UNIVERSIDAD DE ESPECIALIDADES ESPIRITU SANTO
UEES

MAESTRIA EN DERECHO

MENCION DERECHO DE EMPRESA

TITULACION

TRABAJO DE TITULACION QUE SE PRESENTA COMO REQUISITO PREVIO A OPTAR EL TITULO DE MAGISTER EN DERECHO CON MENCION EN DERECHO DE EMPRESA

TEMA:

EL PAGO DE LAS REGALÍAS EN PEQUEÑA MINERIA, UNA AFECTACION A LOS PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD, IGUALDAD Y LIBRE COMPETENCIA.

ALUMNA:

ABG. MONICA INES ROMERO FAJARDO

DOCENTE:

DR. CARLOS BERNAL PULIDO

PERIODO:

2023 – 2024

EL PAGO DE LAS REGALÍAS EN PEQUEÑA MINERIA, UNA AFECTACION A LOS PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD, IGUALDAD Y LIBRE COMPETENCIA.

The Payment of Royalties in Small-scale Mining: Its Impact on the Principles of Proportionality, Equality, and Free Competition.

Mónica Romero Fajardo

RESUMEN: Este ensayo defiende el criterio de que el pago de las regalías a la actividad minera debe esquematizarse bajo la misma estructura que lo hace para la mediana minería. Este cambio de estructura responde a la necesidad de garantizar la aplicación en la ley de minería de los principios constitucionales de proporcionalidad, igualdad y libe competencia, esto como una garantía para que las compañías en el Ecuador puedan mantener un equilibrio sostenible, y con ello garantizar su existencia propia en el mercado y de la cadena productiva que esta vinculada a la misma. Es necesario y urgente plantear una reforma a la ley de minería.

Palabras clave: Pequeña Minería, Mediana Minería, Regalías Mineras, Proporcionalidad, Igualdad, libre competencia, Tributos, Recursos No Renovables.

ABSTRACT: "This essay advocates for the criterion that the payment of royalties for mining activities should be structured in the same way as it is done for medium-scale mining. This change in structure is in response to the need to ensure the application of constitutional principles of proportionality, equality, and free competition in mining law. This is seen as a safeguard to enable companies in Ecuador to maintain a sustainable balance, thereby ensuring their own existence in the market and the connected production chain. It is necessary and urgent to propose a reform to the mining law."

Keywords: Small-scale Mining, Medium-scale Mining, Mining Royalties, Proportionality, Equality, Free Competition, Taxes, Non-renewable Resources.

I INTRODUCCION

La actividad minera, es parte fundamental del sector industrial de nuestro país, y ocupa sin duda alguna, uno de los pilares sobre el cual se sostiene nuestra economía, es una fuente importante de generación de empleo, así como un aporte a la economía de los gobiernos autónomos descentralizados de las zonas donde esta actividad se desarrolla, la misma que se encuentra distribuida principalmente en cinco zonas del Ecuador El Oro, Azuay, Loja, Imbabura y Morona Santiago. El impacto que tiene la actividad minera visto desde un enfoque netamente económico – industrial, según la última data del 2020 señala que por la actividad minera el país recaudo cuatrocientos treinta millones de dólares por concepto de impuestos, de los cuales veinte punto sesenta y cuatro millones corresponden a lo recaudado por concepto de regalías minera y vinculado a esta misma actividad el Ecuador capto inversión extranjera por trescientos setenta y cuatro millones de dólares, según información que reposa en el “Banco Central del Ecuador”, cabe recalcar además que el oro fue el sexto producto mayormente exportado por el país

La actividad minera está sujeta a tributos, impuestos y regulaciones especiales, que a diferencia de otros impuestos no están vinculados al margen de utilidad que genera el sujeto obligado, esto visto desde la perspectiva de que el oro es un “recurso no renovable”, y que pertenecen al estado parecería razonable, sin embargo, visto desde la realidad productiva de cada titular u operador minero, la visión es distinta, ya que los recursos mineros al encontrarse en el subsuelo hace casi imposible determinar la calidad y cantidad del mineral a obtenerse y por ende la incertidumbre sobre la rentabilidad de la inversión, esto sumado a que la inversión en minería requiere un capital económico considerable.

Para entender la problemática es necesario conocer que en el Ecuador, para efectos de la explotación aurífera, la ley de minería a establecido cuatro regímenes: minería artesanal, pequeña minería, mediana minería y minería a

gran escala, todas categorizadas en razón de tamaño, capacidad, alcance, entre otros factores, y para efectos de este análisis hemos tomado un impuesto en común que se genera a esta actividad, denominado REGALIAS MINERAS, que en el contexto de la problemática se centraría en los regímenes de PEQUEÑA MINERIA y MEDIANA MINERIA, dado que para las empresas que mantienen concesiones bajo el régimen de pequeña minería, se les impone el pago fijo del 3% del valor de la venta por concepto de regalías mineras, mientras que a las empresas que mantienen concesiones mineras bajo el régimen de mediana minería el impuesto puede ir desde el 3% al 8%, dependiendo de la progresividad, volumen de producción, tipo o precio de los material, esta posibilidad que deja abierta la norma para la fijación del tributo, permite entrever un trato diferenciado, que desentonarían del enfoque general de los tributos, ya que estarían afectando a los principios de PROPORCIONALIDAD, IGUALDAD Y LIBRE COMPETENCIA, conforme lo demostraremos en este trabajo de investigación.

I HECHOS RELEVANTES DE LA CARGA IMPOSITIVA PARA EL SECTOR EMPRESARIAL

La actividad minera en el país ha atravesado por un sin número de cambios no solo por su industrialización, sino también por su regulación y estructura interna, así como las continuas reformas a las normas que le regulan, mismas que han estado sin duda direccionadas a conseguir una actividad con mayor compromiso humano, ambiental y sin duda económico, teniendo como fundamento que esta actividad involucra a varias aristas del sistema productivo.

En el Ecuador desde la anterior ley de minería, que estuvo vigente hasta el 2009, al igual que en la actual, la actividad minera continúa desarrollándose en las fases de "prospección, exploración, explotación, beneficio, función, refinación y comercialización", fases que dependen estrechamente la una de la otra para obtener el resultado final, esquema productivo que debido a su tecnicidad es el mismo ciclo que cumplen todas las operaciones mineras que ejecutan actividades de aprovechamiento de recursos mineros con extracción subterránea.

Para analizar el tema del pago de regalías, es necesario que se cumpla con la fase final de explotación, dado que únicamente la comercialización del producto mineralizado genera la activación de este tributo, que en nuestro país de conformidad con ley en algunos casos se paga incluso de forma anticipada, conforme lo analizaremos más adelante.

1.1. DATA REFERENCIAL PARA EL ANALISIS

En este trabajo de titulación hemos obtenido Data de la actividad minera en la Provincia de El Oro, provincia en donde se desarrolla un gran porcentaje de la

actividad minera del país, la data ha sido tomada de la información financiera que mantiene el departamento económico de la “Agencia de Regulación y Control de Energía y Recursos Naturales no Renovables” entidad que abarca el control de las actividades mineras, electricidad e hidrocarburos, y que en materia minera es la entidad que recoge toda la información económica referente al pago de tributos, información que es proporcionada por el mismo titular a las coordinaciones zonales del “Ministerio de Energía y Minas” a través de los informes de producción que se presentan de forma semestral conforme lo establece el Art. 42 de la Ley de Minería.

En la provincia de El Oro, se desarrolla una gran parte de la actividad minera que mantiene el país, es así que en el 2021 existía total de 207 concesiones mineras otorgadas en la provincia, de las cuales 125 pertenecen a personas jurídicas, y 82 pertenecían a personas naturales. Por su parte en el año 2022, el número de áreas se redujo a 191, de las cuales 115 pertenecen a compañías y un total de 76 a personas naturales, conforme se grafica a continuación:

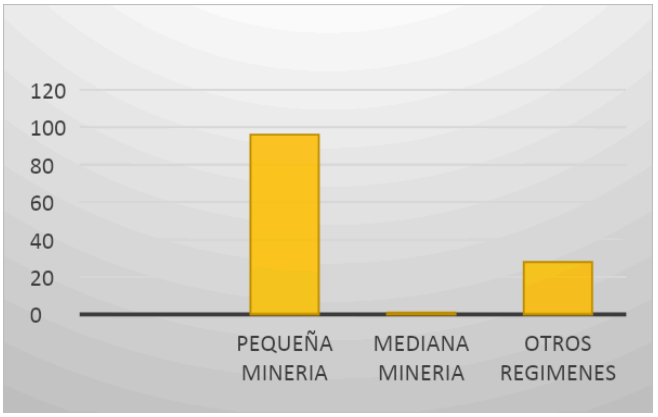


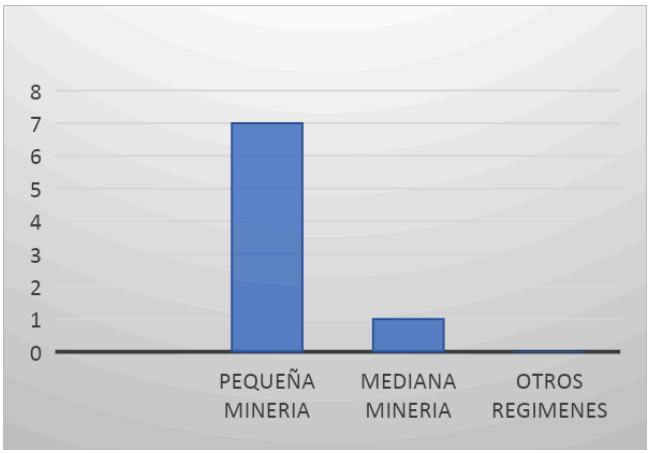


1.2. REVISION PERIODO 2021

Con la data referida en líneas anteriores que revela que 125 concesiones han sido otorgadas a personas jurídicas, de entre este grupo el ministerio ha calificado a un total de 96 concesiones mineras, como operadoras dentro del rango de pequeña minería, mientras que únicamente 1 concesión se encuentra

calificada para operar en mediana minería, y las restantes 28 pertenecen a otros regímenes, de las cuales 7 que están establecidas como pequeña minería si pagan regalías y 1 en mediana minería, mientras que de los otros regímenes no existe data, situación que para fines didácticos expresamos en los siguientes gráficos:



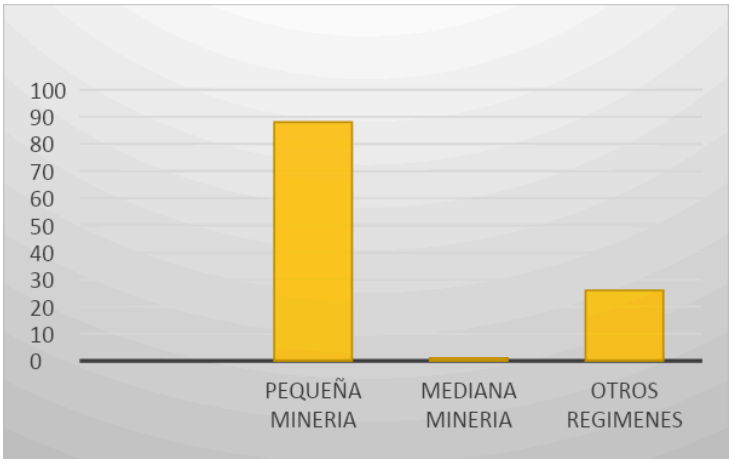


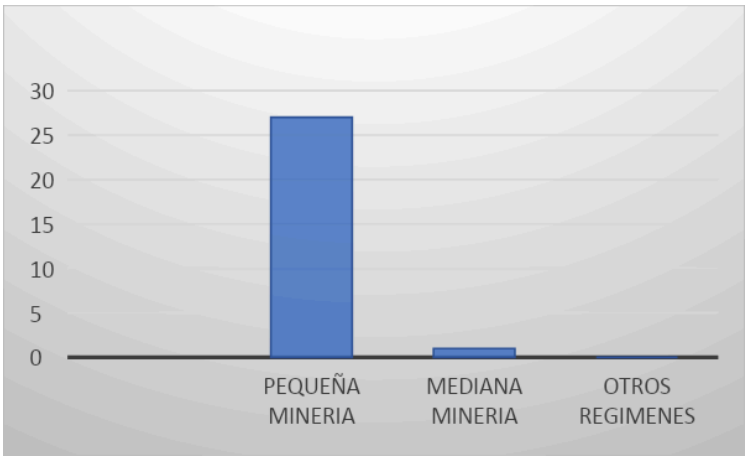
Conforme se evidencia de la información presentada se puede notar que un gran numero de concesiones mineras en el país, se encuentran asignadas a personas jurídicas, la mayor parte de las concesiones mineras se encuentran catalogadas dentro del régimen de pequeña minería y su nivel de producción es reducido, sin embargo, su producción esta centrada en la operación en pequeña minería.

1.3. REVISION PERIODO 2022

Para el año 2022 en cambio, el número de concesiones otorgadas a compañía estaba establecida en 115 concesiones, de las cuales 88 estaban calificadas

para operar dentro del régimen de pequeña minería, 1 dentro del régimen de mediana minería y 26 en otros regímenes, de este grupo 27 compañías que operan en pequeña minería pagaron regalías, 1 que operaba en mediana minería, mientras de otros regímenes no existe evidencia del pago.





Al igual que en el ejercicio económico del 2021, en el ejercicio económico 2022 las estadísticas señalan que, dentro del periodo en referencia, las personas jurídicas mantienen el mayor número de concesiones mineras y la cantidad de concesiones que pagan regalías mantienen los niveles de pago mas altos en referencia a otros rangos.

1.4. REVISION DE IMPUESTOS QUE PAGAN LAS EMPRESAS MINERAS.

De forma adicional a los impuestos que se generan para el sector empresarial a nivel global como parte del sistema impositivo para las personas jurídicas, la actividad minera se encuentra revestida de impuestos, tasas y contribuciones

especiales que son de obligatorio cumplimiento, por lo que pasaremos a examinar las obligaciones inherentes a las personas jurídicas que mantienen una concesión minera bajo su titularidad:

1.4.1 REGIMEN IMPOSITIVO PARA SOCIEDADES EN GENERAL

Las personas jurídicas con domicilio en el territorio ecuatoriano estarán sujetas a las obligaciones económicas que establece la normativa tributaria, así como las ordenanzas que se promulgaren dentro de las jurisdicciones cantonales, del lugar donde mantienen sus operaciones económicas.

A nivel del fisco, las compañías deben cumplir con el pago de las siguientes obligaciones:

Impuesto a la Renta (IR): para compañías que se encuentran dentro del REGIMEN GENERAL, el impuesto se calcula tomando como base la totalidad de los ingresos gravados (ventas de oro en barras, concentrados o material minero en cualquiera de sus etapas), reducidas las devoluciones, descuentos, costos, gastos, que sean imputables a los ingresos gravados, y de los cuales se obtiene la Base Imponible, sobre el cual se calculara el 25% cuando se trata de personas jurídicas específicamente.

Impuesto al Valor Agregado (IVA): En general casi todos los productos y servicios que se adquieren para la ejecución de las actividades mineras se encuentran gravados con tarifa IVA 12%, este valor es pagado directamente por el adquiriente (empresa minera), o en ocasiones las mismas actúa como agente de retención.

Impuesto a los Consumos Especiales (ICE): Este impuesto se aplica a la importación y venta de ciertos productos específicos, en los cuales se encuentran categorizados algunos productos requeridos para la actividad minera como tal.

A las obligaciones aquí señaladas se suman las vinculadas con el tema laboral, obligaciones que representan de igual manera un rubro importante en la tributación, entre los cuales señalamos:

Pago a la Seguridad Social: Las empresas están en la obligación de pagar la aportación a la seguridad social de sus trabajadores, quienes tienen derecho a la afiliación desde el primer día de trabajo, el pago que le corresponde a la empresa equivale al 11.5% del valor del sueldo que percibe el trabajador, debiendo señalar que según la escala sectorial, el personal vinculado a la operación minera recibe un salario que esta por encima de la RBU del trabajador en general.

Pago de Beneficios Sociales: de forma adicional a la remuneración mensual las empresas deben pagar por concepto de beneficios sociales el decimo tercer sueldo, decimo cuarto sueldo, fondos de reserva, vacaciones, entre otros, así como los recargos por horas extraordinarias y suplementarias, que son bastante comunes en la actividad minera, dado que las jornadas de trabajo son continuas por las 24 horas y los 7 días de la semana.

Las empresas se encuentran obligadas además a otro tipo de tributos entre los que se encuentran:

Contribuciones. – Rubro a pagarse a la superintendencia de compañías valores y seguros mismo que se calcula considerando el 1x1000 de los activos de la compañía.

1.4.2 REGIMEN IMPOSITIVO ESPECIAL PARA SOCIEDADES, TITULARES DE DERECHOS MINEROS

Las sociedades que ejecutan actividades mineras independiente o no de su operación y explotación se encuentran enmarcadas dentro de un régimen impositivo especial aplicado únicamente para la actividad minera como tal, sumado a aquello de que existen otros tributos que tienen un tratamiento especial cuando se trata de empresas mineras, mismos que analizaremos a continuación:

Utilidades Mineras. - El artículo 67 de la ley de minería vigente establece que los titulares de derechos mineros están obligados al pago de regalías mineras, y dentro de la categoría de pequeña minería las mismas se distribuyen el 10% a los trabajadores y el restante 5% al estado y a los gobiernos autónomos del lugar donde se encuentran las áreas mineras.

Pagos a los Gobiernos Autónomos municipales. - Este tributo se establece de acuerdo a las actividades comerciales del sujeto obligado, y cuando se trata de minería, las mismas se establecen como actividades de carácter industrial, por lo que suelen ser las empresas mineras las que pagan la tarifa más alta en relación a otras actividades. Entre los rubros que deben pagarse a los "Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales" están las patentes, uso de suelo, 1.5 x 1.000 del total de los activos, tasas de protección ambiental, entre otros que pudieren establecerse en cada jurisdicción cantonal de acuerdo con sus competencias.

Patentes mineras. - La ley de minería en el articulo 34 estable la obligatoriedad de los titulares mineros en pequeña minería de efectuar el pago de una patente anual de conservación equivalente al 2% de la remuneración mensual unificada por cada hectárea minera. Este valor debe pagar el titular minero, independientemente de que este se encuentre ejecutando o no actividades de explotación minera.

Regalías mineras. - El artículo 93 de la ley de minería señala que los titulares de derecho mineros en pequeña minería pagaran una regalía al estado correspondiente al 3% de las ventas del mineral principal y secundario.

II LOS PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD, IGUALDAD Y LIBRE COMPETENCIA FRENTE A LAS REGALIAS MINERAS.

La equidad tributaria es sin duda la estructura para construir sistemas fiscales justos y sostenibles, sobre el cual se edifique una cultura tributaria que garantice un sistema que brinde a los ciudadanos la certeza de que su aporte está estructurado en proporción a su generación productiva, es aquí prudente referirnos al pensamiento de Adam Smith que señala que: *los impuestos*

deberían ser proporcionados no a la propiedad, sino a los beneficios, siguiendo esta idea, así como los principios que contempla la equidad tributaria deberíamos decir que los impuestos deben gravarse a los contribuyentes de acuerdo a su capacidad para pagar, siguiendo la línea de la progresividad que implica que a medida que los contribuyentes aumentan sus ingresos y productividad, se vayan generando sus cargas tributarias, debiendo puntualizar que en el tema que analizamos referente a las regalías mineras, la inversión que realizan las personas que deciden hacer de la minería su actividad económica, invierten un gran capital, que pudiera resultar en una utilidad o perdida, debiendo aquí puntualizar que la tecnología que se aplica para los procesos productivos - mineros en nuestro país, hace casi imposible determinar la certeza del éxito o fracaso de la inversión, y que es difícilmente recuperable a corto plazo, salvo las debidas excepciones, sumado a ello, que la inversión que se ejecuta en los procesos mineros no pueden emplearse en otro tipo de actividades económicas, por lo que en caso de pérdida es imposible adecuar esa inversión a otro tipo de negocio.

El profesor Bernal Pulido sostiene la teoría de que la proporcionalidad *"contribuye a la realización de la fuerza normativa y de la máxima efectividad de los derechos fundamentales y de los demás bienes constitucionales que pueden entrar en colisión con ellos, mediante dicho principio, tales derechos y tales bienes se articulan y adquieren una aplicación jurídica en la mayor medida posible*",[1] a este criterio de la no regresividad, debemos entender que los impuestos que se atribuyen a ciertas operaciones no deben tener un impacto proporcionalmente mayor para quienes generan menores ingresos, frente a los que tienen una rentabilidad económica mayor, entendiéndose para el caso que nos ocupa que el pago de las regalías mineras debería adecuarse a la realidad económica del sujeto obligado y garantizar con ello un trato no solo igualitario, sino también justo. Para ejemplarizar esta realidad podemos decir que una empresa que hace su primera venta de oro por la cual paga el 3% de regalías sobre el valor de la factura emitida, versus una empresa que

[1] Bernal Pulido, Carlos. El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales Pág. 613

lleva haciendo 30 ventas de oro, y por la cual paga el mismo 3%, es muy probable de que la empresa que tiene una sola venta no tenga una ganancia real, en relación a una empresa que ya se encuentra comercializando oro en el mercado, como una actividad habitual, por ello consideramos la necesidad de analizar la afectación que pudiera generar el pago de regalías a los principios de proporcionalidad, igualdad y libre mercado.

2.1 El Principio de proporcionalidad. -

El principio de proporcionalidad está basado en la idea de que los impuestos deben ser justos y deben guardar proporción con la capacidad económica de los sujetos obligados y la utilidad real que generan, y cuya inobservancia generaría la desproporción sobre ciertos contribuyentes.

El principio de proporcionalidad según lo señala Robert Alexy: *"El principio de proporcionalidad establece que las intervenciones y limitaciones en derechos fundamentales deben ser adecuadas, necesarias y proporcionadas a la realización de un fin legítimo."* [2]*,* entendiéndose entonces que la intervención del estado como ente regulador de la tributación debe buscar y guardar el debido equilibrio al momento de esquematizar la forma en que han de pagarse los tributos por parte de los sujetos obligados.

Con la promulgación de la nueva constitución el Ecuador paso de ser un estado de derecho a un estado constitucional de derechos, que tiene como estructura una profunda protección a los derechos fundamentales de las personas, y que establece la supremacía constitucional como fundamento para garantizar el efectivo ejercicio de tales derechos, que además de otros incluye derechos sociales y económicos, sobre el cual la constitución de la república en la sección V referente al régimen tributario, en los artículos 300 y 301 establece que ***el régimen tributario en el Ecuador se regirá por los principios de generalidad, progresividad, eficiencia, simplicidad administrativa, irretroactividad, equidad, transparencia y suficiencia recaudatoria***, estableciendo además que tendrán mayor prioridad los impuestos directos y

[2] Robert Alexy, A Theory of Constitutional Rights" (2002)

progresivos, ahora bien si bien no se menciona directamente a la proporcionalidad, si se hace referencia a la progresividad, hecho que estaría marcando la pauta para entender que el fin que persigue la norma es que las obligaciones se vayan generando de acuerdo a la realidad económica de los contribuyentes es decir conforme avanza su capacidad económica y la renta que obtiene.

Hans Kelsen señala que: *"El principio de proporcionalidad es esencial para garantizar que el ejercicio del poder estatal no exceda los límites impuestos por la Constitución.",*[3] bajo esta concepción podríamos decir que el principio de proporcionalidad puede verse manifestado de diversas maneras, y en materia de tributación, diríamos que hablamos de proporcionalidad, cuando los impuestos se generan de forma progresiva, es decir que se buscara una carga fiscal acorde a los ingresos de los contribuyentes, así mismo hablamos de proporcionalidad cuando se permite introducción deducciones y exenciones fiscales para reducir los ingresos gravables de los contribuyentes, en materia tributaria existe además proporcionalidad cuando se crean impuestos específicos para ciertas actividades económicas, como es el caso de las regalías mineras que son materia de este estudio, sin embargo estos impuestos deben guardar también la debida proporcionalidad para su aplicación, y finalmente el principio de proporcionalidad está vinculado con la justicia fiscal, ya que la proporcionalidad tiene como fin neutral el garantizar que aquellas personas que más riqueza poseen sean quien más contribuyan, a diferencia de los que tienen menor capacidad económica, consiguiendo con aquello un eficiente equilibrio económico entre la necesidad recaudadora que posee el estado, frente a la capacidad económica de los sujetos obligados, todo esto sin dejar de recordar que los recursos naturales no renovables pertenecen al patrimonio inalienable, imprescriptible e irrenunciable del estado de conformidad con el Art. 1 de la constitución y sobre los cuales el estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar, encontrándose la actividad minera dentro de los sectores estratégicos, regulación que el estado deberá efectuar bajo los principios de sostenibilidad ambiental,

[3] Hans Kelsen "Pure Theory of Law" - 1934

precaución, prevención y eficiencia, de conformidad con lo establecido en el articulo 313 de la misma constitución.

2.2 Principio de Igualdad.

Como base fundamental para este análisis es preciso entender que el principio de igualdad como mecanismo para establecer el monto, la forma, plazo, condiciones entre otras, en la que se han de pagar los tributos, responde no únicamente a un tema tributario, sino que el derecho a la igualdad se extiende en todas las esferas mismas de la sociedad, es un derecho constitucionalmente fundamental sobre el cual se ha de considerar, una manifestación material y una formal, que en el aspecto material considera que, los poderes públicos tienen la obligatoriedad de promover que la igualdad en todas sus aristas sea efectiva, y por otra parte la manifestación formal, que trata por su parte que todos deben ser iguales ante la ley y su aplicación debe así mismo ser igualitaria.

El principio contextualiza que todas las personas naturales o jurídicas que se encuentren en igual condiciones deben recibir el mismo trato, y que su regulación y tributación debe ser uniforme, este principio esta contextualizado en casi todos los países del mundo, donde se pregona la conocida frase de que “todos somos iguales ante la ley”, en este contexto debería entenderse que en la materia que analizamos, es importante hablar de una carga tributaria en igualdad de condiciones para quienes poseen los mismos ingresos o quienes están en situaciones económicas similares, siempre enfocados en seguir la línea de la progresividad, así mismo es importante que la estructura de composición de los tributos, guarde el esquema de igualdad al momento de establecer las obligaciones, por lo que en el caso del pago de las regalías mineras, no podemos colocar un tributo fijo a una operación en menor escala, mientras que a las operaciones en una escala superior previo a imponer el tributo, se han de examinar los criterios de *progresividad, volúmenes de producción del concesionario minero y/o tipo y precio de los minerales,* conforme lo señala la misma ley de minería, lo que da lugar a que la carga impositiva pase por un proceso previo de revisión, estas dos realidades en dos

operaciones económicas iguales, dejan entrever una desigualdad, que vendría en desmedro de una actividad en menor escala frente a una actividad en una escala mayor y por ende con una capacidad de producción mayor.

El sistema tributario en general, así como sus instituciones, amparados en su facultad para poder establecer tributos, deben buscar la razonabilidad justificada para su aplicación, esta justificación de la que debe estar investida las decisiones de la autoridad administrativa, es fundamental en el tema que analizamos, dado que el pago de las regalías mineras esta justamente estructurado por rangos, y no se evidencia en esta estructura impositiva la razón por la que se a de considerar y tratar a la misma actividad con dos criterios impositivos distintos, no existe evidencia ni técnica ni económica que pudiera llevar al legislador a pensar que el mero hecho de la venta de oro dentro de un régimen de pequeña minería genere utilidad certera y por ende exista un porcentaje de impuesto fijo, mientras que en un rango de mediana o gran minería el mismo acto de venta de oro, no genere el mismo criterio de utilidad ante el legislador.

Para Joseph Stiglitz, "*La igualdad en la carga tributaria es un componente clave de una política fiscal progresiva que busca reducir las brechas económicas. Los impuestos deben diseñarse para asegurar que los que mas tienen contribuyan proporcionalmente más"*[4]*.* Esta igualdad de la que habla Joseph coincide con el pensamiento de muchos tratadistas, quienes en su gran mayoría coinciden al decir que la carga impositiva en todos sus niveles debe garantizar que quienes mas tienen sean quienes más paguen, permitiendo con ello que todos se desarrolle en el mismo marco de oportunidades y bajo las mismas reglas.

Por su parte el profesor Bernal Pulido esquematiza la teoría de la ponderación o proporcionalidad en tres pasos:

1.- Determinar las magnitudes que deben ser ponderas, es decir la importancia de la intervención del derecho y la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención del legislador. 2.- Comparar dichas magnitudes,

[4] Joseph Stiglitz,

a fin de determinar si la importancia del fin que persigue el legislador con su intervención es mayor a la del derecho fundamental.3.- Construir una relación de precedencia condicionada entre el derecho fundamenta y el fin del legislador, fundamentada en el resultado de la comparación señalada en el segundo paso.[5]

2.3 La libre competencia

Cuando hablamos de libre competencia hablamos de un concepto fundamental para los aspectos económicos, nos estructuramos un mundo donde las empresas compiten entre sí, bajo las mismas condiciones y garantías y sin restricciones gubernamentales que polaricen sus condiciones, y son justamente las partes las que establecen los precios, la producción y la calidad de bienes y servicios que se comercializan en el mercado.

Cuando hablamos de libre competencia, entendemos a una multiplicidad de empresas operando en el mercado, con una económica dinámica y donde son las empresas las que tienen la posibilidad de entrar o salir del mercado según los intereses comerciales de las mismas, en este mundo del libre acceso siempre habrá la oportunidad de que nuevos competidores entren y que los precios de los bienes y servicios que ofertan serán determinados por la fuerza del mercado, es decir por la oferta y la demanda, logrando que los consumidores tengan la completa libertad de elegir entre los diferentes productos y servicios que se ofertan según sus intereses.

Vistos desde la perspectiva del sector minero hablamos de que un desequilibrio en los costos de producción, una carga impositiva desigual y desproporcional, así como la limitante en los niveles de producción, repercute evidentemente en el nivel de ganancia que puede obtener el comerciante al vender sus productos, llevándolo en algunos casos a esperar que el mercado le ofrezca el mejor precio posible, a fin de obtener las ganancias esperadas o en otros casos a minimizar las perdidas.

---

[5] BERNAL Pulido Carlos, El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales. Pág. 765

Ahora bien, con lo antes indicado es preciso definir la posición en la que se encuentran las empresas, en relación a las posibilidades de mantenerse en el mercado y me atrevería a señalar que tal como se encuentra esquematizado el impuesto a las regalías mineras, el estado estaría otorgando ventajas a las empresas que hacen mediana y gran minería, por sobre las empresas dedicadas a la pequeña minería, dado que a menor impuesto, mayor margen de utilidad, mayor opción de reinversión, y con ello mayor producción, dando como resultado final una mayor probabilidad de sostenerse en el mercado, esto estaría dando lugar además a que solo quienes tienen mayor capacidad económica se apropien del mercado, bloqueando las posibilidades a quienes quisieran dedicarse a esta actividad pero que dada la estructura a la que se enfrentan no pueden ni competir ni sostenerse en el mercado.

III EL PAGO DE LAS REGALIAS, PARA EL SECTOR DE LA PEQUEÑA MINERIA

Con lo anteriormente anotado hemos podido establecer claramente que cuando nos referimos a los principios de proporcionalidad, igualdad y libre competencia en el mercado, nos encontramos frente a principios de naturaleza constitucional, de obligatorio cumplimiento y que rigen como una garantía tendiente a generar un equilibrio social en la que todos tengan las mismas oportunidades.

Para analizar el tema de las regalías mineras es necesario regirnos estrictamente a la norma motivo de análisis y para ello nos remitimos al articulo 93 de la ley de minería que dice: ***Art. 93.- Regalías a la explotación de minerales.-*** … "*Los titulares de derechos mineros de pequeña minería, pagarán por concepto de regalías, el 3% de las ventas del mineral principal y los minerales secundarios, tomando como referencia los estándares del mercado internacional."*[6], en este sentido podemos evidenciar que la norma ordena el pago del 3% por concepto de regalías mineras, que será tomado del monto de la factura, debiendo acotar aquí que en caso de exportación directa

[6] Ley de Minería, última Reforma: Segundo Suplemento del Registro Oficial 602, 21-XII-2021

de las sustancias minerales, el 2% al que corresponde este pago se cancela de forma anticipada al momento de la comercialización conforme lo establece el art. 92 de la ley de minería en concordancia con la Resolución NAC-DGERCGC16-00000218, emitida por el Servicio de Rentas Internas (SRI) en su calidad de ente recaudador del impuesto.

Es preciso conocer que de conformidad con el articulo innumerado agregado a continuación del artículo 138 de la ley de minería, para acogerse al régimen de pequeña minería los márgenes de explotación de minerales no deben superar las 300 toneladas por día en minería subterránea, ni las 1000 toneladas a cielo abierto, ni los 1.500 metros cúbicos por día en minería aluvial, estos márgenes perfectamente definidos por la ley deja entrever un límite en el desarrollo de las operaciones bajo esta modalidad, es preciso además acotar que, en la fase de exploración el titular minero deberá contar con un plan de inversiones que contenga un monto especifico de inversión que deberá cumplirse al 100% y que en caso de incumplimiento parcial y siempre que no esté debajo del 85%, deberá pagar al estado una compensación por el monto no invertido.

El valor a pagar por concepto de regalías se calculará conforme lo señala el articulo 82 del reglamento general a la ley de minería que señala: ***Art. 82.- Cálculo de regalías de actividad minera metálica. -*** *(Reformado por el Art. 17 del D.E. 823, R.O. 635-2S, 25-XI-2015). - Los parámetros para la aplicación del pago de regalías serán los siguientes: El concesionario minero deberá pagar una regalía según los porcentajes establecidos en la Ley de Minería o estipulados en su contrato de concesión. Este porcentaje será calculado sobre el ingreso neto efectivamente percibido por los concesionarios mineros por la venta del mineral principal y de los minerales secundarios. Para este efecto, el ingreso neto efectivo percibido por dichos concesionarios, será determinado descontando del ingreso bruto los gastos incurridos en las fases de beneficio, refinación y transporte para la pequeña y mediana minería; y, a los gastos incurridos, única y exclusivamente, en los procesos de refinación y transporte, para la minería a gran escala. Los sujetos pasivos liquidarán, declararán y pagarán las regalías semestralmente en los meses de septiembre y marzo de*

cada año… La evasión del pago de regalías será causal de caducidad del título minero, sin perjuicio de las responsabilidades tributarias, civiles y penales a que diere lugar. [7]

Ahora bien, conocido el esquema para el calculo y pago de las regalías mineras, cuando las operaciones se ejecutan dentro del rango de pequeña minería es necesario conocer que cuando hablamos de un régimen de mediana minería que comprende un nivel avanzado de extracción y explotación minera que abarca márgenes de producción de 301 hasta 1000 toneladas por día cuando se trata de minería subterránea y de 1001 hasta 2000 toneladas días cuando se trata de minería a cielo abierto y de 1.501 hasta 3.000 metros cúbicos por día cuando se trata de minería aluvial. Mientras tanto se considera minería de gran escala a todas aquellas actividades que superen los márgenes de explotación antes indicados. Ahora bien, específicamente en estos rango los valores a pagar por concepto de regalías mineras de conformidad con el Art. 93 de la ley de minería estaría estructurado de la siguiente manera **Ar. 93.- Regalías a la explotación de minerales.-** … *Para este efecto el concesionario minero, así como las plantas de beneficio, deberán pagar una regalía equivalente a un porcentaje sobre la venta del mineral principal y los minerales secundarios, entre el 3% y el 8% sobre las ventas, adicional al pago correspondiente del impuesto a la renta, del porcentaje de utilidades atribuidas al Estado conforme esta Ley y del Impuesto al Valor Agregado determinado en la normativa tributaria vigente. Para establecer la tarifa de la regalía a ser pagada se observarán criterios de progresividad, volúmenes de producción del concesionario minero y/o tipo y precio de los minerales, conforme lo establezca el Reglamento a esta Ley.* [8]

Como observamos en el texto citado, esta norma si contempla la posibilidad de establecer criterios que buscan acogerse a una realidad, consideración que no se hace con aquellos que se dedican a la mediana minería, debiendo recalcar que los recursos mineros que se explotan son los mismos (oro), y que la

[7] Ley de Minería, última Reforma: Segundo Suplemento del Registro Oficial 602, 21-XII-2021
[8] Ley de Minería, última Reforma: Segundo Suplemento del Registro Oficial 602, 21-XII-2021

categorización por regímenes que hace la norma tampoco obedece a factores que tengan que ver con la pureza del oro que se obtendrá, por lo que no habría razón que justifique un tratamiento diferenciado por esta circunstancia.

Esta trato diferenciado da paso a considerar una desproporción, que como ya lo habíamos mencionado al hablar del principio de proporcionalidad el fin del tributo debe estar direccionado a conseguir el equilibro entre lo generado y lo pagado, al estandarizar al régimen de pequeña minería dentro de una obligación que no contempla variables, entramos a considerar que el tributo no guarda la debida armonía con la realidad del contribuyente, ya que como se establece el pago del 3% se aplica directamente sobre la venta del material y se permite deducir únicamente los gastos de procesamiento y comercialización mas no los gastos de producción, en donde estarían los costos mas altos, debiendo acotar además que el hecho de comercializar un producto como resultado de la actividad minera no siempre significa una ganancia, pues justamente los costos de producción son muy elevados, sin dejar de considerar que en pequeña minería se realizan de forma simultanea la fase de exploración y explotación, por lo que para la obtención del producto final a comercializar es necesario que se genere la inversión en exploración, evidenciando por tanto que no existen reservas o zonas ya exploradas que permitan proyectar una cantidad de producción a obtenerse, la riqueza del producto a explotarse y peor aun un margen de utilidad.

Cuando hablamos de la comercialización de oro, debemos entender que el precio es fijado atendiendo estándares internacionales y que este varia continuamente, el oro que es comercializado mayormente en lingote de dore y concentrado, recibe el impacto directo del pago de regalías, (luego de las únicas deducciones que permite la norma), esto asociado a que el margen de ganancia esta limitado a una cantidad máxima de producción que no puede superar limites diarios de explotación establecido para este régimen, como ha quedado referido anteriormente, esta fluctuación en el precio se convierte en una agravante para los pequeños mineros, dado que estos se enfrentan frecuentemente a la necesidad de comercializar sus productos de forma

urgente a fin de cubrir sus obligaciones y por la continua necesidad de capitalizarse para poder continuar con sus operaciones, por lo que en su mayoría no pueden esperar a que el mercado le ofrezca una mejor opción para adquirir su producto, este hecho también le significaría una desventaja frente al mercado. Es preciso puntualizar que lo mismo ocurre cuando la comercialización se da en el mercado local, donde los comerciantes de oro adquieren los productos cuando mejor le conviene a sus intereses, por lo que un pequeño minero frente a un mediano o gran minero estaría en evidente desventaja comercial, ya que muchas veces su baja producción no les permite comercializar directamente al mercado extranjero donde pueden obtener un mejor precio, sumado a ello que en caso de venta directa al exterior la regalía minera debe pagarse de forma anticipada, en el 2% del valor de la factura.

Es necesario puntualizar además que en el mercado no se comercializa únicamente oro en barra, sino también concentrado de oro, que es el lodo obtenido luego del proceso de la molienda de material, en donde quedan residuos de oro que se comercializan luego de un proceso químico en mercado local e internacional, y este tipo de comercio también es grabado con el mismo tipo de impuesto, debiendo hacer aquí una acotación adicional, cuando hablamos de concentrado minero o lodo de minería, nos referimos a un producto que contiene una serie de minerales (mayormente arsénico) que provocan la penalización del producto y por ende una disminución en el precio. Lo antes anotado nos ejemplifica la diversidad del sector minero, y la necesidad de examinar la realidad productiva de este sector a fin de evitar tratos inequitativos que podrían afectar los intereses de estas compañías y de la cadena de producción que generan en el mercado.

IV CONCLUSIONES

En un mundo donde los avances tecnológicos y científicos van en continuo avance y donde el oro juega un papel crucial especialmente en industrias de alta tecnología, este recurso a pesar de ser un recurso natural no renovable seguirá siendo explotado como un instrumento para la producción, y que conforme hemos podido evidenciar del análisis de la información obtenida de lo años 2021 y 2022, dentro de la jurisdicción de la provincia de el Oro, una provincia evidentemente minera, la mayoría de su explotación se da por parte de compañías que trabajan en regímenes de pequeña minería.

Del presente trabajo de investigación podemos deducir que la tendencia marca la existencia de una explotación en pequeña minería, y por ende el tributo de regalías es efectivamente pagado en la actualidad, por lo que su existencia no es un mero enunciado en la ley, es decir los impactos de los que hemos hablado pertenecen a una realidad que, si bien fue analizada únicamente a nivel provincial, nos atrevemos a asegurar que es la misma que se vive a nivel de todo el país. Al analizar el pago de las regalías y su vulneración a los principios de proporcionalidad, hemos podido determinar que el tributo al ser estandarizado bien podría aplicarse a una venta que produce una utilidad real, como a una venta que represente la recuperación de la inversión, o a una perdida, como hemos visto la titularidad minera si esta otorgada a compañías, por lo que se fundamenta la tesis de existe una actividad empresarial afectada, ya sea como titulares de una o varias concesiones, ahora bien si revisamos la data de las concesiones en mediana minería podemos igualmente evidenciar que en los años 2021 y 2022 únicamente dos empresas a nivel de la provincia de el Oro estarían ejecutando mediana minería, lo que da a entender que esta estructura estaría beneficiando solo a unas minorías, que son además quienes tienen mayor capacidad productiva, lo dicho nos lleva a la certeza de que este tributo no persigue efectivamente la proporción, como un mecanismo para lograr una equidad y justicia tributaria.

Hablamos de que las regalías mineras afectan el principio de igualdad, dado que existe un trato discriminatorio en referencia a la mediana y gran minería, considerando que, cuando hablamos de mediana y gran minería existe la posibilidad de que estas empresas paguen el mismo 3% que pagan las compañías que ejecutan pequeña minería, y estas empresas en mediana y gran minería están sujetos a un proceso de determinación que analiza aspectos de su producción, área en donde se reflejan la mayor cantidades de costos y gastos, por lo que es mucho mas propensa a pagar un tributo que obedezca a su realidad operativa, por lo que el impacto de pagar un tributo que no obedezca a su realidad es de menor impacto, debiendo recordar que las empresas que están en este rango producen mayor volumen de material y por ende mayor sustancia a comercializar, en todo caso es por demás evidente un trato desigual entre estos rangos, debido a que siendo la misma actividad económica y debiendo cumplir el mismo proceso, no sean observadas bajo los mismos principios. Con lo dicho nos atrevemos a decir que es necesario ejecutar un cambio estructural de este tributo, basado en el principio de igualdad, ya que se a evidenciado un tratamiento diferenciado en la ley de minería, dado que a la misma actividad productiva le da dos tratamientos distintos, por lo que considero que el impuesto debe ser aplicado luego de atender las deducciones que incluyan los costos y gastos operacionales.

Aquí considero preciso hacer un análisis de la consideración antes referida que implica la necesidad de considerar el pago de tributo luego de las deducciones legales, asociándolo con la estructura del pago del impuesto a la renta, en donde los ingresos gravables generan utilidad luego de las deducciones legales correspondientes, podemos decir que el esquema tributario en el Ecuador esta estructurado bajo ese mismo esquema, con sus debidas excepciones como es el caso de las regalías mineras.

Analizando este tributo desde la perspectiva del libre mercado, es necesario enfatizar nuevamente que el oro en general se comercializa mayormente en gramos y su preso es estandarizado por el mercado internacional, por lo que independientemente de la cantidad que se desee comercializar esta no

afectara el precio, sin embargo frente a una exportación si debemos considerar los costes de la comercialización al extranjero, que se sumarian a los costos y gastos de producción, que em mayores cantidades el impacto es menor, versus una comercialización de menor valor, debiendo recordar que es estos costos no solo hablamos de la comercialización de oro en barra sino también de concentrados o lodos de minería, en los que podría darse el caso de que se comercializa la misma cantidad pero obteniendo un redito de menor valor por las penalidades de las que habíamos hablado.

Considero necesario hacer un análisis final, respecto a las dimensiones a las que podría llegar el pago de este tributo por debajo de la realidad empresarial, y para ello considero pertinente abrir un poco las aristas para evaluar posibles conflictos colaterales que pudieren verse afectados por el pago de este tributo.

Es en primer momento necesario referirse al impacto laboral que se ocasiona cuando las empresas no generan utilidades, se priva a los trabajadores del derecho a participar de beneficios adicionales por sus trabajos, hecho que pudiera darse cuando las empresas no logran recuperar sus capitales para continuar con su actividad económica y van en continua perdida, por lo que más allá de los interese propios de la compañía es prudente ver desde el plano social la necesidad de que las empresas recuperen su inversión y tengan utilidad, por otro lado es preciso también mencionar que un trato justo para estas empresas que les permitan generar utilidades reales podría significar la generación de aportes para las comunidades y las municipalidades que finalmente se vería revertida en obras, de cualquier manera no debemos dejar de analizar que el mismo estado podría verse beneficiado de que las empresas puedan minimizar sus impactos económicos y generar utilidades.

Por otro lado, y como hemos visto en la parte de los antecedentes, las empresas del sector minera están obligadas al pago de las obligaciones que rigen para las empresas en general y obligaciones de carácter económico adicional, hecho que de por si ya representa una desproporcionalidad por el hecho de que no existe la certeza de que los impuestos se imponen a una ganancia real.

Las empresas del sector minero en general están sujetas a una infinidad de controles por parte de las entidades de control, en primer lugar por el manejo de recursos naturales no renovables que implican la obtención de un sin numero de controles y obtención de autorizaciones tendientes a la protección de la naturaleza, por otro lado como es bien conocido la actividad minera genera una gran cantidad de empleo, y la mayoría de los puestos de trabajo son de alto riesgo, por lo que en materia de seguridad y salud también esta sujeta a estrictos controles y a la dotación de equipos de seguridad que representan un gasto importante en la inversión que se realiza, sumado a aquello que las jornadas de trabajo para el personal obrero que trabaja en interior mina son solo de 6 horas diarias, y las operaciones mineras en su gran mayoría son de forma continua durante 24 horas por los 7 días de la semana, por lo que se generan gastos de horas extraordinarias y suplementarias, finalmente es preciso anotar que en los últimos años las actividades mineras son sujetos de control por parte de la unidad de análisis financiero y económico, encargada del lavado de activos, quienes han obligado a las empresas a instaurar una serie de procedimientos que actualmente representan una mayor demanda en la contratación de personal.

He considerado prudente hacer este análisis con el fin de justificar el por qué no podemos ser indiferentes a la realidad del sector minero, y la importancia de que los tributos a imponerse guarden relación con su realidad económica, el pago de este tributo a sido una queja constante del sector minero ante las autoridades de turno, quienes lamentablemente no han dado la debida atención, por ello me atrevería a decir que cada vez es mucho más frecuente el hablar de minería ilegal, esto por que algunos consideran que el trato que se esta dando por el estado es injusto, que las tarifas por emprender en este negocio son bastante altas, por ende a fin de evitar la dura carga impositiva muchos mineros deciden comercializar los productos de forma clandestina, lo que debería llamar la atención de las autoridades de turno y afrontar este problema desde la raíz, minimizando los impactos económicos, considerando que la venta de minerales no representa necesariamente una utilidad para quien la produce.

Con la investigación y análisis efectuado en el presente trabajo concluimos señalado que las empresas que efectúan actividades dentro del rango de pequeña minería necesitan tratos proporcionales a la realidad, necesitan ser tratados de forma igualitario y necesitan competir en el mercado local e internacional en igualdad de condiciones, y para conseguir ese fin es necesario plantear una reforma a la ley de minería en lo referente al pago de regalías mineras, para lo cual es necesario establecer la imposición de este tributo a una utilidad real, y de forma proporcionada a sus ingresos

Bibliografía

Bernal Pulido, C. (s.f.). El principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales.

Robert Alexy, A Theory of Constitutional Rights

Hans Kelsen "Pure Theory of Law" - 1934

Joseph Stiglitz,

Ley de Minería, última Reforma: Segundo Suplemento del Registro Oficial 602, 21-XII-2021