50.000 toneladas métricas (“TM”). Con respecto a estos grandes operadores mineros, la Ley de Royalty Minero establece lo siguiente:

- Los operadores mineros cuyas ventas anuales sean superiores al 50% de cobre y superen el valor equivalente a 50.000 TM de cobre fino estarán sujetos a (i) un componente fijo *ad valorem* del Royalty Minero de un 1% sobre sus

ventas anuales de cobre; y (ii) un “componente de margen minero” del Royalty Minero, que se aplicará sobre la Renta Imponible Operacional Minera Ajustada⁴ (“RIOMA”) del operador minero. El tipo del componente de margen minero oscilará entre el 8% y el 26% en función del Margen de Explotación Minera del operador minero.⁵ En los casos en que el operador minero tenga un resultado de explotación negativo (es decir, un RIOMA negativo), no se valorará el componente de margen minero.

- Además, la Ley de Royalty Minero establece una carga fiscal potencial máxima, fijando un límite máximo de responsabilidad fiscal para las grandes empresas mineras, que tendrá en cuenta todos los impuestos liquidados, incluido el Royalty Minero. Esta carga fiscal máxima potencial variará en función de las cifras de producción total de la empresa minera, de la siguiente manera:
 - Los operadores mineros que produzcan más de 80.000 TM de cobre fino estarán sujetos a una carga fiscal potencial máxima del 46,5% sobre su RIOMA.
 - Los operadores mineros que produzcan entre 50.000 y 80.000 TM estarán sujetos a una carga fiscal potencial máxima del 45,5%.

Para aquellos operadores mineros que no sean considerados grandes operadores mineros, la Ley de Royalty Minero establece lo siguiente:

- Quedan exentos del pago del Royalty Minero los operadores mineros cuyas ventas anuales sean inferiores a 12.000 TM de cobre fino.
- Los operadores mineros que produzcan entre 12.000 y 50.000 TM de cobre fino continuarán con su actual régimen de tasa progresiva de entre el 0,4% y el 4,4% de su producción anual.
- Los operadores mineros con ventas superiores a 50.000 TM de cobre fino, pero que produzcan más del 50% de minerales distintos del cobre, estarán sujetos a una tasa marginal del 5% al 15%, en función del margen de explotación minera.

Creación de Fondos

La Ley de Royalty Minero prevé la creación de tres fondos estatales: el Fondo de Municipios Mineros, el Fondo de Apoyo al Patrimonio Territorial y el Fondo de Producción y Desarrollo Regional. A estos fondos se destinará un total de US\$ 450 millones provenientes de la recaudación de la Ley de Royalty

Minero, que serán destinados a los gobiernos regionales y municipios mineros, incluyendo US\$ 55 millones para las comunas mineras locales.

Aunque la Ley de Royalty Minero no parece ser tan engorrosa como otras reformas fiscales similares en otros países latinoamericanos, la Ley de Royalty Minero podría tener efectos negativos para los inversores extranjeros y nacionales. Fuentes del sector han afirmado que la introducción de este Royalty Minero socavaría la competitividad de Chile. Esto es así, en particular, con respecto a los grandes productores mineros que, tras la aprobación de la Ley del Royalty Minero, tendrían una carga fiscal superior a la que esperaban inicialmente al realizar su inversión y a la que tendrían en otros países productores de cobre o litio. Una de las principales preocupaciones es que los grandes operadores mineros pasen a tener pérdidas como consecuencia del canon minero.

¿QUÉ PUEDEN HACER LOS INVERSORES EXTRANJEROS PARA PROTEGER SUS INVERSIONES EN CHILE?

Los inversores extranjeros pueden proteger sus inversiones a través de uno o más tratados internacionales de inversión, de los cuales existen más de 2.500 vigentes en la actualidad. Chile es parte de más de 52 tratados internacionales de inversión, incluyendo tratados bilaterales de inversión (“TBIs”), tratados de libre comercio (“TLCs”) y tratados internacionales con disposiciones sobre inversión. Una de las principales características de los tratados internacionales de inversión es que otorgan a los inversores extranjeros el derecho a iniciar un arbitraje internacional directamente contra el Estado en el que se encuentra la inversión, en caso de incumplimiento del tratado, y el derecho a reclamar daños y perjuicios monetarios por dicho incumplimiento en un foro neutral.

Sin embargo, no todos los tratados de inversión son iguales. Algunos pueden contener protecciones jurisdiccionales y/o sustantivas menos favorables que otros. Por ejemplo, cada tratado puede contener requisitos procesales únicos, como limitaciones temporales para presentar una demanda de arbitraje inversor-Estado. Algunos tratados también contienen las denominadas cláusulas de “cláusulas de opción irrevocable”

(*Fork-in-the-Road*), que obligan al inversor a elegir entre iniciar un procedimiento nacional o un arbitraje internacional. En algunos casos, estas disposiciones son tan estrictas que los inversores podrían quedar excluidos de todos los foros internacionales en virtud del tratado aplicable si inician una acción ante los tribunales chilenos.

En cuanto a las protecciones sustantivas de los tratados, aunque cada tratado es ligeramente diferente y se interpretará según sus propios términos, en general, la mayoría de los tratados de inversión proporcionan un conjunto de protecciones sustantivas específicas. Estas protecciones suelen incluir: el derecho a un trato justo y equitativo (“TJE”), la protección contra la expropiación ilegal sin compensación, el derecho a la protección y seguridad plenas (“PSP”), así como garantías de trato nacional y trato de nación más favorecida. A continuación se incluye un breve resumen de cada uno de ellos:

- La **garantía TJE** suele ser amplia y proporciona una garantía de debido proceso y acceso a los tribunales de justicia y otros tribunales, y exige a los Estados que se abstengan de cometer una denegación de justicia. Pueden producirse violaciones de la disposición FET cuando, por ejemplo, las acciones u omisiones de un Estado: (i) no son transparentes y crean un marco jurídico o un entorno empresarial inestable o impredecible para la inversión; (ii) violan las expectativas legítimas del inversor, en las que éste se basó para realizar la inversión; o (iii) son discriminatorias o arbitrarias.
- Por lo general, las **cláusulas de expropiación** estipulan que los Estados no pueden nacionalizar las inversiones, salvo que sea con fines públicos, de forma no discriminatoria, de conformidad con el debido proceso legal, y sólo si se paga al inversor una indemnización completa y adecuada. La expropiación puede incluir la toma directa de la propiedad (es decir, la expropiación directa), así como una privación sustancial del valor o del control de la inversión a través de una serie de medidas gubernamentales que expropian efectivamente la inversión (es decir, la expropiación indirecta).
- La **norma PSP** crea una obligación para el estado anfitrión de abstenerse de dañar directamente a los inversores/inversiones a través de actos físicos atribuibles al estado y de proteger a los inversores y las inversiones contra acciones similares de partes privadas, por ejemplo, en el curso de disturbios civiles. Por lo general, las cláusulas PSP exigen a los signatarios que garanticen, como mínimo,

el nivel necesario de protección policial exigido por el derecho internacional consuetudinario, aunque algunas cláusulas PSP también incluyen la protección jurídica además de la protección física.

- Las obligaciones de **trato nacional** y **trato de nación más favorecida** exigen que cada parte contratante conceda a los inversores de la otra parte contratante y a sus inversiones un trato no menos favorable que el que concede en circunstancias similares a sus propios inversores y a sus inversiones o a los inversores de una parte no contratante y a sus inversiones, respectivamente.

La Ley de Royalty Minero podría violar algunas de estas disposiciones. Por ejemplo, el aumento de impuestos impuesto por la Ley de Royalty Minero podría ser sustancial para los grandes operadores mineros, lo que podría convertirlo en expropiatorio. También podría contravenir las expectativas legítimas del inversor a un entorno jurídico estable, violando así potencialmente las protecciones FET y/o PSP. Además, si las medidas contenidas en la reforma se aplicaran de forma desproporcionada a los inversores extranjeros y nacionales, esto podría considerarse una violación de las obligaciones de trato nacional y de trato de nación más favorecida. No obstante, observamos que, hasta la fecha, no hay indicios de que la Ley de Royalty Minero vaya a aplicarse de forma diferente a los inversores nacionales y extranjeros.

Aunque no podemos saber, dado que la Ley no entrará en vigor hasta enero de 2024, la forma en que Chile aplicará la Ley de Royalty Minero a los inversores extranjeros o la forma en que les afectará, leyes similares aprobadas por otros Estados latinoamericanos han dado lugar a violaciones del derecho internacional y de los tratados de inversión aplicables. Por ejemplo, en el caso *ConocoPhillips c. Venezuela*, el tribunal arbitral sostuvo que un aumento de los tipos del impuesto sobre la renta y del impuesto sobre la extracción en Venezuela condujo en última instancia a la nacionalización y expropiación ilegal de los proyectos de petróleo crudo pesado y offshore del inversor.⁶ Con respecto a la norma TJE, el tribunal del caso *Mobil c. Argentina* sostuvo que la imposición por parte de Argentina de un impuesto a la exportación que contradecía el “compromiso específico” del gobierno con el inversor extranjero frustró las expectativas legítimas del inversor y, por lo tanto, “equivalió a una violación objetiva de la norma de trato justo y equitativo debida en virtud del Tratado.”⁷ Por último, el tribunal del caso *Corn Products c.*

México sostuvo que México había violado sus obligaciones de trato nacional cuando impuso un impuesto sobre el jarabe de maíz de alta fructosa a los productores extranjeros de refrescos, mientras que no impuso ninguna medida fiscal a los productores mexicanos locales.⁸

Es importante señalar que la capacidad de un inversor para acceder a las garantías de protección de la inversión mencionadas anteriormente viene determinada por la nacionalidad del inversor y la ubicación de la inversión. Si, por ejemplo, el inversor está constituido en Turquía y la inversión está ubicada en Chile, no habrá protecciones de derecho internacional para el inversor ya que no hay ningún tratado de inversión en vigor entre Turquía y Chile. Sin embargo, si antes de que surja la controversia, un inversor turco reestructurara su inversión y estableciera una filial, u otra forma de vehículo corporativo, en un Estado que tenga un tratado en vigor con Chile - por ejemplo, en Estados Unidos - la inversión del inversor probablemente obtendría protecciones del derecho internacional. Elegir una estructura corporativa que maximice la protección del tratado antes de que surja una disputa es, por lo tanto, un esfuerzo que vale la pena para garantizar que, cuando surja o sea previsible una disputa, el inversor extranjero y su inversión puedan acceder a las protecciones del derecho internacional más ventajosas posibles.

CONCLUSIÓN

Si le preocupan sus inversiones actuales o futuras en Chile, es importante consultar a un abogado internacional con la experiencia para analizar la estructura corporativa de su inversión y determinar si está protegida por un tratado de inversión robusto. Cuando una inversión ya se beneficia de dicha protección, sería útil examinar cuidadosamente cada tratado aplicable, dado que tanto las protecciones del derecho internacional como la fuerza particular de dichas protecciones varían ampliamente. Si la estructura corporativa existente no dispone de tratados (o sólo de los tratados insuficientes), será posible reestructurar las inversiones existentes con respecto a las disputas que aún no son previsibles para garantizar que uno de los vehículos corporativos de la cadena de propiedad ofrezca protecciones favorables. Una reestructuración demasiado tardía podría ser considerada por un tribunal arbitral como *treaty shopping* ilegítimo, excluyendo la protección del tratado para el inversor extranjero.

CONTACTOS

Antonio Canales

Madrid

+34.91.520.3939

acanales@jonesday.com

James Egerton-Vernon

Washington

+1.202.879.3610

jegertonvernon@jonesday.com

Melissa Stear Gorsline

Washington

+1.202.879.5421

msgorsline@jonesday.com

Cristina Pérez Soto

Miami/New York

+1.305.714.9733 / +1.212.326.3939

cperezsoto@jonesday.com

Luis Riesgo

São Paulo

+55.11.3018.3939

lriesgo@jonesday.com

Maria I. Pradilla Picas

Washington

+1.202.879.4640

mpradillapicas@jonesday.com

Los asociados *Marian Chávarri* y *Viktoriia Korynevych* participaron en la elaboración de este White Paper.

ENDNOTES

- 1 EXANTE: Nueva indicación al royalty dejaría a Chile con una carga a la minería superior a sus competidores Perú, Australia y Canadá; 19 de abril de 2023.
- 2 Artículo 1.1 del proyecto de ley del Senado - "Explotador minero: toda persona natural o jurídica que extraiga sustancias minerales de carácter concesible y las venda en cualquier estado productivo en que se encuentren."
- 3 Artículo 1.2 del proyecto de ley del Senado - "Producto minero: la sustancia mineral de carácter concesible ya extraída, haya o no sido objeto de beneficio, en cualquier estado productivo en que se encuentre."
- 4 La Renta Imponible de Explotación Minera Ajustada (RIOMA) es la renta neta imponible del contribuyente, determinada de acuerdo con los artículos 29 a 33 de la Ley del Impuesto a la Renta, y ajustada de acuerdo con el artículo 6 de esta ley.
- 5 Margen de Explotación Minera (MOM): cociente resultante de dividir la Base Imponible de Explotación Minera Ajustada entre los ingresos de explotación minera del contribuyente, multiplicado por 100.
- 6 *ConocoPhillips c. Venezuela*, Caso CIADI n.º ARB/07/30, Decisión provisional de 17 de enero de 2017, ¶¶ 156(3).
- 7 *Mobil c. Argentina*, Caso CIADI núm. ARB/04/16, Decisión sobre jurisdicción y responsabilidad de 10 de abril de 2013, ¶¶ 985-87.
- 8 *Corn Products v. México*, Caso CIADI No. ARB(AF)/04/1, Decisión sobre responsabilidad de 15 de enero de 2008, ¶¶ 141-42.

Jones Day publications should not be construed as legal advice on any specific facts or circumstances. The contents are intended for general information purposes only and may not be quoted or referred to in any other publication or proceeding without the prior written consent of the Firm, to be given or withheld at our discretion. To request reprint permission for any of our publications, please use our "Contact Us" form, which can be found on our website at www.jonesday.com. The mailing of this publication is not intended to create, and receipt of it does not constitute, an attorney-client relationship. The views set forth herein are the personal views of the authors and do not necessarily reflect those of the Firm.