



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

“REFORMAS INDISPENSABLES A LA LEY DE MINERÍA PARA FOMENTAR
UNA INDUSTRIA MINERA DE GRAN ESCALA”

Trabajo de Titulación presentado en conformidad con los requisitos establecidos
para optar por el título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República

Profesor Guía

Dr. Cesar Aníbal Espinosa Garcés

Autor

Andrés Paz y Miño Borja

Año
2015

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con la estudiante, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema escogido y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación.”

César Aníbal Espinosa Garcés
Doctor en Jurisprudencia
C.C. 170664954-6

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes.”

Andrés Paz y Miño Borja
C.C. 171752255-9

AGRADECIMIENTO

A mis queridos padres, José y Verónica, por inculcar en mí el pilar fundamental de mi vida: los valores.

A mis tres hermanos, por ser mis amigos incondicionales.

A mi tío, exjefe y amigo, Patricio Maldonado Samaniego, por tomarse el tiempo en enseñarme a dar mis primeros pasos en el Derecho.

Al doctor César Espinosa, por invertir su tiempo en el desarrollo del presente trabajo de titulación.

DEDICATORIA

A mi querido Padre...

RESUMEN

El actual marco regulatorio minero no ha logrado generar el ambiente de seguridad y promoción que busca el inversionista internacional. Así como tampoco ha conseguido estimular la inversión local, en una industria que, por su naturaleza, es de alto riesgo.

La errada concepción de la naturaleza jurídica del derecho minero, las limitantes y engorrosas fases y etapas mineras, la alta carga tributaria en la industria y el modo de acceder a las nuevas concesiones son las principales falencias que contiene nuestra normativa.

Para impulsar y promover a la industria minera a gran escala, se requerirá de modificaciones indispensables a la Ley de Minería. Las mismas que serán analizadas en el presente trabajo de titulación.

ABSTRACT

The current regulatory mining framework has failed to generate a safe environment and promote international investment. Nor, has Ecuador succeeded in stimulating local investment (public or private) in an industry, where its nature is characterized as high risk.

The misconception of the legal nature of the mining rights, the restriction created by the mining operation phases, the high tax burden on the industry and the access to the new mining concessions are the main failures of the current regulation.

Necessary amendments are required to the Mining Act in order to encourage and promote large-scale mining, which will be analyzed in this paper.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
1. ANÁLISIS GENERAL DEL RÉGIMEN LEGAL MINERO.....	2
1.1. De los Bienes Nacionales.-.....	2
1.2. Constitución de la República del Ecuador.-	4
1.2.1. El rol y la participación del Estado.-	5
1.2.2. El derecho de consulta y participación de las Comunidades.-	6
1.2.3. Ambiental: Derechos y Obligaciones.-	8
1.3. Legislación Minera en la República del Ecuador.-	10
1.3.1. Ley No. 06.-	11
1.3.2. Ley No. 126.-	16
1.3.3. Mandato Constituyente No. 6.-	21
1.3.4. Ley de Minería 2009.-	23
1.3.5. Reforma a la Ley de Minería 2009.-.....	31
2. ANÁLISIS DE LOS ASPECTOS PARA MODIFICAR LA INDUSTRIA MINERA A GRAN ESCALA.	34
2.1. De la Naturaleza Jurídica del Derecho Minero.-	36
2.2. Las Fases de la Actividad Minera y su Realidad.-	43
2.3. La Carga Impositiva en la Industria Minera.-	50
2.4. El Mecanismo para el Otorgamiento de Nuevas Concesiones.-	61
3. CONCLUSIONES.	70
REFERENCIAS	77

INTRODUCCIÓN

Ecuador es, sin duda, uno de los países con más recursos naturales no renovables de la región latinoamericana por kilómetro cuadrado. Cuenta con reservas significativas de minerales metálicos y no metálicos y es, además, uno de los mayores productores de petróleo de América del Sur.

Desde su boom, en 1972, el petróleo ha jugado un papel fundamental en nuestra economía. La dependencia de ésta respecto de aquél ha sido tal, que el alza o baja de su precio, se ha reflejado inmediatamente (por no decir de forma directa) en la economía del país. Es por esta razón, que el Gobierno ecuatoriano de turno, en busca de una fuente de ingresos que reemplace a la petrolera, ha apostado por el desarrollo la minería. En este sentido, el 29 de enero de 2009 se expidió una nueva Ley de Minería, misma que fue publicada en el Registro Oficial No. 517. Posteriormente ésta fue reformada por la Asamblea Nacional el 12 de julio de 2013 y publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial 037 el 16 de julio de 2013. Sin embargo, a pesar de estas enmiendas, el marco legal vigente no ha logrado generar el ambiente de seguridad y promoción que busca el inversionista privado internacional, así como tampoco ha conseguido estimular la inversión ecuatoriana, privada ó pública, en una industria que, por su naturaleza, es de alto riesgo.

La presente tesis recoge lo que a nuestro criterio son las modificaciones indispensables que se deben implementar en la Ley respectiva para impulsar y promover la industria minera en el Ecuador. Nos concentraremos en aquellas normas que han tenido un impacto grande en la inversión y desarrollo del sector y que pueden ser corregidas a través de reformas puntuales.

CAPÍTULO I

1. ANÁLISIS GENERAL DEL RÉGIMEN LEGAL MINERO.

1.1. De los Bienes Nacionales.-

En el Derecho Romano, se distinguió las *res publicae* de las *res fisci*. Las cosas públicas propiamente dichas, eran las de uso público, las puestas por el Estado para el uso de los ciudadanos en general. En cambio, el fisco, constituía el patrimonio personal del príncipe. (Larrea, 1969, p. 51)

El Código Civil distingue, efectivamente, los bienes de uso público y las del patrimonio del Estado:

“Se llaman bienes nacionales aquellos cuyo dominio pertenece a la Nación toda.

Si además su uso pertenece a todos los habitantes de la Nación, como el de calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas, se llaman bienes nacionales de uso público o bienes públicos. Asimismo, los nevados perpetuos y las zonas de territorio situadas a más de 4.500 metros de altura sobre el nivel del mar.

Los bienes nacionales cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes se llaman bienes del Estado o bienes fiscales.” (Código Civil, 2005, Art. 604)

Nuestro sistema jurídico llama “nacionales” en general a los bienes públicos y atribuye su dominio a la Nación. El catedrático Larrea Holguín, emplea este término en un sentido extensivo y no técnico; en efecto, el sujeto jurídico no es la Nación sino el Estado. (Larrea, 1969, p. 51). Mientras que los “bienes fiscales”, son aquellos bienes patrimoniales del Estado sometidos, en general, a los principios del Derecho Privado salvo ciertas reglamentaciones especiales exigidas por el carácter público del titular de los derechos constituidos en ellos. (Eguiguren, 1978, p. 140)

Los bienes nacionales de uso público, debido a su destino al servicio del bien común, no son comerciales, es decir, nadie puede adquirir sobre ellos un derecho patrimonial exclusivo. Su utilización puede ser realmente pública: abierta a todos, o puede limitarse más o menos, de acuerdo a lo que exijan las circunstancias para que se concrete su utilidad a favor de una o varias personas, a favor de quienes se establece una concesión o permiso. (*Larrea, 1969, p. 53*)

La concesión administrativa para la ocupación, uso o explotación de bienes de uso público, supone cierta restricción del mismo uso por parte de cualquier persona. Implica una cierta sustracción de las cosas públicas, del uso general; un desdoblamiento de la propiedad: el Estado mantiene unos derechos y el concesionario adquiere otros. Ambos gozan en alguna medida de los bienes públicos o de sus rendimientos. (*Larrea, 1969, p. 55*)

Cuando no se trata de una concesión administrativa sino de un permiso, se concede un derecho transitorio, provisional, que no supone una situación estable. (*Larrea, 1969, p. 54*)

La Constitución del 2008, señala, entre otros, a los recursos naturales no renovables como bienes fiscales o bienes del Estado. Estos recursos son, aquellos que por trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social política o ambiental social. Por este motivo, se justifica la intervención del Estado, a fin de que se orienten al interés social.

El Estado se declara, pues, dueño de los recursos naturales no renovables y, por ende, de los minerales; y por cierto, tiene sobre ellos el dominio directo. Pero a pesar de que éstos tienen la característica de ser inalienables e imprescriptibles, su explotación puede delegarse de forma excepcional a personas particulares a través de una concesión administrativa.

Vale indicar que la Ley de Minería, norma la administración, regulación control y gestión del sector minero, exceptuando al petróleo y demás hidrocarburos,

los cuales se rigen bajo su propia Ley, la de Hidrocarburos. Publicada el Registro Oficial No. 2967 de 15 de noviembre de 1978. (*Ley de Minería*, 2009, Art. 1). Consecuentemente, el sector minero comprende: los minerales metálicos, los minerales no metálicos y los materiales de construcción.

Regresando al tema, la concesión administrativa minera, según lo establece la Ley de Minería vigente, “*es un acto administrativo que otorga un título minero, sobre el cual el titular tiene un derecho personal.*” (*Ley de Minería*, 2009, Art. 30). El título minero “*confiere a su titular el derecho exclusivo a prospectar, explorar, explotar, beneficiar, fundir refinar, comercializar y enajenar todas las sustancias minerales que puedan existir y obtenerse en el área de dicha concesión.*” (*Ley de Minería*, 2009, Art. 31)

Más adelante se analizará con mayor profundidad a la concesión minera; en especial, el tipo de derecho que otorga a su titular. Por el momento, basta comprender la diferencia entre los bienes nacionales y los fiscales.

1.2. Constitución de la República del Ecuador.-

Es requisito fundamental en la investigación jurídica de ordenamientos positivos, iniciar por el análisis de la Constitución, en especial, por la parte que versa sobre la materia del presente estudio.

La Constitución del 2008 plantea un sinnúmero de cambios respecto a la de 1998. La naturaleza misma del Estado, declara en su artículo primero “*El Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos*”, dejando de lado la definición de 1998 de “Estado Constitucional”; la estructura orgánica y dogmática; la incorporación de un cuarto y un quinto poder del Estado; entre otras; son las razones por las cuales esta Constitución es considerada como vanguardista.

Respecto a la Industria Minera, presenta un esquema institucional sustentado en una intervención marcada del Estado; otorga a las comunidades el derecho

de consulta y participación en toda decisión o autorización estatal que pudiera afectar al ambiente; e introduce un conjunto de derechos y obligaciones en cuestiones ambientales.

1.2.1. El rol y la participación del Estado.-

El concepto de “sectores estratégicos” surge con el nombre de “sectores básicos” en el Derecho Constitucional Ecuatoriano, en la Ley Suprema de 1979, sin llegar a definirse; pero con ejemplos que contemplan actividades económicas de magnitud, relacionadas con el aprovechamiento del dominio público del Estado y los grandes servicios públicos. (Pérez, 2012, p. 15)

De acuerdo con la Carta Magna de 1998, no existía distinción, privilegio o trato diferenciado alguno entre el sector público y el privado; consecuentemente, las empresas del sector público y las del sector privado debían regirse bajo las mismas normas en todos los aspectos.

La Constitución del 2008 restituye este concepto de Sectores Estratégicos, que incluye:

1. La energía en todas sus formas;
2. Las telecomunicaciones;
3. Los recursos naturales no renovables;
4. El transporte y la refinación de hidrocarburos;
5. La biodiversidad y el patrimonio genético;
6. El espectro radioeléctrico;
7. El agua; y,
8. Los demás que determine la Ley. (*Constitución de la República del Ecuador*, 2008, Art. 313)

De conformidad con el artículo 313 del cuerpo legal antes citado, el Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar a estos sectores, de entro los que se encuentra, desde luego, el sector minero.

Por regla general, toda actividad económica vinculada a los sectores estratégicos, incluyendo el desarrollo de la minería, se llevará a cabo por las empresas del sector público. Estas sociedades serán constituidas por el Estado con sujeción a las leyes de empresas públicas. (*Constitución de la República del Ecuador*, 2008, Art. 315). El Estado podrá delegar su participación en los mencionados sectores a "empresas mixtas", en las cuales el Estado concentrará por lo menos el 51% del capital social. (*Constitución de la República del Ecuador*, 2008, Art. 316). De manera excepcional, el Estado, podrá delegar a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, el desarrollo de estas actividades. La excepción a la regla se aplicará en los casos contemplados en la ley materia o sector pertinente. (Sentencia No. 001-12-SIC-CC, 2012). Es decir, no aplica de forma discrecional por parte de la Administración.

El Estado se declara pues propietario de los recursos naturales no renovables. En su gestión, el Estado deberá priorizar la conservación de la naturaleza, el cobro de regalías u otras contribuciones no tributarias y de participaciones empresariales. (*Constitución de la República del Ecuador*, 2008, Art. 317)

Finalmente, el artículo 408 de la Constitución, impone una limitación a la industria privada, estableciendo que los beneficios del Estado derivados de la explotación de los recursos naturales no podrán ser inferiores a los de la empresa productora.

1.2.2. El derecho de consulta y participación de las Comunidades.-

La consulta pública y la participación de las Comunidades siguen reglas distintas en función de la calificación de las personas; el primero considerado como un sistema "general" y el segundo, como uno "especial".

La consulta pública limita su participación a las Comunidades en general, para que en un proceso regulado e implementado por ley se expresen respecto de toda decisión o autorización que pueda afectar el ambiente. En este caso, aún

cuando del referido proceso de consulta resultare una oposición mayoritaria de la Comunidad, la instancia administrativa superior podrá aprobar el desarrollo del proyecto. (*Constitución de la República del Ecuador*, 2008, Art. 398)

La participación de las Comunidades es aplicable de forma exclusiva a las comunas, comunidades, pueblos ancestrales y nacionalidades indígenas sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos naturales no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectar su ambiente y cultural. En este sistema se establece un enfoque distinto con respecto del peso legal del no consentimiento de la Comunidad. Por una parte, se indica que la consulta a la Comunidad, que debe ser realizada por las autoridades competentes, será "obligatoria y oportuna"; y, por otra, que, si no se obtiene el consentimiento de la Comunidad, se aplicará la Constitución y la ley. (*Constitución de la República del Ecuador*, 2008, Art. 57)

A diferencia de la consulta pública, este sistema da una mayor importancia al consentimiento de la Comunidad y se aparta de la solución establecida por el artículo 398 de la Constitución de la República que faculta claramente a la autoridad administrativa superior a aprobar un proyecto, aún en contra de la posición de la Comunidad.

Asimismo, en este sistema especial, se reconoce el derecho de las comunidades indígenas de participar en los beneficios derivados de la explotación de los recursos naturales, así como el derecho a ser indemnizadas por los daños y perjuicios sociales, culturales y ambientales. (*Constitución de la República del Ecuador*, 2008, Art. 57)

En ambos sistemas, el Estado es el sujeto consultante en contraposición con el "dueño del proyecto".

Esta dualidad de sistemas de consultas puede ser utilizada como una amenaza hacia el mismo derecho que consagra y reconoce la Constitución. Por ejemplo, en un caso hipotético, podría aplicarse el sistema general, cuando lo propio sería la aplicación del sistema especial.

En cuanto a los derechos de participar de los beneficios derivados de la explotación de los recursos naturales, la Constitución se remite a la Ley de Minería. “El 60% de la regalía será destinado para proyectos productivos y de desarrollo local sustentable a través de los gobiernos municipales, juntas parroquiales y, cuando el caso amerite, el 50% de este porcentaje a las instancias de gobierno de las comunidades indígenas y/o circunscripciones territoriales.” (*Ley de Minería*, 2009, Art. 93).

1.2.3. Ambiental: Derechos y Obligaciones.-

“Art. 71.- La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.

Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda.” (*Constitución de la República del Ecuador*, 2008, Art. 71).

El Ecuador es el primer país del mundo que reconoce, en su Constitución, derechos a la naturaleza. Dedicó un capítulo exclusivo a ello, además de encontrar regados sus principios a lo largo del texto constitucional. Reconoce a la Pacha Mama como sinónimo de naturaleza, dándole un enfoque indígena e histórico.

En el capítulo de la Naturaleza y Ambiente se expone, entre otras cosas, las siguientes reglas:

- **In dubio pro natura:** En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales en materia ambiental, éstas se interpretarán y se aplicarán en el sentido más favorable para la protección del medio ambiente. (*Constitución de la República del Ecuador*, 2008, Art. 395).

Véase el numeral 4 del artículo 395 de la Constitución de la República del Ecuador.

- **Inversión de la carga de la prueba:** En contra del demandado en todo procedimiento legal que surja del daño real o hipotético al ambiente. De acuerdo con esta disposición, se requiere al demandado la presentación de pruebas de la "inexistencia del daño potencial o real" al medio ambiente. En la teoría jurídica pura, la prueba únicamente puede ser producida con respecto a los hechos. Esta disposición coloca al demandado en una situación muy débil. (*Constitución de la República del Ecuador*, 2008, Art. 397). Véase el numeral 1 del artículo 397 de la Constitución de la República del Ecuador.
- **Principio de precaución:** Se traduce, en el ámbito judicial, en la posibilidad de obtener medidas cautelares y medidas preventivas con el fin de detener cualquier actividad que pueda causar daños al medio ambiente, incluso sin pruebas científicas del daño alegado. (*Constitución de la República del Ecuador*, 2008, Arts. 396 y 397) Véase el inciso 1 del artículo 396 y numeral 5 del artículo 397 de la Constitución de la República del Ecuador.
- **Responsabilidad objetiva:** La responsabilidad se establecerá por referencia a los daños, sin tener en cuenta el nivel de negligencia o nivel de atención del agente contaminante. La responsabilidad implica, además, la obligación de restaurar integralmente el ecosistema, y la responsabilidad de indemnizar a las personas y las comunidades afectadas; sin tener en cuenta, las sanciones penales del caso. (*Constitución de la República del Ecuador*, 2008, Art. 396) Véase el inciso 2 del artículo 396 de la Constitución de la República del Ecuador.
- **Infracción indirecta:** No sólo las empresas serán directamente responsables de los impactos ambientales, sino también los servidores encargados de realizar el control ambiental. (*Constitución de la República del Ecuador*, 2008, Arts. 396 y 397) Véase el inciso 1 del artículo 396 y numeral 1 del artículo 397 de la Constitución de la República del Ecuador.

- **Responsabilidad subsidiaria del Estado:** En caso de daños ambientales, el Estado actuará de manera inmediata y subsidiaria para garantizar la salud y la restauración de los ecosistemas. (*Constitución de la República del Ecuador*, 2008, Art. 397) Véase el numeral 1 del artículo 397 de la Constitución de la República del Ecuador.
- **Imprescriptibilidad de las acciones ambientales:** para perseguir y sancionar por daños ambientales serán imprescriptibles. (*Constitución de la República del Ecuador*, 2008, Art. 396) Véase el inciso 4 del artículo 396 de la Constitución de la República del Ecuador.

Las disposiciones ambientales son innovadoras e incluso, en algunos casos, demasiado excesivas. Confieren demasiado poder a la ciudadanía; tanto es así que conforme al principio de precaución ésta podría detener el desarrollo de cualquier proyecto ambientalmente sensible a través de medidas preventivas judiciales. Los principios antes dichos, evidentemente comprometen al inversionista.

1.3. Legislación Minera en la República del Ecuador.-

“El Derecho no puede comprenderse sin la Historia y la Historia no puede comprenderse sin el Derecho.” (*Kluger, 2003*)

El Derecho es una realidad histórica: las sociedades en las que nace, se desarrolla, se aplica y se transforma –con mayor o menor rapidez e intensidad– con el paso del tiempo. Para la comprensión y reflexión del fenómeno jurídico es imprescindible la Historia. (*Kluger, 2003*)

En este sentido, para comprender las instituciones jurídicas y el actual marco regulatorio minero, se realizará un breve análisis en el tiempo de los principales actos normativos de la materia objeto del estudio.

1.3.1. Ley No. 06.-

La Ley de Minería denominada “Ley 06” –que sustituyó a la Ley de Fomento Minero de 1974– fue publicada en el Registro Oficial No. 255 de 22 de Agosto de 1985. Su nombre provino del número de Decreto que fue emitido por el Presidente de la República el Ecuador de aquella época. Su contenido era bastante incompleto, confuso y poco técnico.

Se encontraba dividido en nueve capítulos y setenta y cuatro artículos que a continuación serán analizados.

a. Órganos Rectores:

El Presidente de la República dirigía la política minera nacional, mientras que su ejecución le correspondía al Ministerio u organismo y autoridades que el Presidente de la República designaba y al Instituto Ecuatoriano de Minería (INEMIN). (*Ley de Minería*, 1985, Arts. 6, 7 y 8) El Ministerio designado por el Presidente era el de Ministerio de Recursos Naturales y Energéticos.

Entre las principales atribuciones del Ministro, se encontraban: someter a consideración del Presidente de la República los planes y proyectos de la actividad geológica minera nacional y controlar y fiscalizar la actividad minera. (*Ley de Minería*, 1985, Arts. 7)

Por su parte, el INEMIN era el organismo técnico – administrativo especializado y directamente encargado de la ejecución de la política minera. Le correspondía, entre otras, las siguientes facultades: a) Planificar el aprovechamiento de los recursos minerales del país; b) Realizar el levantamiento y la investigación geológicos del territorio nacional; c) Atender el desarrollo de las recursos minerales a través de permiso o contratos constituyendo compañías de economía mixta; y, d) Estimular la colaboración directa y eficaz entre el sector público y la empresa privada para efectos de desarrollara la actividad minera. (*Ley de Minería*, 1985, Art. 9)

b. Sujetos Mineros:

Conforme a la Ley 06, los sujetos mineros eran los particulares, ya sean personas naturales o jurídicas, extranjeras o nacionales y las compañías mixtas. (*Ley de Minería*, 1985, Art. 31) El INEMIN, podía constituir compañías mixtas con personas naturales o jurídicas respecto a las áreas declaradas zonas de reserva minera, por ellas exploradas o devueltas para la explotación y demás fases consiguientes de aprovechamiento económico. (*Ley de Minería*, 1985, Art. 33)

c. De las Fases de la Actividad Minera:

Constituían fases de la actividad minera la prospección, la exploración, la explotación, el beneficio o concentración, la fundición, la refinación y la comercialización. (*Ley de Minería*, 1985, Art. 16)

- La prospección era libre y no se requería de ninguna autorización para su realización. Sin embargo, cualquier persona podía solicitar un permiso de prospección que era otorgado por el correspondiente acto administrativo, o pedir que se celebre un contrato de prospección en donde constaba, entre otras cosas, el plazo (que podía ser hasta dos años, pudiendo ser prorrogado por un año adicional con una reducción del 50% del área) y la superficie (los permisos podían otorgarse hasta por una extensión de 10.000 hectáreas y los contratos hasta por 50.000 hectáreas). (*Ley de Minería*, 1985, Art. 17)
- El contrato o permiso que facultaba la exploración era suscrito con el INEMIN y tenía una duración hasta tres años prorrogables por igual término. El área del contrato objeto de exploración tenía la superficie máxima de 10.000 hectáreas y del permiso de 2.000 hectáreas. Asimismo, el contrato o permiso de exploración garantizaba a su titular el derecho a suscribir un contrato de explotación. (*Ley de Minería*, 1985, Art. 18)

- La explotación minera abarcaba el conjunto de trabajos destinados a la preparación y desarrollo de las minas y la extracción y transporte de los minerales. Las áreas de explotación debían estar comprendidas dentro del área de exploración y tenían las siguientes superficies máximas: para minerales metálicos y placeres hasta 5.000 hectáreas y para minerales no metálicos hasta 2.000 hectáreas. El INEMIN podía otorgar directamente contrato de explotación sin necesidad de exigir el cumplimiento de la etapa de exploración, cuando las condiciones así lo justificaban. (*Ley de Minería*, 1985, Art. 19)
- La fase de beneficio comprendía las operaciones destinadas a elevar el contenido útil de las sustancias minerales a través de procesos físicos o químicos. Tanto el INEMIN como las personas naturales o jurídicas que explotaban o no las minas, podían instalar plantas de beneficio. (*Ley de Minería*, 1985, Art. 20)
- La fundición consistía en los procesos técnicos destinados a separar los metales de sus correspondientes minerales a fin de que alcancen un grado elevado de pureza. (*Ley de Minería*, 1985, Art. 21)
- La refinación abarcaba los procesos destinados a dar a los metales un grado de pureza que permita su industrialización directa. (*Ley de Minería*, 1985, Art. 22)
- La comercialización comprendía la negociación y venta de minerales o metales a partir de la explotación. La comercialización era ejecutada por: a) El INEMIN, dueño de los productos o minerales o metales que produzca; b) Las personas naturales o jurídicas titulares de los contratos de explotación; y, c) Las personas naturales o jurídicas comercializadoras de minerales debidamente autorizados. (*Ley de Minería*, 1985, Art. 23).

d. Del Modo de Explotar el Mineral:

Existían tres maneras de explotar el mineral, a través del contrato de concesión minera, del permiso de explotación, del contrato de concesión minero o del contrato de prestación de servicios. El primero, era celebrado por el Estado, a

través del INEMIN, con personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras, para realizar las fases de explotación, beneficio de minerales, fundición y refinación, todas en conjunto o por separado. (*Ley de Minería*, 1985, Art. 31). El segundo (permiso de explotación), era concedido por los municipios para la explotación de materiales de construcción por un plazo de hasta cinco años, renovables, previo informe favorable del INEMIN (*Ley de Minería*, 1985, Art. 25) y también, era concedido a través del INEMIN, con personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras para realizar las fases de explotación, beneficio de minerales, fundición y refinación, todas en conjunto o por separado, consecuentemente no existían fases subsiguientes con permisos. Finalmente, los últimos (contratos de prestación de servicios) eran aquellos contratos en los cuales las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, se comprometían a efectuar por cuenta o encargo del INEMIN, obras o servicios de cualquiera de las fases de la actividad mineras, aportando tecnología, capitales, equipos o maquinarias necesarias para el desarrollo de los trabajos contratados, invirtiendo los capitales y utilizando los equipos y tecnología necesarios para el cumplimiento de los servicios contratados incluyendo, consecuentemente, la explotación. (*Ley de Minería*, 1985, Art. 32).

La Ley contemplaba también las formas contractuales para obras o servicios específicos, aquellos en que las personas naturales o jurídicas, legalmente establecidas en el país, se comprometían a efectuar para INEMIN, obras, trabajos o servicios específicos a cambio de una remuneración de dinero cuya cuantía y forma de pago se convenían entre las partes conforme a las mismas disposiciones de la ley.

e. Tributario:

A más de los tributos aplicables a toda actividad comercial, la Ley No. 06, incluía únicamente a las regalías como tributo adicional. En los contratos de concesión, el contratista debía pagar en dinero y anualmente, al final de cada año fiscal, como regalías, los siguientes porcentajes sobre el precio de venta de los productos: a) Por metálicos y placeres, lavadores y piedras preciosas, el

1%, durante los cuatro primeros años del período de exploración y el 3% a partir del quinto año; b) Por no metálicos y rocas ornamentales, el 1% anual durante la totalidad del período de explotación; y, c) Las personas que explotaban materiales de construcción, pagaban el 1% durante el período de duración del permiso. (*Ley de Minería*, 1985, Art. 45)

El mencionado cuerpo normativo estableció cuatro incentivos tributarios. El primero, la actividad minera pagaba el impuesto a la renta sobre el 50% de la base imponible por el plazo de 5 años desde la fecha de inicio de producción. A partir del sexto, la actividad minera tributaba conforme a las normas legales vigentes en aquella época. (*Ley de Minería*, 1985, Arts. 47 y 48) El segundo, estableció como restricción que los siguientes actos, permisos, y contratos mineros no pagaban ningún tributo fiscal seccional, especial o adicional: a) Los de prospección, exploración, explotación, beneficio, fundición, refinación y comercialización interna y externa de minerales; b) La constitución y aumento de capital de compañías; c) Los de mutuo, destinados a financiar inversiones mineras, de garantía de esos préstamos, de constitución y cancelación de gravámenes reales o de otro tipo de seguridades sobre dichos préstamos; d) Los seguros de bienes, instalaciones y equipos destinados a la actividad minera; e) Los de cesión de contratos o derechos mineros; y, f) Las reinversiones de capital que se efectúen en el sector minero. (*Ley de Minería*, 1985, Art. 49) El tercer incentivo tributario, consistía en una exoneración aduanera para la importación de equipos, maquinarias, repuestos, insumos y otros materiales necesarios para la actividad minera, durante el tiempo de vigencia de los permisos y contratos mineros. (*Ley de Minería*, 1985, Art. 49) El último incentivo tributario, permitía que las personas naturales o jurídicas que invertían en empresas mineras mediante aporte para la integración o aumento de capital, pudiesen deducir del impuesto a la renta, el 50% del monto de la inversión en la empresa minera respectiva. (*Ley de Minería*, 1985, Art. 55)

f. Ambiental:

La Ley No. 6 no recogía ninguna regularización ambiental. Esto era aceptable para la época en la que fue emitida la norma.

g. Regímenes Especiales:

En dicha norma no existían regímenes especiales.

h. Causales de Terminación:

El INEMIN podía declarar la terminación de un permiso o demandar la terminación de un contrato por las siguientes causas: a) No iniciar los trabajos dentro de los 90 días posteriores a la inscripción del contrato o permiso; b) Suspender injustificadamente los trabajos en el área correspondiente por más de 120 días; c) Reincidir total o parcialmente en el incumplimiento injustificado del programa de trabajo de inversiones, y no remediar el incumplimiento dentro de los 120 días posteriores a su notificación; d) Presentar informes falsos; e) No rendir la garantía a que se encuentra obligado, en la forma y dentro de los plazos estipulados en el contrato o permiso; f) No pagar impuestos y regalías; g) Por ceder o transferir a terceros, sin la autorización del INEMIN, alguno de los derechos derivados del contrato o permiso; h) Por quiebra o disolución; e, i) Por renuncia o abandono justificados por el beneficiario o contratista ante el Directorio del INEMIN. (*Ley de Minería*, 1985, Art. 38)

La declaratoria de terminación de un contrato o de un permiso, originaba la devolución al Estado del área otorgada. (*Ley de Minería*, 1985, Art. 43)

1.3.2. Ley No. 126.-

La Ley No. 126 fue publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 695 de 31 de mayo de 1991 y modificada por la Ley para la Promoción de la Inversión y de la Participación Ciudadana (conocida también como Ley Trole II o Ley

2.000.1.) publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 144 de 18 de agosto de 2000. A diferencia de la Ley No. 6, ésta surgió como Ley Ordinaria y no como Decreto. Este cuerpo normativo, siendo más completo, técnico y con tintes neoliberales, buscó fomentar el desarrollo de una minería responsable.

Estaba compuesta por quince títulos y doscientos dieciocho artículos que a continuación serán analizados:

a. Órganos Rectores:

Correspondía a la Función Ejecutiva la formulación de la política minera nacional. Para la planificación, desarrollo, administración, aplicación y ejecución de dicha política, el Estado obraba por intermedio del Ministerio de Energía y Minas. La Dirección Nacional de Minería era la dependencia del Ministerio de Energías y Minas encargada de administrar los procesos de otorgamiento, conservación y extinción de derechos mineros. (*Ley de Minería*, 1991, Arts. 19, 20 y 21)

b. Sujetos Mineros:

La actividad minera se desarrollaba por medio de la gestión estatal, mixta, comunitaria o de autogestión y privada. El Estado ejecutaba sus actividades mineras por intermedio de la Corporación de Desarrollo e Investigación Geológico Minero – Metalúrgica, la que podía constituir compañías de economía mixta. (*Ley de Minería*, 1991, Art.16)

c. De las Fases de la Actividad Minera:

Al igual que la Ley No. 6, constituían fases de la actividad minera la prospección, exploración, explotación, beneficio, fundición, refinación y comercialización. (*Ley de Minería*, 1991, Art. 18)

- La prospección consistía en la búsqueda de indicios de nuevas áreas mineralizadas. Toda persona natural o jurídica, nacional o extranjera tenía la facultad de prospectar libremente, excepto aquellas áreas declaradas como de reserva minera. (*Ley de Minería*, 1991, Arts. 18 y 26)
- La exploración consistía en determinar el tamaño y forma del yacimiento; el contenido y calidad del mineral en él existente; y, la evaluación económica del yacimiento. (*Ley de Minería*, 1991, Art. 18)
- La explotación comprendía en el conjunto de operaciones, trabajos y labores mineras destinadas a la preparación, desarrollo, extracción y transporte de los minerales. (*Ley de Minería*, 1991, Art. 18)
- El beneficio consistía en el tratamiento del mineral explotado a fin de elevar el contenido útil del mismo. (*Ley de Minería*, 1991, Art. 18)
- La fundición comprendía los procedimientos técnicos destinados a separar los metales de los minerales. (*Ley de Minería*, 1991, Art. 18)
- La refinación consistía en los procedimientos técnicos destinados a convertir los productos metálicos en metales de alta pureza. (*Ley de Minería*, 1991, Art. 18)
- La comercialización comprendía la compraventa de minerales o la celebración de otros contratos que tengan por objeto la negociación de cualquier producto resultante de la actividad minera. (*Ley de Minería*, 1991, Art. 18). Las personas que no eran titulares de concesiones de explotación y se dedicaban a las actividades de comercialización o exportación de sustancias minerales metálicas, debían obtener la licencia correspondiente. (*Ley de Minería*, 1991, Art. 51)

d. Del Modo de Explotar el Mineral:

Existían dos maneras de explotar el mineral. La primera, que aplicaba para los minerales en general, a través de la concesión minera. (*Ley de Minería*, 1991, Art. 147 y 184). Este derecho minero confería a su titular, entre otras cosas, el derecho real y exclusivo para explotar, beneficiar, fundir, refinar y comercializar los minerales existentes en el área. (*Ley de Minería*, 1991, Art.

innumerado número 1 a continuación del 26). La segunda manera, que aplicaba exclusivamente para el aprovechamiento de sustancias minerales en las aguas marinas y en el fondo marino, se ejecutaba a través de un contrato especial de operaciones celebrado entre la Corporación de Desarrollo e Investigación Geológico – Minero y empresas nacionales o extranjeras. (*Ley de Minería*, 1991, Art. 150)

e. Tributario:

La Ley No. 126, estableció únicamente dos tributos que debían ser cumplidos por los concesionarios mineros: la patente de conservación y la patente de producción. En el primero, el concesionario minero debía pagar por cada hectárea minera una patente anual de conservación, en dólares de los Estados Unidos de América, por adelantado y por cada año calendario. (*Ley de Minería*, 199, Art. innumerado número 5 a continuación del 26). Mientras que el segundo, se aplicaba desde el inicio de la producción y en él el concesionario pagaba una patente anual estable de USD 16,00 por cada hectárea minera. (*Ley de Minería*, 1991, Art. innumerado número 7 a continuación del 26)

El mencionado cuerpo legal estableció, entre otros, los siguientes incentivos tributarios: a) Generó un conjunto de reglas para determinar la base imponible del impuesto a la renta (*Ley de Minería*, 1991, Art. 154); b) Los egresos realizados durante el período de preproducción podían registrarse como activos para su amortización en cuatro años (*Ley de Minería*, 1991, Art. 155); c) Para las importaciones de maquinaria, laboratorios, equipos, vehículos de trabajo, repuestos y suministros necesarios para las actividades mineras en todas sus fases, se aplicaba la tarifa arancelaria más baja (*Ley de Minería*, 1991, Art. 164); y, d) La importación de los implementos singularizados anteriormente estaba exenta del impuesto al valor agregado. (*Ley de Minería*, 1991, Art. 165)

f. Ambiental:

Por primera vez, la normativa minera exigió a los titulares de concesiones mineras y de plantas de beneficio, fundición y refinación, la elaboración de estudios de impacto ambiental y planes de manejo ambiental para prevenir, mitigar, controlar, rehabilitar y compensar los impactos ambientales y sociales derivados de sus actividades. Los estudios debían ser aprobados por la Subsecretaría de Medio Ambiente del Ministerio de Energía y Minas. (*Ley de Minería*, 1991, Art. 79)

En cuanto a la preservación del medio ambiente, los titulares de derechos mineros que: a) utilizaban aguas para sus trabajos, debían devolverlas al cauce original del río, lago o laguna, libres de contaminación. (*Ley de Minería*, 1991, Art. 82); b) requerían de trabajos a tajo abierto u otros que obligaban a la tal de árboles, estaban obligados a reforestar con las especies propias de la zona. (*Ley de Minería*, 1991, Art. 83); c) acumulaban residuos mineros – metalúrgicos, debían tomar estrictas precauciones contra la contaminación del suelo, construyendo los depósitos o represas necesarias. (*Ley de Minería*, 1991, Art. 84); d) manejaban desechos y residuos sólidos, líquidos y emisiones gaseosas que la actividad minera producía, debían cumplir una serie de requisitos para el manejo adecuado de éstos. (*Ley de Minería*, 1991, Art. 85)

g. Regímenes Especiales:

Surgen como regímenes especiales: la minería en pequeña escala, aquella que considerando área de las concesiones, volumen de procesamiento y producción, monto de inversiones, capital y condiciones tecnológicas, se calificaba como tal de acuerdo al reglamento general (*Ley de Minería*, 1991, Art. 142); las concesiones para materiales de construcción, que aplicaban para el aprovechamiento de arcillas superficiales, arenas, rocas y demás materiales de empleo directo en la industria de la construcción (*Ley de Minería*, 1991, Art. 147); el contrato especial de operación, para el aprovechamiento de sustancias minerales de cualquier clase existentes en las aguas marinas y en el fondo marino que anteriormente fue explicado. (*Ley de Minería*, 1991, Art. 150); y,

los depósitos salinos que se formaban en piletas de evaporación en las riberas del mar, lagos, lagunas y fuentes de agua salada, que podían ser aprovechados libremente por la pequeña minería. (*Ley de Minería*, 1991, Art. 149)

h. Caducidad de los Derechos Mineros:

Las concesiones de explotación caducaban de inmediato e irrevocablemente cuando sus titulares dejaban de pagar patentes, y demás tributos por un plazo de seis meses contados a partir de la fecha en que la obligación se hacía exigible. (*Ley de Minería*, 1991, Art. 104). La caducidad extinguía los derechos mineros y convertía a la concesión minera en terreno libre o franco. (*Ley de Minería*, 1991, Art. 103)

1.3.3. Mandato Constituyente No. 6.-

En el año 2007, cuando el economista Rafael Correa Delgado asumió la Presidencia, las críticas a la Ley de Minería incrementaron. El Gobierno, a nuestra manera de ver, de forma equivocada consideró que esta Ley beneficiaba únicamente a las empresas privadas, sin compensación significativa para el Estado ecuatoriano.

La Asamblea Constituyente de Montecristi, dando un uso erróneo de los mandatos constituyentes (al utilizarlos para reformar leyes y no para facilitar el ejercicio de sus plenos poderes como mandaba su propio Reglamento de Funcionamiento) el 18 de abril de 2008, emitió el No. 6, conocido también como el Mandato Minero.

Las disposiciones más sobresalientes del Mandato Minero pueden resumirse de la siguiente forma:

- a. Se dispuso que el Ministerio de Minas y Petróleos declare la extinción, sin compensación económica alguna, de concesiones

mineras que: a) no hubiesen realizado inversiones al 31 de diciembre de 2007; b) mantuviesen obligaciones pendientes con el Estado en relación al pago de patentes, regalías y tributos; c) hubiesen sido otorgadas al interior de áreas naturales protegidas, bosques protectores, zonas de amortiguamiento y aquellas que afecten nacimientos y fuentes de agua; d) hubiesen superado en un número mayor de tres concesiones y que hubiesen sido otorgadas a una misma persona o a sus parientes cercanos; y, e) hubiesen sido otorgadas a favor de funcionarios y ex funcionarios al Ministerio de Minas y Petróleos o de sus parientes cercanos. (*Zumárraga, 2013, p. 19*)

b. Se suspendió toda actividad minera metálica de mediana y gran escala hasta la aprobación de un marco legal que regule y defina las nuevas condiciones de la industria minera, que debía expedirse en un plazo máximo de 180 días.

c. Ni las normas del Mandato Minero, ni los actos requeridos para su ejecución, podían ser susceptibles de quejas, impugnaciones, acciones de amparo constitucional, reclamos administrativos o judiciales. (*Zumárraga, 2013, p. 19*)

En definitiva, el Mandato Minero, –atentando en contra de garantías constitucionales- ordenó e incorporó causales de extinción de concesiones que no estaban vigentes en ese momento, dispuso la moratoria de las actividades mineras de exploración, blindó de cualquier reclamo o queja por efectos de su ejecución y prescribió que no había derecho a compensación alguna. (*Zumárraga, 2013, p. 19*).

Los Mandatos Constituyentes, al tener una categoría superior a la de la Constitución de 1998, no podían ser impugnados ante jueces y cortes locales. A más, el Tribunal Constitucional de aquella época no podía suspender total o parcialmente los efectos de dichos Mandatos, puesto que para juzgar la constitucionalidad de aquellos actos normativos, esto debía estar

expresamente consignado entre sus competencias legales (principio de legalidad).

1.3.4. Ley de Minería 2009.-

La actual Ley de Minería, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 517 de 29 de enero de 2009, introdujo importantes cambios a la industria minera en el Ecuador. Es una ley bastante más avanzada y técnica. Incluye importantes principios ambientales y sociales.

Está compuesta por doce títulos y ciento cincuenta y ocho capítulos que a continuación serán analizados:

a. Órganos Rectores:

Es atribución y deber del Presidente de la República, la definición y dirección de la política minera del Estado. Para el desarrollo de dicha política, su ejecución y aplicación, el Estado obrará por intermedio del Ministerio Sectorial y las entidades y organismos que determine la Ley. (*Ley de Minería*, 2009, Art. 4)

El sector minero está estructurado de la siguiente manera:

- **El Ministerio Sectorial:** definido por la Presidencia de la República, es el órgano rector y planificador del sector minero. (*Ley de Minería*, 2009, Arts. 5 y 6) Corresponde al Ministerio Sectorial: “a) El ejercicio de la rectoría de las políticas públicas del área geológico - minera, la expedición de los acuerdos y resoluciones administrativas que requiera su gestión; b) Ejercer la representación del Estado en materia de política minera; c) Evaluar las políticas, planes y proyectos para el desarrollo, administración, regulación y gestión del sector minero; d) Ejecutar, de manera desconcentrada, la política pública definida para el desarrollo del sector; e) Promover en coordinación con instituciones públicas y/o privadas, universidades y escuelas politécnicas, la investigación

científica y tecnológica en el sector minero; f) Definir, en coordinación con la entidad rectora de la planificación nacional, el Plan Nacional de Desarrollo del sector minero; g) Supervisar el cumplimiento de los objetivos, las políticas y las metas definidas para el sector que ejecutan las personas naturales y jurídicas públicas y/o privadas; h) Establecer los parámetros e indicadores para el seguimiento, supervisión y evaluación de la gestión de las empresas públicas e informar al Ejecutivo sobre los resultados de tal ejecución y medición; i) Crear los Consejos Consultivos que permitan la participación ciudadana para la toma de decisiones en las políticas mineras; y, j) Otorgar, administrar y extinguir los derechos mineros.” (*Ley de Minería*, 2009, Art. 7)

- **La Agencia de Regulación y Control Minero:** Es el organismo técnico-administrativo encargado del ejercicio de la potestad estatal de vigilancia, auditoría, intervención y control de las fases de actividad minera. (*Ley de Minería*, 2009, Arts. 5 y 8). Son atribuciones de la Agencia y Regulación, las siguientes: “a) Velar por la correcta aplicación de la presente Ley, sus reglamentos y demás normativa aplicable en materia minera; b) Dictar las regulaciones y planes técnicos para el correcto funcionamiento y desarrollo del sector, de conformidad con la presente ley; c) Emitir informes de los procesos de otorgamiento, conservación y extinción de concesiones mineras, de autorización para la instalación y operación de plantas de beneficio, tratamiento fundición y refinación; y de la suscripción de contratos de explotación, por parte del Ministerio Sectorial; d) Llevar un registro y catastro de las concesiones mineras y publicarlo mediante medios informáticos y electrónicos; e) Conocer y resolver sobre las apelaciones y otros recursos que se interpongan respecto de las resoluciones de las unidades desconcentradas que llegaren a su conocimiento; f) Conocer, tramitar y resolver, en los procesos de amparo administrativo; g) Inspeccionar las actividades mineras que ejecuten los titulares de los derechos y títulos mineros; h) Vigilar que en las actividades mineras que ejecutan los titulares de los derechos mineros, no se encuentren trabajando, o

prestando servicios a cualquier título, niños, niñas y adolescentes y velar por el cumplimiento del artículo 43 de la Constitución de la República; i) Sancionar con lo establecido en la presente ley y su reglamento a los titulares de la actividad minera, si de la observación a que se refiere el literal h) que antecede, se estableciere que existen niños, niñas y adolescentes trabajando e informar a las autoridades competentes en materia de niñez y adolescencia, y laboral, sobre la inobservancia a la normatividad vigente; j) Designar un interventor en los casos que la ley lo determine; k) Fijar los derechos de concesión en el sector minero de conformidad con lo dispuesto en esta ley y sus reglamentos, así como recaudar los montos correspondientes por multas y sanciones; l) Ejercer el control técnico y aplicar las sanciones del caso para asegurar la correcta aplicación de las políticas y regulaciones del sector; m) Abrir, sustanciar y decidir los procedimientos destinados a la imposición de las sanciones establecidas en esta ley; n) Vigilar, evaluar y divulgar el comportamiento del mercado y las estadísticas del sector minero; y, o) Otorgar las licencias de comercialización de sustancias minerales determinadas en la presente ley.” (*Ley de Minería*, 2009, Arts. 9)

- **El Instituto Nacional de Investigación Geológico Metalúrgico:** Es la institución pública encargada de realizar actividades de investigación, desarrollo tecnológico e innovación en materia Geológica, Minera y Metalúrgica. (*Ley de Minería*, 2009, Arts. 5 y 10)
- **Empresa Nacional Minera:** Es una empresa pública con autonomía presupuestaria, financiera, económica y administrativa, destinada a la gestión de la actividad minera para el aprovechamiento de los recursos minerales. (*Ley de Minería*, 2009, Arts. 5 y 12)
- **Las Municipalidades:** En las competencias que le correspondan. (*Ley de Minería*, 2009, Arts. 5)

b. Sujetos Mineros:

De conformidad con el artículo 315, la actividad minera se llevará a cabo por las empresas públicas. El Estado podrá delegar su participación a empresas

mixtas, en las cuales el Estado concentrará por lo menos el 51% del capital social. (*Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 316*) De manera excepcional, el Estado, podrá delegar a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, el desarrollo de estas actividades.

Consecuentemente, la Empresa Nacional Minera es la empresa pública encargada del aprovechamiento de los minerales. Para el cumplimiento de su objeto social, podrá asociarse, constituir compañías de economía mixta, celebrar asociaciones, uniones transitorias, alianzas estratégicas y en general, todo acto o contrato permitido por las leyes ecuatorianas, con personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, públicas o privadas. (*Ley de Minería, 2009, Art. 12*)

c. De las Fases de la Actividad Minera:

Las fases de la actividad minera, son: prospección, exploración inicial que se subdivide en inicial y avanzada, explotación, beneficio, fundición, refinación, comercialización y cierre de minas. (*Ley de Minería, 2009, Art. 27*)

- **Prospección:** Consiste en la búsqueda de indicios de áreas mineralizadas. (*Ley de Minería, 2009, Art. 27*). Toda persona natural o jurídica, nacional o extranjera, pública, mixta o privada, comunitaria, asociativa, familiar y de autogestión, tienen la facultad de prospectar libremente. (*Ley de Minería, 2009, Art. 28*)
- **Exploración:** Consiste en la determinación del tamaño y forma del yacimiento, así como del contenido y calidad del mineral en él existente. (*Ley de Minería, 2009, Art. 27*). En esta etapa, se distinguirán el período de exploración inicial, el período de exploración avanzada y el período de evaluación económica del yacimiento. (*Ley de Minería, 2009, Art. 36*)
- **Explotación:** Comprende el conjunto de operaciones, trabajos y labores mineras destinadas a la preparación y desarrollo del yacimiento y a la extracción y transporte de los minerales. (*Ley de Minería, 2009, Art. 27*)

- **Beneficio:** Conjunto de procesos físicos, químicos y/o metalúrgicos a los que se someten los minerales producto de la explotación con el objeto de elevar el contenido útil o ley de los mismos. (*Ley de Minería*, 2009, Art. 27).
- **Fundición:** Es el proceso de fusión de minerales con el objeto de separar el metal que se desea obtener de otros minerales. (*Ley de Minería*, 2009, Art. 27).
- **Refinación:** Consiste en elevar la pureza del metal. (*Ley de Minería*, 2009, Art. 27).
- **Comercialización:** Es la compraventa de minerales o la celebración de cualquier otro contrato que tenga por objeto la negociación de cualquier producto resultante de la actividad minera; y, (*Ley de Minería*, 2009, Art. 27) Las personas naturales o jurídicas que sin ser titulares de concesiones mineras se dediquen a las actividades de comercialización, deberán obtener la correspondiente licencia en el Ministerio Sectorial. (*Ley de Minería*, 2009, Art. 50)
- **Cierre de Minas:** Consiste en el término de las actividades mineras y el desmantelamiento de las instalaciones utilizadas en cualquiera de las fases referidas, incluyendo la reparación ambiental. (*Ley de Minería*, 2009, Art. 27)

d. Del Modo de Explotar el Mineral:

Durante la vigencia del período de evaluación económica del yacimiento, el concesionario minero tendrá el derecho de solicitar al Ministerio Sectorial que se dé paso a la etapa de explotación y la suscripción del Contrato de Explotación o del Contrato de Prestación de Servicios. (*Ley de Minería*, 2009, Art. 39)

Será discreción del concesionario de suscribir uno u otro contrato. En la negociación del primer contrato de explotación que concluyó la Compañía

Ecuacorriente en marzo de 2012 bajo la normativa actual, se utilizó la figura del contrato de explotación.

e. Tributos:

En cuanto a los tributos, se debe tener presente que el artículo 408 dispone que el Estado participará en los beneficios del aprovechamiento de los recursos naturales en un monto no menor a los del concesionario que los explote.

La patente de conservación minera, varía de acuerdo a la fase en la que se encuentra la concesión. Así, para el período de exploración inicial, el concesionario pagará el 2.5% del salario básico unificado por cada hectárea minera; para el período de exploración avanzada y para el período de evaluación económica del yacimiento, el concesionario pagará el 5% del salario básico unificado por cada hectárea minera; y, para el período de explotación, el concesionario pagará el 10% del salario básico unificado por cada hectárea minera. Para la pequeña minería, se establece una patente anual de conservación para las actividades simultáneas de exploración – explotación equivalente al 2% de la remuneración mensual básica unificada. (*Ley de Minería*, 2009, Art. 34)

Además de este tributo, para la minería a gran escala de minerales metálicos, se debe pagar una regalía equivalente a un porcentaje sobre la venta del mineral principal y los minerales secundarios no menor al 5% sobre las ventas y, para el caso de oro, cobre y plata, no mayor al 8%, adicional al pago correspondiente del 25% del impuesto a la renta, del 12% de las utilidades, el porcentaje por los ingresos extraordinarios y del 12% del impuesto al valor agregado. (*Ley de Minería*, 2009, Art. 93)

Respecto a los incentivos tributarios, la presente Ley no recoge ninguno. Este cuerpo normativo es caracterizado por la alta carga impositiva a la actividad minera y en el capítulo subsiguiente será analizado con mayor profundidad.

f. Ambiental:

Los titulares de concesiones mineras y plantas de beneficio, fundición y refinación, deberán efectuar y presentar estudios de impacto ambiental en la fase de exploración inicial, estudios de impacto ambiental definitivos y planes de manejo ambiental en la fase de exploración avanzada y las subsiguientes. Estos estudios deberán ser aprobados por el Ministerio de Ambiente, con el otorgamiento de la respectiva licencia ambiental. (*Ley de Minería*, 2009, Art. 78)

Los titulares de derechos mineros que: a) previa autorización de la autoridad única del agua, utilicen aguas para sus trabajos y procesos, deben devolverlas al cauce original del río o la cuenca del lago o laguna de donde fueron tomadas libres de contaminación (*Ley de Minería*, 2009, Art. 79); b) retiren capa vegetal o talen árboles, deberán proceder con la revegetación y reforestación de dicha zona (*Ley de Minería*, 2009, Art. 80); y, c) acumulen residuos mineros – metalúrgicos, deben tomar estrictas precauciones que eviten la contaminación del suelo, agua, aire y biota de los lugares donde se depositen (*Ley de Minería*, 2009, Art. 81).

g. Regímenes Especiales:

Como regímenes especiales surgen:

- La minería artesanal o de sustento, aquella que se efectúa mediante trabajo individual, familiar o asociativo y que se caracteriza por la utilización de herramientas, máquinas simples y portátiles destinadas a la obtención de minerales cuya comercialización en general sólo permite cubrir las necesidades básicas y que no hayan requerido una inversión superior a las ciento cincuenta remuneraciones básicas unificadas (*Ley de Minería*, 2009, Art. 134);

- La pequeña minería, aquella que en razón del área de las concesiones, volúmenes de procesamiento y de producción, monto de inversiones y condiciones tecnológicas, tengan: a) una capacidad de explotación y/o beneficio de hasta 300 toneladas métricas por día; b) una capacidad de producción hasta 800 metros cúbicos por día, con relación a la minería de no metálicos y materiales de construcción (*Ley de Minería, 2009, Art. 137*);
- La mediana minería, que más adelante será analizado de forma detenida puesto que este régimen surgió tras la reforma a la Ley de Minería del 2013;
- La explotación de materiales de construcción, aquella que se efectúa para el aprovechamiento de arcillas superficiales, arenas, rocas y demás materiales de empleo directo en la industria de la construcción (*Ley de Minería, 2009, Art, 142*);
- La actividad de minerales no metálicos, aquella que deberá cumplir las normas generales aplicables a la concesión minera (*Ley de Minería, 2009, Art. 145*); y, las actividades mineras en el fondo marino, aquellas que estarán a cargo del Instituto Nacional de Investigación Geológico, Minero, Metalúrgico y de la Empresa Nacional Minera, los que podrán celebrar contratos de prestación de servicios con personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras. (*Ley de Minería, 2009, Art. 146*).

h. Caducidad de los Derechos Mineros:

Las causales de extinción de las concesiones mineras, son las siguientes: a) La falta de pago de las patentes, regalías, y demás derechos establecidos en la ley; (*Ley de Minería, 2009, Art. 110*); b) La falta de presentación ante el Ministerio Sectorial del informe anual de actividades e inversiones en exploración (*Ley de Minería, 2009, Art. 111*); c) La falta de presentación dentro del período de seis meses, de los reportes auditados relacionados con la producción (*Ley de Minería, 2009, Art. 112*); d) La explotación no autorizada de los recursos o presentación de información falsa por parte del concesionario (*Ley de Minería, 2009, Art. 113*); e) La alteración fraudulenta, debidamente

probada, de los hitos demarcatorios (*Ley de Minería*, 2009, Art. 114); f) La declaración de daños ambientales por parte del Ministerio del Ambiente mediante resolución administrativa (*Ley de Minería*, 2009, Art. 115); g) Por daño serio, permanente o irreparable al patrimonio cultural, previo informe técnico del Instituto Nacional del Patrimonio (*Ley de Minería*, 2009, Art. 116); h) La violación de los Derechos Humanos, ya sea por parte del concesionario o sus representantes, así como de sus contratistas (*Ley de Minería*, 2009, Art. 117); j) La reincidencia en incumplir la prohibición de trabajo infantil dentro de concesiones (*Ley de Minería*, 2009, Art. 69) y, k) La acumulación de residuos y prohibición de descargas de desechos en ríos, quebradas, lagunas y en sitios susceptibles de contaminación (*Ley de Minería*, 2009, Art. 81).

El concesionario que ha perdido una concesión minera debido al incumplimiento de una o más obligaciones legales o contractuales, no podrá obtener nuevamente una concesión en aquellas áreas cubiertas, total o parcialmente, por la concesión que fue caducada o en otra área minera, durante tres (3) años contados a partir de la fecha de emisión del acto administrativo correspondiente de caducidad de dicha concesión. (*Ley de Minería*. 2009. Art. 118).

1.3.5. Reforma a la Ley de Minería 2009.-

La Ley de Minería de 2009 fue reformada por la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley de Minería, a la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador y a la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial 037 el 16 de julio de 2013. Como su nombre lo indica, esta ley no solo reformó la Ley de Minería, sino también, la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador y la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno.

Esta ley incluye importantes reformas, entre las cuales destacan las siguientes:

- La creación y promoción de la mediana minería: a) incluyendo los rangos de producción en base a los cuales las operaciones mineras de

un proyecto se encasillan en minería artesanal, pequeña minería, mediana minería y minería a gran escala; y, b) señalando los rangos de producción, las operaciones bajo el régimen de pequeña minería podrán optar por la modalidad de mediana minería quienes en la evolución de sus labores simultáneas de exploración y explotación hubieren llegado a la cuantificación de recursos y reservas mineras que permitan el incremento de la producción; (*Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador y a la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno*, 2013, Arts. 23, 25 y 27) y, c) Una ventaja de este régimen es que los titulares de concesiones estarán exceptuados de la celebración de los contratos de explotación. (*Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador y a la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno*, 2013, Art. 23)

- Acceso a nuevas concesiones: Se exceptúan de los procesos de subasta o de remate público, el otorgamiento de concesiones mineras respecto de áreas a las que dispusiere, mediante delegación a empresas estatales extranjeras, compañías de economía mixta o consorcios en las que el Estado tenga participación mayoritaria. (*Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador y a la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno*, 2013, Art. 4)
- La eliminación de actos administrativos previos para ejecutar las actividades mineras: anteriormente, se requería de diez actos administrativos previos, la reforma redujo a dos actos administrativos previos: a) la licencia ambiental del Ministerio de Ambiente; y, b) potenciales afectaciones del agua de la Autoridad Única del Agua. (*Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador y a la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno*, 2013, Art. 3)
- La incorporación de nuevas normas destinadas a erradicar la minería ilegal: a) se incrementan y agravan las sanciones a estas actividades; y, b) se extiende las sanciones de los infractores por minería ilegal a los concesionarios que consienten actividades mineras ilegales y, además, añade como sanción la caducidad de la concesión minera. (*Ley*

Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador y a la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno, 2013, Arts. 11 y 12)

- Mejor tratamiento a las caducidades de concesiones mineras: En busca de otorgar mayor seguridad a los derechos mineros, se crea un procedimiento en base al cual se debe respetar al concesionario la garantía constitucional del debido proceso. (*Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador y a la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno*, 2013, Art. 19)
- Límite a las regalías: El concesionario minero deberá pagar una regalía equivalente a un porcentaje sobre la venta del mineral principal o los minerales secundarios no menor al 5% y para el caso de oro, cobre o plata, no mayor al 8%. (*Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador y a la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno*, 2013, Art. 18)
- Modificación al impuesto a los ingresos extraordinarios: Se hará exigible únicamente luego de haber recuperado las inversiones realizadas antes de la producción. (*Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador y a la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno*, 2013, Art. 30)
- Transferencia de las Acciones o Participaciones: La transferencia directa o indirecta de las acciones o participaciones que represente más del 10% de las mismas con derechos a voto, deberán inscribirse en el Registro Minero, previo al pago de derecho de registro correspondiente al 1% del valor de la transacción. (*Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador y a la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno*, 2013, Art. 22)

A pesar de estas medidas, el marco legal vigente no ha logrado generar el ambiente de seguridad y promoción que busca el inversionista privado internacional, así como tampoco ha conseguido estimular la inversión ecuatoriana privada y pública, en una industria que por su naturaleza, es de alto riesgo.

CAPÍTULO II

2. ANÁLISIS DE LOS ASPECTOS PARA MODIFICAR LA INDUSTRIA MINERA A GRAN ESCALA.

Hemos realizado una larga introducción del tema regulatorio minero en el Ecuador para tener claro el contexto legal bajo el cual se mueve la industria minera en el país.

Ahora bien, previo a entrar en el análisis de las modificaciones mínimas e indispensables que se deben implementar en la Ley de Minería para impulsar y promover la industria minera a gran escala en el Ecuador, consideramos oportuno explicar brevemente en qué consiste la minería a gran escala.

El actual marco regulatorio minero distingue a la minería a gran escala o también conocida como la “gran minería” por los volúmenes de producción bajo los cuales un proyecto estaría calificado bajo tal la modalidad:

Se considera minería a gran escala, aquella que supere los volúmenes máximos establecidos para la modalidad de mediana minería.

Los volúmenes de producción en la modalidad de mediana minería, estarán sujeto a los siguientes rangos:

- a) Para minerales metálicos: De 301 hasta 1000 toneladas por día en minería subterránea; de 1001 hasta 2000 toneladas por día en minería a cielo abierto; y, desde 1501 hasta 3000 metros cúbicos por día en minería aluvial;
- b) Para minerales no metálicos: Desde 1001 hasta 3000 toneladas por día; y,
- c) Para materiales de construcción: Desde 801 hasta 2000 metros cúbicos para minería en terrazas aluviales; y, desde 501 hasta 1000 toneladas métricas en minería a cielo abierto en roca dura (cantera).

(Ley Reformativa para la Equidad Tributaria en el Ecuador y Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno, 2013, Art. 23).

La minería a gran escala se caracteriza por su alta inversión; por su responsabilidad social y ambiental y, por la notable experiencia empresarial en la industria minera que debe tener el concesionario, puesto que para ejecutar la fase de explotación y las fases subsiguientes de la actividad minera se necesita de la utilización de maquinaria especializada y técnicas específicas.

Actualmente, cinco son los proyectos mineros a gran escala definidos por la Secretaría Nacional de la Planificación como estratégicos o emblemáticos: Fruta del Norte, Mirador, San Carlos - Panantza, Río Blanco y Quimsacocha (hoy denominado Loma Larga); todos ubicados en el centro sur y sur oriente del Ecuador.

En relación a los proyectos antes mencionados, han surgido los siguientes eventos: a) Respecto del proyecto Mirador, el 05 de marzo de 2012, ante la Notaria Cuadragésima del cantón Quito, doctora Paola Andrade Torres, el Ministerio de Recursos Naturales No Renovables y la compañía Ecuacorriente S.A. suscribieron el primer y único Contrato de Explotación Minera que se ha firmado bajo el régimen de minería a gran escala. Sin embargo, hasta mediados de marzo del 2015, el desarrollo del proyecto se encontraba detenido; b) En el 2013, la compañía canadiense Kinross, titular del proyecto Fruta del Norte, luego de una serie de reuniones de negociación, no llegó a un acuerdo con el Estado para suscribir el Contrato de Explotación Minera y, a mediados del año 2013 abandonó el proceso de negociación; A finales del 2014, Lundin Mining Group compró a Kinross, con la autorización del Estado, las operaciones en el Ecuador, anunciando la continuación del proyecto Fruta del Norte; c) Los Proyectos Loma Larga (antes Quimsacocha) de la compañía INV Metals y Río Blanco de la empresa San Luis Minerales, se encuentran en la etapa final de la evaluación de los respectivos yacimientos a fin de establecer técnicamente si los proyectos serán de gran escala o de mediana minería; y, d)

El Proyecto San Carlos – Pananza, aún se halla terminando la etapa de exploración avanzada.

La actual Ley de Minería, a pesar de las dos reformas introducidas, se ha convertido en un verdadero obstáculo para el desarrollo de la industria minera en el Ecuador, en especial para quienes desean desarrollar minería a gran escala. La errada concepción de la naturaleza jurídica del derecho minero, las limitantes y engorrosas fases y etapas mineras, la alta carga tributaria en la industria y el modo de acceder a las nuevas concesiones son las principales falencias que contiene nuestra normativa, las mismas que a continuación serán analizadas.

2.1. De la Naturaleza Jurídica del Derecho Minero.-

Desde sus inicios, la naturaleza real del derecho minero ha sido un común denominador en las legislaciones de países que han desarrollado la industria minera. Esta característica además de ser tradicional, provino del derecho romano.

De acuerdo a nuestra antigua Ley Minera promulgada en el año 1991, –La No. 126- la concesión minera era un derecho real e inmueble. Similar a un título inmobiliario, transferible y transmisible, sujeto de ser hipotecado y, en general, de cualquier acto o contrato permitido por el ordenamiento jurídico civil.

“Art. 7.- La concesión minera es un derecho real e inmueble, distinto e independiente al de la propiedad de la tierra en que se encuentra aunque ambas pertenezcan a una misma persona. El derecho real que emana de la concesión minera es oponible a terceros, transferible y transmisible; susceptible de hipoteca y, en general, de todo acto o contrato, excepto el de constitución de patrimonio familiar.” (*Ley de Minería*, 1991, Arts. 19, 20 y 21).

Sin embargo, a partir de la Ley de Minería del año 2009, los derechos que emanan de la concesión minera se convirtieron en un derecho personal, equivalente a una autorización administrativa para el desarrollo de actividades mineras en un área específica conforme lo expresaba el Doctor César Zumárraga en su obra “Arbitraje Sobre Potestades Públicas en el Derecho Minero Ecuatoriano”. (Zumárraga, 2013, p. 21).

Así, la Ley de Minería publicada en el Suplemente del Registro Oficial 517 del 29 de enero del 2009 estableció que:

“Art. 30.- (...) La concesión minera es un acto administrativo que otorga un título minero, sobre el cual el titular tiene un derecho personal, que es transferible previa la calificación obligatoria de la idoneidad del cesionario de los derechos mineros por parte del Ministerio Sectorial, y sobre éste se podrán establecer prendas, cesiones en garantía y otras garantías previstas en las leyes, de acuerdo con las prescripciones y requisitos contemplados en la presente ley y su reglamento general.” (*Ley de Minería*, 2009, Art. 30)

Si nos detenemos un momento y comparamos el artículo 7 de la Ley 126 con el artículo 30 de la Ley del 2009, claramente podemos identificar que ambos tienen la misma estructura. Empiezan indicando acerca del tipo de derecho que otorga; luego, del traspaso de los derechos de propiedad; y, finalmente, de los actos y contratos que se podrán celebrar respecto de la concesión. Sin embargo el cambio indicado no es solo semántico, sino que genera importantes efectos jurídicos.

a. De los Derechos Reales.-

El Código Civil ecuatoriano en su artículo 595, dispone que:

“Derecho real es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona.

Son derechos reales el de dominio, el de herencia, los de usufructo,

uso o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda y el de hipoteca. De estos derechos nacen las acciones reales.” (Código Civil, 2005, Art. 595).

De esta definición, se puede identificar que la enumeración es taxativa y, consecuentemente, los derechos reales sólo pueden ser creados por la ley.

Derecho real –dice Larrea Holguín- *“es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona.”* (Larrea, 2005, p. 176). Por su parte, el maestro Puig Peña, aporta con una definición subjetiva y nos indica que *“es el que concede a su titular un poder inmediato y directo sobre una cosa, que puede ser ejercitado y hecho valer frente a todos.”* (Eguiguren, 1978, p. 100).

La Doctrina tradicional, menciona que los derechos reales son aquellos que se ejercen directamente sobre las cosas; en otras palabras, aquellos que se crean en una relación directa e inmediata entre el titular del derecho y la cosa objeto de él, sin que exista ningún intermediario cuyo concurso necesite para ejercerlo. (Salvat, 1954, p. 1322).

De las definiciones antes dichas, se distingue dos elementos: a) una persona, natural o jurídica, sujeto activo del derecho. Por ejemplo: el titular en el derecho de propiedad, el acreedor prendario en el derecho de prenda y el usufructuario en el derecho de usufructo; y, b) La cosa, u objeto del derecho, que puede ser corporal o incorporal. Por ejemplo: la propiedad, que es definida con relación a una cosa corporal con la cual llega a identificarse, existe también con referencia a un derecho: así una persona es dueña de una acción, lo mismo que es dueña de una casa. (Claro, 1992, p. 21).

b. De los Derechos Personales.-

El Código Civil ecuatoriano, en su artículo 596, dispone que:

“Derechos personales o créditos son los que sólo pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo o la sola

disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas; como el que tiene el prestamista contra su deudor, por el dinero prestado, o el hijo contra el padre por alimentos. De estos derechos nacen las acciones personales.” (Código Civil, 2005, Art. 596).

Los derechos personales –nos dice Larrea Holguín- *“son los que sólo pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas: como el que tiene el prestamista contra su deudor, por el dinero prestado.”* (Larrea, 2005, p. 177).

El chileno Luis Claro Solar, menciona que por derecho personal se entiende como, *“el poder que tiene una persona de exigir de otra persona determinada una prestación dada.”* (Claro, 1992, p. 19).

En el derecho personal, existen tres elementos: a) una persona, sujeto activo o titular del derecho, llamado acreedor que puede exigir la prestación; b) otra persona, sujeto pasivo del derecho, el deudor, obligado a procurar al acreedor un beneficio determinado; y, c) el objeto del derecho, que consiste en un hecho positivo, como la prestación de una cosa, o una abstención. (Claro, 1992, p. 19).

c. De las Acciones Reales y de las Acciones Personales.-

La doctrina ha desarrollado las siguientes características distintivas entre las acciones reales y las acciones personales: a) Las acciones reales se ejercen contra cualquier persona que se encuentre en posesión de la cosa objeto del derecho; las personales sólo pueden ejercerse contra el deudor o deudores; b) Las acciones reales tienden a obtener el reconocimiento del derecho y, en consecuencia, su mantenimiento; las personales, tienden a obtener la ejecución o cumplimiento de la obligación y, por lo tanto, una vez ejecutada, el derecho del acreedor queda extinguido; c) Las acciones reales, generan un derecho de preferencia; las personales no generan por sí mismas derecho alguno de preferencia, y es por eso, que en caso de concurso de acreedores, éstos se pagan en proporción al monto de sus créditos; y, d) Las acciones

reales son de la competencia del juez del lugar donde está situada la cosa; las personales, deben iniciarse en el lugar del deudor o el lugar del contrato. (*Driskill S.A.*, 1979, p.366).

d. Efectos de la Naturaleza Jurídica del Derecho Minero.-

De acuerdo con la Constitución y la Ley de Minería, el Estado conserva la propiedad del yacimiento y conferiría al administrado una autorización (crédito) para que realice actividades mineras en un área determinada (obligación de no hacer, ya que, se abstiene de explotar el yacimiento de propiedad directamente. (*Zumárraga*, 2013, p. 21).

Los efectos que generó este cambio en la naturaleza jurídica de la concesión minera son principalmente tres. El primero, es que la concesión, al ser un derecho personal, no puede registrarse como un activo en la compañía. Esto no contribuye a la búsqueda del financiamiento necesario a través de la emisión de acciones y su venta en la bolsa de valores.

El segundo efecto es la limitación y reducción de la calidad del derecho minero (de naturaleza real e inmobiliaria a personal). Como revisamos anteriormente, el derecho real hablando jurídicamente, tiene un mayor peso jurídico frente al personal. Por ejemplo: las acciones reales se ejercen contra cualquier persona que se encuentre en posesión de la cosa objeto del derecho; las personales sólo pueden ejercerse contra el deudor, es decir, no es oponible a terceros.

Esta modificación afectó derechos adquiridos bajo el amparo de una ley anterior y, consecuentemente, violentó los principios de seguridad jurídica e irretroactividad de la ley. (*Zumárraga*, 2013, p. 21).

El último, y quizás el más preocupante, es la evidente contradicción que existe entre la naturaleza de la concesión y la Ley de Minería. Se conoce que el proyecto de la indicada Ley fue elaborado en base a un derecho real, sin embargo, llegada a una instancia previa a su aprobación, se modificó la calidad

del derecho por uno personal. Esta alteración obligó a que el resto de las disposiciones legales se adapten, pero en algunos casos no fue posible. A manera de ejemplo a continuación menciono alguna de las contradicciones:

- De acuerdo con la normativa vigente, llegada la etapa de explotación, el concesionario se verá obligado a suscribir con el Estado un Contrato de Prestación de Servicios o uno de Explotación Minera. Pero, si tenemos en cuenta que la concesión minera otorga, únicamente, la autorización para realizar actividades mineras en un área determinada y no la propiedad o, al menos, el usufructo del yacimiento, la figura del contrato de explotación no sería aplicable; sino, la del contrato de prestación de servicios.

A pesar de esto, en la negociación que concluyó Ecuacorriente S.A. en marzo de 2012 se utilizó la figura del Contrato de Explotación Minera prevista en el artículo 41 de la Ley de Minería, sobre la base de un derecho personal que nace de la concesión minera.

- Según lo dispuesto por el artículo 30 de la ley de minería, se consideran accesorios a la concesión las construcciones e instalaciones. Sin embargo, de acuerdo a nuestro Código Civil, la accesión es un modo de adquirir el dominio real. No es aplicable respecto a derechos personales.
- Las servidumbres, de acuerdo a nuestro Código Civil, son un gravamen al que están sujetos exclusivamente los derechos reales. No cabe, bajo ninguna concepción, el establecimiento de servidumbres sobre derechos personales.
- Para el financiamiento de los proyectos mineros, es muy común la utilización de la hipoteca sobre el yacimiento minero. Sin embargo, al tratarse la concesión de un derecho personal, no es susceptible, en rigor, de ser objeto de la constitución de una hipoteca.
- En cuanto a la extracción del mineral, el concesionario únicamente tiene autorización para realizar actividades mineras sobre una determinada

área, más no, la propiedad respecto del yacimiento. ¿Será entonces éste el propietario del mineral extraído? A nuestro criterio, no aunque la concesión minera establece el derechos a comercializar los minerales obtenidos de la explotación. Razón por la cual, en el Contrato de Explotación Minera suscrito entre el Estado ecuatoriano y Ecuacorriente S.A., se incluyó una disposición especial respecto a este tema.

- Del mismo modo, es discutible que este derecho personal otorgado a los concesionarios permita la celebración de contratos entre aquellos y terceros.

Por todo lo dicho, resulta evidente la incompatibilidad que existe entra la concesión minera y su naturaleza de derecho personal.

e. Legislación Comparada.-

Por su parte, el Código de Minería de Chile, en su artículo segundo, reconoce a la concesión minera como un derecho real e inmueble.

“La concesión minera es un derecho real e inmueble; distinto e independiente del dominio del predio superficial, aunque tengan un mismo dueño; oponible al Estado y a cualquier persona; transferible y transmisible; susceptible de hipoteca y otros derechos reales y, en general, de todo acto o contrato; y que se rige por las mismas leyes civiles que los demás inmuebles, salvo en lo que contraríen disposiciones de la ley orgánica constitucional o del presente Código.

La concesión minera puede ser de exploración o de explotación; esta última se denomina también pertenencia. Cada vez que este Código se refiere a la o las concesiones, se entiende que comprende ambas especies de concesiones mineras.” (Código de Minería, 1983, Art. 2).

Del mismo modo, la Ley General de Minería del Perú, en su artículo décimo, establece que la concesión minera es un derecho real.

“La concesión minera otorga a su titular un derecho real, consistente en la suma de los atributos que esta Ley reconoce al concesionario. Las concesiones son irrevocables, en tanto el titular cumpla las obligaciones que esta ley exige para mantener su vigencia.” (Ley General de Minería, 1992, Art. 10).

Consecuentemente, como ya se mencionó al inicio del presente subcapítulo, la naturaleza real del derecho minero es común a todas las legislaciones de países que han desarrollado la minería y que tiene como sustento la propiedad del Estado sobre los recursos minerales.

2.2. Las Fases de la Actividad Minera y su Realidad.-

El Estado, con el objetivo de tratar de eliminar la mal llamada “especulación minera”, estableció fases y tiempos para desarrollarlas, sin considerar que los tiempos y las fases las definen la situación técnica de los proyectos mineros.

El principal problema con las fases y etapas establecidas ha sido la rigurosidad de sus plazos que hace que, en muchas oportunidades, no sea posible cumplirlos. Empezaré indicando las fases con sus respectivos plazos establecidos en la Ley de Minería para posteriormente pasar a analizar su realidad en la práctica.

a. De las Fases Mineras.-

La Ley de Minería, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 517 de 29 de enero de 2009, creó ocho fases mineras: prospección, exploración, evaluación económica, explotación, beneficio, fundición, refinación, comercialización y cierre de minas.

- “La prospección consiste en la búsqueda de indicios de áreas mineralizadas. Existe una libertad de prospección, es decir, no se

requiere autorización por parte del Estado para ejecutar estas actividades. Cualquier persona tiene la facultad de prospectar en el territorio ecuatoriano, excepto, en las áreas protegidas y las comprendidas dentro de los límites de concesiones mineras, en zonas urbanas, centros poblados, zonas arqueológicas, bienes declarados de utilidad pública y en las Áreas Mineras Especiales.” (*Ley de Minería*, 2009, Art. 28).

- “Exploración, que consiste en la determinación del tamaño y forma del yacimiento, así como del contenido y calidad del mineral en él existente. La exploración podrá ser inicial o avanzada e incluye también la evaluación económica del yacimiento, su factibilidad técnica y el diseño de su explotación.” (*Ley de Minería*, 2009, Art. 27, literal b)
- “Explotación, que comprende el conjunto de operaciones destinadas a la preparación y desarrollo del yacimiento, extracción y transporte del mineral.” (*Ley de Minería*, 2009, Art. 27, literal c)
- “Beneficio, que consiste en un conjunto de procesos físicos, químicos y/o metalúrgicos a los que se someten los minerales producto de la explotación con el objeto de elevar el contenido útil o ley de los mismos.” (*Ley de Minería*, 2009, Art. 27, literal d)
- “Fundición, que consiste en el proceso de fusión de minerales, concentrados o precipitados de éstos, con el objeto de separar el producto metálico que se desea obtener, de otros minerales que los acompañan.” (*Ley de Minería*, 2009, Art. 27, literal e).
- “Refinación, que consiste en el proceso en caminado a convertir los productos metálicos en metales de alta pureza.” (*Ley de Minería*, 2009, Art. 27, literal f).
- “Comercialización, que consiste en la compraventa de minerales o la celebración de otros contratos que tengan por objeto la negociación de cualquier producto resultante de la actividad minera.” (*Ley de Minería*, 2009, Art. 27, literal g)
- “Cierre de minas, que consiste en el término de las actividades mineras y el consiguiente desmantelamiento de las instalaciones utilizadas en

cualquiera de las fases referidas previamente, si no fueren de interés público, incluyendo la reparación ambiental de acuerdo al plan de cierre debidamente aprobado por la autoridad ambiental competente.” (*Ley de Minería*, 2009, Art. 27, literal h).

De acuerdo con la normativa vigente, la concesión minera tendrá un plazo de duración de hasta veinte y cinco años que podrá ser renovada por períodos iguales, siempre y cuando se hubiere presentado petición escrita del concesionario al Ministerio Sectorial para tal fin, antes de su vencimiento y se haya obtenido previamente el informe favorable de la Agencia de Regulación y Control Minero y del Ministerio del Ambiente. (*Ley de Minería*, 2009, Art. 36).

Desde el otorgamiento de la concesión, su titular, contará con cuatro años para realizar actividades de exploración dentro del área concesionada, lo que constituirá la etapa de exploración inicial. Cumplido este período, el concesionario tendrá derecho a solicitar al Ministerio Sectorial que se le conceda otro período de hasta cuatro años más para llevar a cabo el período de exploración avanzada, en cuyo caso, deberá contener la renuncia expresa a una parte de la superficie de la extensión de la concesión, sin que la Ley, en ningún caso, determine cuál es la extensión mínima a ser devuelta al Estado. (*Ley de Minería*, 2009, Art. 37).

Una vez que se haya cumplido el plazo de exploración inicial o exploración avanzada, según sea el caso, el concesionario tendrá un período de hasta dos años para ejecutar la evaluación económica del yacimiento, plazo que, previa anuencia del Ministerio Sectorial, podrá ser extendido por dos años más. (*Ley de Minería*, 2009, Art. 37).

El concesionario minero, antes del vencimiento de este periodo de evaluación económica del yacimiento o de su prórroga, tendrá derecho a solicitar el inicio a la etapa de explotación, correspondiéndole, para el caso de la minería a gran escala, suscribir el Contrato de Explotación Minera o Prestación de Servicios, según fuere el caso.

Como se ha revisado, el legislador, de las ocho fases establecidas en el artículo 27 de la Ley de Minería, impuso únicamente un plazo específico a la de exploración dividiéndola en tres sub fases o etapas. Las restantes, es decir, la prospección, la explotación, el beneficio, la fundición, la refinación, la comercialización y el cierre de minas, están sujetas al cumplimiento del plazo de la concesión. Esto se debe a que, de existir algún tipo de especulación de áreas mineras, ésta se podría verificar exclusivamente en las fases de prospección y exploración pues, una vez establecida la existencia de un yacimiento económicamente explotable, ya no resulta lógico pensar en una acción especulativa y, por otro lado, las primeras fases de la actividad minera son ejecutadas exclusivamente por los concesionarios mineros, mientras que las restantes, a excepción de la fase de cierre de minas, podrían ser ejecutadas tanto por los mismos concesionarios mineros como por otros sujetos mineros.

Así, la prospección podrá realizar cualquier persona; el beneficio, la fundición y la refinación podrá ser realizado por el mismo concesionario minero o por cualquier persona natural o jurídica, nacional o extranjera, pública, mixta o privada, comunitarias y de auto gestión, previo otorgamiento del permiso correspondiente (*Ley de Minería*, 2009, Art. 45); la comercialización de minerales, por el propio concesionario minero o por las personas naturales o jurídicas que obtengan la licencia correspondiente otorgada por el Ministerio Sectorial.

Los titulares de concesiones mineras podrán instalar y operar plantas de beneficio, fundición y refinación, siempre que dichas plantas se destinen a tratar los minerales de la misma. (*Ley de Minería*, 2009, Art. 46). Caso contrario, deberán obtener las autorizaciones para la instalación y operación de plantas de beneficio de minerales conforme a la Ley.

Respecto de la fase de cierre de minas, naturalmente, esta corresponde de forma exclusiva al concesionario minero que ha concluido con la fase de explotación. Sin embargo, a diferencia de la exploración y la explotación, esta

no contiene un plazo en la que deberá ser desempeñada, debiéndose en todo caso ajustarse al plazo de la concesión y sus prórrogas.

Vale indicar que el concesionario minero que se encuentre bajo el régimen de la pequeña minería, está eximido del cumplimiento de los plazos establecidos en la Ley de Minería para las distintas fases pues, se encuentran autorizados a realizar labores de exploración de manera simultánea con las de explotación, en una misma área. Además, se le exceptuará del requisito de suscripción de los Contratos de Explotación Minera con el Estado.

Entre las principales obligaciones del concesionario minero, es la presentación, cada año, antes del 31 de marzo, del informe anual de actividades e inversiones en exploración realizadas en el área de la concesión durante el año anterior y del plan de inversiones para el año en curso. En caso que el concesionario incumpla con el plan de inversiones aprobado, podrá evitar la caducidad de la concesión, cancelando una compensación económica equivalente al monto de inversiones no realizadas; siempre y cuando haya invertido al menos el 80% del plan de inversiones en cuestión. (*Ley de Minería*, 2009, Art. 38). De esta manera, se asegurará la realización de actividades por parte del concesionario.

b. De la Realidad de las Fases Mineras.-

El análisis de la imposición de los plazos a las fases mineras se enfocará desde dos perspectivas: la primera, desde el espíritu del legislador y, la segunda, desde el punto de vista práctico. Posteriormente, se revisará el impacto que ha generado esta disposición normativa en los concesionarios para llegar a identificar una solución.

Como quedo indicado, las concesiones mineras tienen un plazo de duración de 25 años constados a partir de su inscripción en el Registro Minero a cargo de la Agencia de Regulación y Control Minero ARCOM, que podrá ser renovado, previa solicitud presentada antes del cumplimiento del plazo. Sin embargo, esto no significa que el concesionario minero podrá mantenerse todo este

tiempo en exploración, sino que el legislador, a través de la imposición de plazos en las fases y etapas, obliga a que realicen inversiones en cada una de estas. Esto partiendo de la idea de que la concesión es rica en minerales y es viable para el desarrollo de un proyecto.

Consideramos que el legislador estableció tiempos máximos de duración para las fases de exploración por las siguientes razones: i) Para forzar al concesionario a realizar esta actividad; enfocada al tiempo de su ejecución y no a la diversidad de las actividades que pudiesen ser desarrolladas; ii) Para conocer con exactitud el plazo con el que cuenta el concesionario hasta llegar a la suscripción del Contrato de Explotación Minera; y, iii) Apresurar los estudios geológico mineros para que, en la fase de explotación el Estado comience a percibir los beneficios que reporte la actividad extractiva y sus fases posteriores.

Desde es el punto de vista práctico, la exploración, tanto inicial como avanzada, está dirigida a determinar la existencia de un yacimiento económicamente explotable, su tamaño y su forma y no debería encontrarse supeditado al tiempo de duración de cuatro años de cada período. La imposición de los plazos en las fases mineras ha generado los siguientes problemas en la industria: i) Falta de tiempo para ejecutar actividades de exploración. El plazo establecido resulta, en numerosas oportunidades, demasiado corto como para realizar una eficiente exploración. Por ejemplo, existen concesiones que tienen hasta 5.000 hectáreas mineras, como es el caso del proyecto de depósitos de Cobre, denominado Cascabel de titularidad de la compañía Exploraciones Novomining S.A.; y, ii) Retraso en las actividades por la ineficiencia de la Agencia de Regulación y Control Minero en su competencia de garantizar el derecho de la concesión. Debido a esta falencia, los mineros ilegales han invadido las áreas, impidiendo y retrasado la ejecución de la exploración.

El principal objetivo del legislador ha sido forzar al concesionario a ejecutar sus actividades de exploración con la máxima celeridad con la finalidad de llegar a

la explotación. Pero la imposición de esta obligación se ha convertido en la práctica en un problema, puesto que el tiempo establecido no se compadece con las necesidades de orden técnico, generando que los concesionarios no culminen sus actividades de exploración y consecuentemente, se vean obligados a perder sus derechos mineros o, inicien, por obligación, un proceso de explotación poniendo de esta forma en riesgo el valor integral que podría tener el yacimiento; en ambos casos en perjuicio no solo del concesionario minero sino también del Estado.

La normativa vigente no es justa con los titulares de derechos mineros o, al menos, no las necesidades técnicas de éstos en el sentido de que, habiendo invertido ingentes sumas de dinero y cumplido con todas las obligaciones impuestas en la Ley durante la exploración, llegado el momento de solicitar el paso a la etapa de evaluación económica del yacimiento o explotación, no están en listos para hacerlo por la falta de información de la exploración, impidiéndoles continuar con el desarrollo del proyecto y llegando incluso a perder sus concesiones.

Es importante hacer notar que la Ley de Minería no contempla disposición expresa que considere como causal de caducidad o extinción de derechos mineros el no solicitar los cambios de períodos dentro de la fase de exploración pero sí establece que, en caso que el concesionario minero no solicite dar inicio a la etapa de explotación en los términos antes indicados, la concesión minera se declarará extinguida por parte del Ministerio Sectorial.

Si bien es en la explotación en donde el Estado recibe la mayor cantidad de beneficios, debe considerar que en exploración también percibe sumas altas de dinero por parte de los concesionarios mineros. A más de las innumerables plazas de trabajo que genera, lo que influye directamente en el desarrollo del aparato productivo del país, aún sin llegar a la fase de explotación, los concesionarios se encuentran afectados al pago de varios impuestos tales como el Impuesto al Valor Agregado IVA, el impuesto a la Salida de Divisas, los

impuestos de los Gobiernos Autónomos Descentralizados GADs, Aranceles de Importación, entre otros. Además, mientras más exploración se desarrolle, más depósitos de minerales serán los encontrados y, consiguientemente, habrá un mayor número de proyectos mineros en explotación.

Se puede concluir que el objetivo del legislador no llega a cumplirse en la práctica y, al contrario, genera un impacto contraproducente a la industria minera ya que los plazos establecidos en las fases mineras no se compadecen con las necesidades técnicas para culminar la fase de exploración. En este sentido, será necesario revisar el sistema de cambio de fases y etapas establecidas en la Ley de Minería y sus reglamentos de aplicación. De esta manera, las condiciones mejorarán e incentivará a que los inversionistas destinen más recursos a la búsqueda y evaluación de yacimientos mineros en el país.

2.3. La Carga Impositiva en la Industria Minera.-

Sin perjuicio de lo antes indicado, la principal razón por la que la minería formal y, en especial, aquella considerada a gran escala, no hayan sido atractivas para el inversionista nacional o extranjero, es la alta carga tributaria aplicable para este sector que hace que, financieramente, el negocio no sea rentable. Tal carga alcanza más del 50% de los beneficios, siendo por supuesto, la más alta en América del Sur. Esto, considerando únicamente los cinco tributos indicados en el artículo 93 de la Ley de Minería (regalías, impuesto a la renta, porcentaje de utilidades atribuidas al Estado, el impuesto sobre las ganancias extraordinarias y el impuesto al valor agregado).

A través de las reformas reglamentarias generadas por las propuestas planteadas por la prestigiosa consultora "*Wood Mackenzie*", se logró aumentar la Tasa Interna de Retorno en la industria minera. Sin embargo y, a pesar de las reformas introducidas, las condiciones tributarias no son suficientemente competitivas como para incentivar a la inversión en este sector económico.

Debemos tener presente lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 408 de la Constitución de la República del Ecuador, el mismo que ordena que el *“Estado participará en los beneficios del aprovechamiento de estos recursos (naturales no renovables), en un monto que no será inferior a los de la empresa que lo explota.”*

A continuación procederemos a señalar los tributos aplicables a la industria minera, luego revisaremos las reformas planteadas por *Wood Mackenzie* y aceptadas por el Gobierno, para finalmente, llegar a una solución encaminada a reducir la carga tributaria y aumentar la Tasa Interna de Retorno de las inversiones en la industria minera.

a. Los Tributos Aplicables a la Industria Minera:

A excepción del impuesto al valor agregado, los tributos contenidos en el artículo 93 de la Ley de Minería, son aplicables únicamente para la etapa de la explotación minera. Estos son: regalía, el impuesto a la renta, el porcentaje de utilidades atribuidas al Estado, el impuesto sobre los ingresos extraordinarios y el impuesto al valor agregado.

- **Regalía:** De acuerdo con la Ley de Minería vigente, es equivalente a un porcentaje sobre la venta del mineral principal y los minerales secundarios, no menor al 5% y, para el caso del oro, cobre y plata, no mayor al 8%. Como excepciones a la regla general se establecen: a) los titulares de derechos mineros de pequeña minería que pagarán por concepto de regalías el 3% de las ventas del mineral principal y los minerales secundarios; y, b) el porcentaje de regalía para la explotación de minerales no metálicos y materiales de construcción que se calculará en base a los costos de producción. (*Ley de Minería, 2009, Art. 93*). En el contrato suscrito entre la compañía Ecuacorriente S.A. y el Ministerio de Recursos Naturales No Renovables, ésta pago por concepto de regalía anticipada la cantidad de USD 100.000.000. Véase el anexo “f”

del contrato de explotación suscrito por el Ministerio de Recursos Naturales No Renovables y la compañía Ecuacorriente S.A.

- **Impuesto a la Renta:** De acuerdo con la Ley de Régimen Tributario Interno, se considera renta a: a) los ingresos de fuente ecuatoriana obtenidos a título gratuito u oneroso provenientes del trabajo, del capital o de ambas fuentes, consistentes en dinero, especie o servicios; y, b) los ingresos obtenidos en el exterior por personas naturales domiciliadas en el país o por sociedades nacionales. (*Ley de Régimen Tributario Interno*, 2004, Art. 2). Para el presente estudio únicamente es aplicable lo dispuesto en el literal a). Las sociedades constituidas en el Ecuador estarán sujetas a la tarifa impositiva del veinte y dos por ciento sobre su base imponible. (*Ley de Régimen Tributario Interno*, 2004, Art. 37).
- **Porcentaje de Utilidades Atribuidas al Estado:** En el caso de los trabajadores vinculados a la actividad minera, éstos recibirán el 3% del porcentaje de utilidades y el 12% será pagado al Estado y a los Gobiernos Autónomos Descentralizados. (*Ley de Minería*, 2009, Art. 67). Como excepción a esta regla, en la pequeña minería, los trabajadores recibirán el 10% y el 5% restante será cancelado al Estado y a los Gobiernos Autónomos Descentralizados. (*Ley de Minería*, 2009, Art. 67).
- **El Impuesto Sobre los Ingresos Extraordinarios:** Este impuesto grava, como su nombre lo indica, a los ingresos que superan una base considerada como “ordinaria”. Este tributo se calcula en base a una fórmula introducida en las reformas planteadas por *Wood Mackenzie* y aceptadas por el Gobierno; más adelante se lo analizará con mayor profundidad.
- **El Impuesto al Valor Agregado:** Se establece el Impuesto al Valor Agregado (IVA), que grava el valor de la transferencia de dominio o la importación de bienes muebles de naturaleza corporal en todas sus etapas de comercialización y al valor de los servicios prestados en la forma y en las condiciones previstas en la Ley. (*Ley de Régimen Tributario Interno*, 2004, Art. 52). El mencionado artículo 93 de la Ley

de Minería se remite al Impuesto al IVA vigente en la normativa tributaria. Actualmente, la tarifa del Impuesto al Valor Agregado es del 12%. (*Ley de Régimen Tributario Interno*, 2004, Art. 65).

- **El Ajuste Soberano:** Este tributo, aplicable únicamente en el Ecuador, tiene como objetivo dar cumplimiento al mandato constitucional establecido en el artículo 408 que dispone que el *“Estado participará en los beneficios del aprovechamiento de estos recursos minerales, en un monto que no será inferior a los de la empresa que los explota.”*

Este tributo aplicará únicamente desde la suscripción del contrato de explotación, cuando los beneficios del concesionario minero (la resta entre los ingresos y costos) sean mayores a los beneficios del Estado (la suma de los cinco tributos anteriores). En este caso, para el cálculo del presente tributo se utilizará una fórmula que también fue implementada en las reformas planteadas por *Wood Mackenzie* y aceptadas por el Gobierno; más adelante se lo analizará en detalle.

A más de éstos tributos existen otros; algunos son propios de la industria minera y, otros, aplicables a toda actividad comercial, éstos son:

- **Patentes de Conservación:** Hasta el mes de marzo de cada año, los concesionarios mineros pagan una patente anual de conservación por cada hectárea minera. El valor de este impuesto dependerá del período en el que se encuentre la concesión; así, para una que se encuentre en exploración inicial, equivaldrá al 2,5% de una remuneración básica unificada por cada hectárea minera; para una que esté en exploración avanzada o en período de evaluación económica del yacimiento, equivaldrá al 5% de una remuneración básica unificada por cada hectárea minera; y, para una que se encuentre en etapa de explotación, se incrementará al 10% de una remuneración básica unificada por cada hectárea minera. Para el régimen especial de pequeña minería, se establece una patente anual de conservación para las actividades simultáneas de exploración y explotación equivalente al 2% de una

remuneración básica unificada por cada hectárea minera. (*Ley de Minería*, 2009, Art. 35).

- **Patentes Municipales:** Toda persona que realice actividades comerciales o industriales, o cualquier otra actividad de naturaleza económica, deberá obtener una patente municipal en cada jurisdicción en la que desarrolle sus actividades económicas, y realizará el pago correspondiente. El Consejo Municipal, a través de una Ordenanza, determinará la tasa anual de este impuesto, sobre la base del capital de trabajo de los contribuyentes dentro de la respectiva jurisdicción. (*Código Orgánico Organización Territorial Autonomía Descentralización*, 2010, Art. 548).
- **1.5% Sobre el Total de los Activos:** Se refiere al impuesto a pagar por todas las personas naturales y jurídicas, sociedades de hecho y negocios individuales, ya sea nacionales o extranjeros residentes en el Ecuador, que realicen actividades económicas, financieras o industriales. La base imponible será la resultante de la diferencia entre los activos y pasivos actuales. (*Código Orgánico Organización Territorial Autonomía Descentralización*, 2010, Art. 553).
- **Impuestos a los Predios Urbanos:** Los propietarios de predios ubicados dentro los límites de las zonas urbanas, pagarán un impuesto anual equivalente a un mínimo de cero punto veinticinco por mil y un máximo de cinco por mil al valor de la propiedad, mismo que será fijado mediante ordenanza por cada concejo municipal. (*Código Orgánico Organización Territorial Autonomía Descentralización*, 2010, Arts. 501 y 504).
- **Impuestos a los Predios Rurales:** Este impuesto aplica a los propietarios de predios ubicados fuera de los límites de las zonas urbanas. Se calcula en base al avalúo de éste y el pago se efectúa anualmente en dos dividendos: el primero hasta el primero de marzo y el segundo hasta el primero de septiembre. (*Código Orgánico Organización Territorial Autonomía Descentralización*, 2010, Arts. 522 y 523).

- **Impuesto a las Tierras Rurales:** Este impuesto grava a la propiedad o posesión de tierras de superficie superior a 25 hectáreas ubicadas en sectores rurales. Para la región Amazónica y similares, existe un trato preferencial en las hectáreas no gravadas (70 hectáreas). Por cada hectárea, se debe pagar el uno por mil de la fracción básica no gravada del impuesto a la renta de personas naturales del año fiscal en curso. (*Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador*, 2013, Arts. 173 al 177)
- **Aranceles de Importación:** Es el tributo aplicable a la importación ó exportación de bienes. El tributo varía conforme al tipo de bien que se comercializa.
- **Impuesto a la Salida de Divisas (ISD):** Cualquier transacción u operación que conlleve la transferencia de fondos fuera del Ecuador, debe pagar un impuesto del 5% sobre el monto remitido al exterior. Se encuentran exentas del pago de este impuesto las transferencias hechas por instituciones financieras gubernamentales, aquellas provenientes de las Zonas Especiales de Desarrollo Económico (ZEDE) y la remisión al exterior de dividendos anticipados. (*Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador*, 2013, Arts. 155 y 156)
- **Contribución Superintendencia de Compañías:** Las sociedades sujetas al control y vigilancia de la Superintendencia de Compañías deben aportar, de forma anual, una contribución que se impone con relación a los correspondientes activos reales. La contribución anual no podrá exceder del uno por mil de sus activos. (*Ley de Compañías*, 1999, Art. 449).
- **Impuesto a los Consumos Especiales:** Este impuesto se aplicará a determinados bienes y servicios de procedencia nacional o importados considerados como su nombre lo indica “consumos especiales”. Es decir, sobre consumos de bienes y servicios que se consideran como no necesarios, o dicho de otro modo, consumos extraordinarios. (*Ley de Régimen Tributario Interno*, 2004, Art. 72). Entre esto bienes se

encuentran los cigarrillos, las bebidas alcohólicas, los vehículos, perfumes, armas de fuego, etc.

- **Impuestos Municipales:** A más de los anteriormente indicados existen otros impuestos municipales como por ejemplo: impuesto a las alcabalas, impuesto a la transferencia de bienes inmuebles, impuesto a la plusvalía, impuesto predial, entre otros.

b. Las Reformas Planteadas por *Wood Mackenzie* y Aceptadas Por el Gobierno:

La principal razón que *Wood Mackenzie* identificó para que la minería no ha surgido como una actividad atractiva para los inversionistas, es la alta carga tributaria. La Consultora presentó una serie de reformas, de las cuales fueron aceptadas únicamente las que podían ser introducidas a través de reformas reglamentarias. Por esta razón, mediante Decreto No. 475 del 27 de octubre del 2014, el Presidente de la República reformó el Reglamento General a la Ley de Minería.

La reforma aborda el ajuste soberano y el impuesto a las ganancias extraordinarias a través de un conjunto de fórmulas financieras que a primera vista, son indescifrables. Pero después de realizar un exhaustivo análisis llegamos a las siguientes conclusiones:

Cálculo del Ajuste Soberano: En primer término es importante hacer notar que, aún tratándose de un impuesto nuevo, éste ha sido establecido por la vía reglamentaria, lo cual violenta expresas disposiciones constitucionales según las cuales solo se pueden crear tributos, a través de ley. El Decreto introduce el concepto del ajuste soberano en la normativa minera buscando los siguientes propósitos: a) Crear una forma preestablecida y concreta (no discrecional), que determine cómo se implementará el mandato del artículo 408 de la Constitución y el del artículo 93 de la Ley de Minería; y, b) Asegurar que el pago del ajuste soberano sea después de recuperada la inversión. Es decir, que para el cálculo de los beneficios del inversionista se toman en cuenta todas las

inversiones de capital para el desarrollo de la mina (en etapa de explotación) y no solo los gastos operacionales. Para este efecto, la fórmula de cálculo de los beneficios incluye el concepto de *Free Cash Flow* (FCF) acumulado, que se calcula restando los gastos de capital del flujo de efectivo de las operaciones. Con esto, lo que se asegura es que no haya lugar al Ajuste Soberano, sino después de que se haya recuperado totalmente la inversión, consiguiéndose, además, un aplazamiento del pago del Ajuste Soberano.

La ventaja que concede esta reforma es que establece de forma anticipada cómo el Gobierno abordará este asunto. Busca eliminar la incertidumbre respecto del mecanismo de aplicación del Ajuste Soberano. Las desventajas en cambio son: a) Que el *FCF* toma en cuenta inversiones de capital realizadas únicamente en la fase de explotación, dejando de lado las inversiones y gastos realizados en la fase de exploración; y, b) Que la fórmula ratifica que se consideran beneficios del Estado los cinco tributos contemplados en el artículo 93 de la Ley de Minería.

Precio Base para la Aplicación del Impuesto a las Ganancias Extraordinarias: Son dos los motivos de preestablecer una fórmula para determinar cuál será el precio base sobre el cual se pagará el Impuesto a los Ingresos Extraordinarios: a) Crear una fórmula de cálculo preestablecida y objetiva (precio promedio de los últimos diez años, más una desviación estándar), que no dependa de una incierta negociación previa la firma del contrato de explotación o, de no llegarse a un acuerdo, que no sea fijada unilateralmente por el Presidente; y, b) Que el precio base sea establecido mediante una fórmula que sea dinámica en el tiempo, es decir, que no tome en cuenta el promedio de los diez años previos a la suscripción del contrato, sino que tome en cuenta los diez años anteriores al año en el que se efectúa el cálculo.

La ventaja de esta reforma es generar la obligación de este impuesto a partir del año en que el inversionista privado hubiere recuperado la inversión y tomar como base imponible la diferencia entre el precio del metal en ese año y el

promedio de los diez anteriores más una desviación estándar. A manera de ejemplo, la desviación estándar actual del oro es de USD 1.435 por onza y el precio actual del oro es de USD 1.231 por onza (Calculado a noviembre de 2014.). En este año, aún si la compañía minera hubiese recuperado toda su inversión, no hubiera lugar al pago del presente impuesto.

Si bien estas reformas han trazado reglas que anteriormente no eran claras, aún no son suficientes como para fomentar la industria minera puesto que la carga tributaria sigue siendo demasiada alta.

c. Cómo Disminuir la Carga Tributaria:

El análisis se ha basado en tres puntos que a continuación desarrollo:

Consideración de todos los tributos para el cálculo de la participación del Estado en los beneficios de la explotación minera: Cuando los beneficios del concesionario minero superen a los del Estado, se aplicará la fórmula introducida por la reforma al Reglamento General de la Ley de Minería de 27 de octubre de 2014 a fin de calcular el valor sobre el cual se pagará el Ajuste Soberano. De esta manera, se dará cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 408 de la Constitución de la República del Ecuador.

Como ya se indicó anteriormente, los beneficios del concesionario minero comprenden el resultado de la resta entre los ingresos y los costos realizados desde la suscripción del contrato de explotación. Mientras que los beneficios del Estado equivalen solamente a la suma de los siguientes tributos: regalías, impuesto a la renta, porcentaje de utilidades atribuidas al Estado, el impuesto sobre las ganancias extraordinarias y el impuesto al valor agregado. Así lo determinan de forma taxativa los artículos 93 de la Ley de Minería y el 86.3 del Reglamento General a la Ley Minería.

Como se observa, para el cálculo de los beneficios del Estado no se toma en cuenta al resto de tributos entregados por el concesionario minero y recibidos

por el Estado. Estos son: patentes de conservación, patentes municipales, 1.5 sobre el total de los activos, impuesto predios urbanos, impuesto predios rurales, impuesto tierras rurales, impuesto a las tierras rurales, aranceles, impuesto a la salida de divisas y contribución a la Superintendencia de Compañías, Impuesto a los Consumos Especiales, entre otros. Consecuentemente, el Estado, a pesar de recibir estos tributos, los desconoce como beneficios y genera que el Ajuste Soberano se calcule en base a un valor incompleto, discriminatorio e inferior al real.

Si el Estado reconociera como beneficio la totalidad de los tributos entregados por el concesionario, se conseguiría aplazar en el tiempo el pago del Ajuste Soberano y, de esta manera, se incrementaría la Tasa Interna de Retorno de las inversiones en la minería.

Consideración de las inversiones realizadas en las etapas de exploración para el cálculo del Ajuste Soberano:

Este punto es muy similar al anterior. Se recalca que el pago del Ajuste Soberano será después de recuperada la inversión.

De conformidad con el artículo 86.4. de la reforma al Reglamento General a la Ley de Minería, *“los beneficios del concesionario minero en el año presente de cálculo serán computados acumulativamente en base a flujos de caja anuales del concesionario minero después del pago de todas las obligaciones inherentes al contrato de explotación...”*

Es decir, que para el cálculo de los beneficios del concesionario minero se restarán únicamente las obligaciones inherentes al contrato de explotación, tomando en cuenta todos los gastos y las inversiones de capital realizadas para el desarrollo de la mina (etapa de explotación), pero no los gastos y las inversiones realizados en exploración.

Si para el cálculo de los beneficios del concesionario minero se reconociera a las inversiones de capital y gastos realizados en etapa de exploración,

generaría un aplazamiento aún mayor en el tiempo para el pago del Ajuste Soberano y de esta manera, igualmente, se incrementaría la Tasa Interna de Retorno.

Consideración de la Tasa de Descuento en el Cálculo del Impuesto a las Ganancias Extraordinarias:

El artículo 30 de la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley de Minería, a la Ley de Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador y a la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno, establece lo siguiente:

“Para efectos de este impuesto, se consideran ingresos extraordinarios a aquellos percibidos por las empresas contratantes y generados en ventas a precios superiores al precio base pactado o al previsto en los respectivos contratos. Serán considerados ingresos extraordinarios únicamente aquellos percibidos después del mes en el que las inversiones pre operacionales de preparación y desarrollo en el área del contrato o concesión minera, realizadas exclusivamente antes del inicio de la producción, declarado por el organismo competente, hayan sido completamente recuperadas desde una perspectiva financiera...” (Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador y a la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno, 2013, Art. 30)

El artículo antes citado define al impuesto a los ingresos extraordinarios e indica la manera como éste se calculará. Vale aclarar que en la actualidad, tras la expedición de la Reforma al Reglamento General a la Ley de Minería, el precio base de este impuesto no es el “*pactado o el previsto en los respectivos contratos*”, sino que se calcula a través de una fórmula preestablecida y objetiva.

Ahora bien, si revisamos la segunda parte del artículo citado, podremos observar que: i) El Reglamento considera ingresos extraordinarios únicamente

aquellos percibidos después de recuperar las inversiones realizadas antes del inicio de la producción; y, ii) El organismo competente declarará las inversiones hayan sido *“recuperadas desde una perspectiva financiera.”*

Al incluir la última frase que dice: *“recuperadas desde una perspectiva financiera”*, se sobre entiende que se considerará a la tasa de descuento en las inversiones realizadas. Dicho de otro modo, la suma entre las inversiones realizadas antes de la producción y sus respectivas tasas de descuento, dará como resultado el valor sobre el cual el concesionario deberá recuperar sus inversiones para que el impuesto a las ganancias extraordinarias pueda ser aplicado. Sin embargo, el organismo competente (Servicio de Rentas Internas) omite considerar a la tasa de descuento, generando con ello que el impuesto a los ingresos extraordinarios sea aplicado antes.

Si el organismo competente consideraría a la tasa de descuento para el cálculo del impuesto a los ingresos extraordinarios, conseguiría aplazar aún más en el tiempo el pago de este impuesto y de esta manera, incrementaría la Tasa Interna de Retorno de las inversiones en proyecto mineros. Es justo, puesto que el dinero tiene un valor en el tiempo y el Servicio de Rentas Internas tendrá que reconocer aquello.

2.4. El Mecanismo para el Otorgamiento de Nuevas Concesiones.-

Para incentivar la industria se debe permitir el acceso a nuevas concesiones mineras. Desde la vigencia de la Ley de Minería del 2009 hasta la presente fecha no se ha concesionado ni una sola área minera para minerales metálicos.

En este subcapítulo, identificaremos las razones por las cuales el actual mecanismo para el otorgamiento de las concesiones no ha generado los resultados que seguramente los legisladores esperaron que se dieran. Empezaremos revisando los conceptos de subasta y remate público, para luego pasar al análisis del mecanismo de otorgamiento de concesiones para minerales metálicos establecidos en la actual normativa.

a. De la Subasta Pública:

En el *“Derecho Administrativo, uno de los medios de que la administración se vale para otorgar los contratos de obras públicas o de prestación de servicios públicos, cuando no los realiza o explota por sí, sino por cuenta del que, ajustándose al pliego de condiciones, ofrece costo menor en las unas y prima mayor en los otros”*. (Cabanellas, 2009, p. 588).

“La subasta pública es ofrecer una cosa a quien haga proposiciones más ventajosas en las condiciones prefijadas.” (Cabanellas, 2009, p. 589).

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública contempla el mecanismo de subasta inversa que se utiliza para la adquisición de bienes y servicios normalizados que no consten en el catálogo electrónico. Los proveedores de bienes y servicios equivalentes pujan hacia la baja el precio ofertado en acto público o por medios electrónico buscando en definitiva, una oferta económica favorable a los intereses del Estado.

Es decir, la subasta pública es el mecanismo a través del cual el Estado cede derechos a quien realice la mejor propuesta para el beneficio del primero.

b. Del Remate Público:

“Adjudicación de los bienes al mejor postor”. La invitación se la realiza al público en general. Aquel en que la posibilidad participar en el remate no está limitada a un conjunto determinado de personas”. (Cabanellas, 2009, p. 139).

En la normativa vigente, existen dos clases de remates: el regulado por el Código de Procedimiento Civil y el regulado por el Código de Comercio. El regulado por el Procedimiento Civil, se lo realiza de la siguiente manera: Hecho el embargo se procederá inmediatamente con el avalúo pericial. (Código de Procedimiento Civil, 2005, Art. 455). Practicado el avalúo, el Juez señalará

día para remate, señalamiento que contendrá la descripción del bien y que se publicará por tres veces en un periódico de la provincia en que se siga el juicio, si lo hubiere, en su falta, en un periódico de la provincia cuya capital sea la más cercana. (*Código de Procedimiento Civil*, 2005, Art. 456).

Llegado el día de remate, las posturas serán presentadas por escrito ante el secretario del Juez que ordenó el remate, desde las catorce horas hasta las dieciocho horas del día señalado para el remate. (*Código de Procedimiento Civil*, 2005, Arts. 457 y 458). Dentro de tres días posteriores al del remate, el juez procederá a calificar las posturas, teniendo en cuenta la cantidad, los plazos y demás condiciones. Este auto de admisión y calificación de postura debe comprender el examen de todas las que se hubieren presentado, enumerando el orden de preferencia y describiendo con claridad, exactitud y precisión todas las condiciones. (*Código de Procedimiento Civil*, 2005, Art. 462).

La adjudicación de los bienes rematados se hará a favor del mejor postor, una vez ejecutoriado el auto de calificación. (*Código de Procedimiento Civil*, 2005, Art. 463). Si hubiere dos o más posturas que se conceptuaren iguales, el Juez, de considerar que son las mejores, dispondrá que se notifique a los postores que las hubieren presentado, señalando día y hora para una subasta en la que se adjudicará la cosa al mejor postor. (*Código de Procedimiento Civil*, 2005, Art. 465).

No se admitirán posturas que no vayan acompañadas, por lo menos, del diez por ciento del valor total de la oferta, el que se consignará en dinero o en cheque certificado por el banco a la orden del Juez de la causa. (*Código de Procedimiento Civil*, 2005, Art. 466). Asimismo, no se admitirán posturas en que se fijen plazos que excedan de cinco años contados desde el día del remate. (*Código de Procedimiento Civil*, 2005, Art. 467). Tampoco se admitirán posturas por menos de las dos terceras parte del valor de la cosa que se va a rematar. (*Código de Procedimiento Civil*, 2005, Art. 468).

En caso de no haberse presentado postores, se fijará nuevo día para el remate, sobre la base de la mitad del precio del avalúo. (*Código de Procedimiento Civil*, 2005, Art. 471).

Por su parte, el remate regulado por el Código de Comercio se lo realiza con el fin de concretar una venta pública al mejor postor de objetos de lícito comercio. (*Código de Comercio*, 2005, Art. 104). Fijada día y hora para la venta al martillo, no podrá suspenderse ni diferirse, salvo el caso de falta de posturas que cubran la base, debiendo entonces señalarse nuevo día y hora para la venta. (*Código de Comercio*, 2005, Art. 109).

Si en el segundo señalamiento tampoco se presentaren postores interesados, el acreedor podrá pedir que se le adjudique la prenda por el valor de la base o que se vuelva a señalar otro día y hora para la venta, comenzando el remate en cualquier postura que se presente aunque no cubra la base señalada. Se debe tener en cuenta que toda venta al martillo es al contado y no se aceptarán posturas a plazo. (*Código de Comercio*, 2005, Art. 109).

El remate quedará perfeccionado aun cuando no se haya extendido ni firmado el acta por el Martillador y dos personas que hayan concurrido a dicho acto. (*Código de Comercio*, 2005, Art. 112).

Como se ha revisado, tanto en el procedimiento establecido en el Código de Comercio como el establecido en el Código de Procedimiento Civil, el principal objetivo es entregar el bien al mejor postor. Es un mecanismo a través del cual, se busca deshacerse de bienes, generalmente improductivos, a cambio de dinero.

A diferencia de la subasta inversa, en el remate público quien el Estado busca deshacerse de bienes que por lo general son improductivos.

c. Normativa vigente:

El artículo 29 de la Ley de Minería establece los casos en los que el Ministerio Sectorial convocará a la subasta pública o al remate público para otorgar concesiones mineras de minerales metálicos.

La principal diferencia entre ambos mecanismos es el objeto. El remate público es un procedimiento establecido para el otorgamiento de concesiones mineras sobre áreas de concesiones caducadas o que hayan sido devueltas o revertidas al Estado, sugiriéndose que sobre estas áreas el Estado cuenta con alguna información importante, mientras que la subasta pública, se utiliza para el otorgamiento de concesiones que no hubiese sido concesionadas con anterioridad o sobre las que no se tenga información geológica minera relevante.

Se debe tener presente que las subastas y remates públicos destinados al otorgamiento de concesiones mineras, se realizarán únicamente en las áreas definidas en el Plan Nacional de Desarrollo Minero. (*Ley de Minería*, 2009, Art. 29). Es decir, que si una concesión no forma parte del Plan Nacional de Desarrollo Minero, aquella no podrá ser subastada o rematada.

Además, el Ministerio Sectorial, deberá obligatoriamente diferenciar las áreas susceptibles de concesionamiento minero metálico para pequeña minería, minería artesanal y minería a gran escala. (*Ley de Minería*, 2009, Art. 29).

La reforma a la Ley de Minería que entró en vigencia en el 2013 excluyó al proceso de subasta y remate público del otorgamiento de concesiones mineras que efectuó el Estado respecto de áreas de las que dispusiere, mediante delegación a empresas estatales extranjeras o sus subsidiarias, compañías de economía mixta o a consorcios en las que éstas tengan participación mayoritaria. (*Ley Reformativa para la Equidad Tributaria en el Ecuador y a la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno*, 2013, Art. 4).

De conformidad con el artículo 27 del Reglamento General a la Ley de Minería, el procedimiento tanto para la subasta pública como para el remate público es el mismo, lo cual es evidentemente errado.

El Ministerio Sectorial, convocará a subasta y remate público sobre las áreas de libre disponibilidad definidas en el Plan Nacional de Desarrollo Minero, a través de tres publicaciones en dos diarios de circulación nacional y local, mediando entre una y otra publicación dos días de plazo, así como a través de la publicación en la página web del Ministerio Sectorial. Esta convocatoria se efectuará sesenta días hábiles antes del día fijado para el remate o subasta y la presentación de posturas contados desde la última publicación. (*Reglamento General a la Ley de Minería, 2009, Art. 27*).

La convocatoria deberá contener, entre otras cosas, el valor base de la inversión en las etapas de exploración y explotación para el área a subastarse o rematarse que se establecerá en las especificaciones técnicas para cada proceso y los términos de referencia técnicos, económicos y ambientales que deberá cumplir el oferente. (*Reglamento General a la Ley de Minería, 2009, Art. 29*).

Realizada la convocatoria, se deberán presentar las posturas en un sobre cerrado que contenga como requisito, entre otros, la propuesta técnica y ambiental para el proceso de exploración y explotación y una garantía equivalente al 2% sobre el valor base de la inversión determinada en las especificaciones técnicas. (*Reglamento General a la Ley de Minería, 2009, Art. 31*). Al sexto día de recibidas las ofertas, se convocará a los oferentes habilitados e idóneos al proceso de la puja el mismo que obligatoriamente involucrará la evaluación de la oferta económica, técnica y ambiental. (*Reglamento General a la Ley de Minería, 2009, Art. 32*). Realizado aquello, el Ministerio Sectorial adjudicará el área minera materia de la subasta o remate públicos a la mejor oferta técnica, ambiental y económica, para posteriormente emitir el título minero. (*Reglamento General a la Ley de Minería, 2009, Art. 33*).

En caso existir un solo peticionario habilitado en la etapa de precalificación, el Ministerio Sectorial adjudicará y otorgará el título minero a favor de éste siempre que cumpla con la propuesta técnica, económica y ambiental y garantías presentadas. (*Reglamento General a la Ley de Minería*, 2009, Art. 36).

El Ministerio Sectorial se reservará el derecho a declarar desiertos o fallidos a la subasta o remate público en caso de que los oferentes no cumplieren con las condiciones establecidas en las bases. (*Reglamento General a la Ley de Minería*, 2009, Art. 37).

d. Análisis del Sistema Vigente:

El mecanismo para el otorgamiento de concesiones mineras de metálicos establecido en la Ley de Minería es un procedimiento sui generis. El presente análisis está enfocado en dos puntos: la obligación impuesta al Ministerio Sectorial de determinar el régimen al que corresponde las áreas susceptibles de concesión y el procedimiento establecido para el remate y subasta pública.

Como se indicó en el literal anterior, el Ministerio Sectorial deberá obligatoriamente diferenciar las áreas susceptibles de concesionamiento concesión minero metálica para pequeña minería, minería artesanal y minería a gran escala. Esta exigencia podrá ser cumplida, en la medida de lo posible, cuando se trate de un remate público. Aunque no necesariamente, puesto que una concesión que haya sido caducada, devuelta o revertida al Estado, puede que nunca haya sido explorada suficientemente como para determinar a qué régimen corresponde; o incluso, si existen o no recursos. Pero cuando se trate de una subasta pública, el Ministerio no tendrá la capacidad ni la forma para determinar a que régimen corresponde la concesión, puesto que el área es nueva y por lo tanto, no ha sido explorada. Esto nos lleva al segundo punto del análisis.

De acuerdo con el literal “e” del artículo 29 de la Ley de Minería, los instructivos emitidos por el Ministerio Sectorial (que hasta la fecha no existen) deberán contener el *valor base de la inversión en las etapas de exploración y explotación para el área a subastarse o rematarse, que se establecerá en las especificaciones técnicas para cada proceso. (Reglamento General a la Ley de Minería, 2009, Art. 29)*. Siguiendo con la idea señalada en el párrafo anterior, si no se conoce el área minera a subastarse o rematarse, tampoco se le podrá asignar el valor base de la inversión en las etapas de exploración y explotación.

Del mismo modo, como requisito a las posturas, los oferentes deberán determinar la propuesta técnica y ambiental para el proceso de exploración y explotación. *(Reglamento General a la Ley de Minería, 2009, Art. 29)*. Insistimos nuevamente, en que para plantear una propuesta técnica y ambiental adecuada se debe primero explorar el área minera. Una vez que se haya levantado suficiente información como para identificar el mineral y su ubicación, se podrá establecer una propuesta técnica y ambiental.

Llama la atención el penúltimo inciso del artículo 32 del Reglamento General de la Ley de Minería que establece que *“la subasta deberá llevarse a cabo mediante mecanismos accesible a la ciudadanía”*. *(Reglamento General a la Ley de Minería, 2009, Art. 32)*. Esto quiere decir: i) que el remate público no requiere que se lleve a cabo mediante mecanismos accesibles; y ii) que únicamente el acto de la subasta se realizará mediante mecanismos accesibles a la ciudadanía y no el procedimiento entero. Es decir, no será pública la forma en que concluyeron los resultados a favor del adjudicatario. El proceso debe ser revisado concurrentemente por la ciudadanía para de esta manera garantizar la transparencia del proceso de contratación pública, pero de conformidad con la disposición antes indicada esto no es posible.

Por las deficiencias indicadas, el procedimiento no es aplicable a la industria minera. El espíritu del legislador fue establecer un procedimiento para otorgar las concesiones de metálicos a quienes demuestren la mayor capacidad técnica, económica y ambiental y de esta manera evitar que las áreas mineras

sean concesionadas a dedo. Pero como hemos revisado, este deseo del Legislador no ha sido posible cumplirse y al contrario, se ha convertido en un obstáculo para el otorgamiento de nuevas concesiones.

CAPÍTULO III

3. CONCLUSIONES.

Como revisamos, la explotación de los recursos minerales es una actividad de alto riesgo económico, de acuerdo con la estadística internacional solamente un proyecto minero de cien investigados se convierte en un yacimiento económicamente explotable. La exploración comprende una elevada inversión que se recupera únicamente en caso de que ésta sea exitosa y suponga una explotación económica y técnicamente viable. A más de estos riesgos propios a la industria, los concesionarios mineros han tenido que enfrentar a uno adicional: la normativa vigente.

La naturaleza jurídica del derecho minero, la complejidad de las fases y periodos de la actividad minera, la alta carga tributaria y el mecanismo para el otorgamiento de nuevas concesiones mineras son puntos que deben ser reformados. Como ya se indicó en este trabajo de titulación, realizando modificaciones respecto de estos temas, que son indispensables, impulsará y promoverá la industria minera a gran escala en el Ecuador.

Del análisis realizado en el capítulo segundo, se requiere modificar los siguientes puntos en la normativa minera:

a. De la naturaleza Jurídica del Derecho Minero:

Se deberá reformar el artículo 30 de la Ley de Minería, en la parte que hace referencia a la naturaleza jurídica del derecho minero sustituyendo de “personal” a “real” por las siguientes razones:

- La concesión, al ser un derecho personal, no puede registrarse como un activo en la compañía. Esto no contribuye a la búsqueda del financiamiento necesario a través de la emisión de acciones y su venta

en la bolsa de valores, pues no existen créditos director para la exploración en minería.

- La limitación y reducción de la calidad del derecho minero, de naturaleza real e inmobiliaria a personal. El derecho minero es un derecho real pues versa sobre las cosas, en este caso, sobre los minerales de forma independiente a la del sujeto minero que ostente tal derecho. El derecho real hablando jurídicamente, es oponible a terceros y puede ser considerado, en consecuencia, como un activo fijo del titular.
- La evidente contradicción que existe entre la naturaleza de la concesión y las demás disposiciones de Ley de Minería en las que se refleja, sin lugar a dudas, el carácter real del derecho minero.

b. Las fases de la Actividad Minera y su Realidad:

Se deberá reformar el artículo 39 de la Ley de Minería a fin de que los plazos establecidos para exploración sean de decisión técnica del titular minero y no una imposición legal que termina por entorpecer en normal desarrollo de la exploración, dentro del plazo para el que la concesión minera fue otorgada. En compensación al tiempo y, con el objeto de evitar especulación, se deberán incrementar anualmente los valores que el concesionario minero paga en concepto de patentes de conservación, de esta manera, el Estado permitirá que el concesionario minero cuente con mayor tiempo para realizar una exhaustiva y diversificada exploración a fin de determinar con exactitud el tamaño y forma del yacimiento, así como el contenido y calidad de éste.

La reforma sugerida permitirá al Estado incentivar la exploración que, por un lado, genera fuentes de empleo e importantes ingresos para el fisco a través del pago del Impuesto al Valor Agregado, del Impuesto a la Salida de Divisas, del Impuesto a los Consumos Especiales, Aranceles de Importación e Impuestos y Tasas de los Gobiernos Autónomos Descentralizados, entre otros; y, por otra parte, traerá como resultado el descubrimiento de nuevas reservas e incrementará la posibilidad de que proyectos que se encuentran en surgimiento lleguen a convertirse en una mina. Caso contrario, la mayoría de los proyectos

estarán sentenciados a la extinción de los derechos mineros, por vencimiento del plazo de la exploración.

La Ley, debe ser recíproca con los concesionarios mineros, no es justo que después de haber invertido sumas altas de dinero, cumplir con la normativa vigente y generar plazas de trabajo, se les declare la extinción de sus derechos por no haber podido levantar suficiente información en la exploración como para llegar a explotación.

c. La Carga Impositiva en la Industria Minera:

Una de las principales razones por las que la industria minera en el Ecuador no ha sido atractiva para los inversionistas es por la alta carga tributaria. En la etapa de explotación alcanza más del 50% de los beneficios de acuerdo con lo establecido en el artículo 408 de la Constitución de la República, siendo la más alta en América del Sur; esto considerando exclusivamente los cinco tributos indicados en el artículo 93 de la Ley de Minería.

En el análisis realizado en el presente trabajo respecto a este tema, nos enfocamos exclusivamente en tratar de incrementar la tasa interna de retorno en las inversiones. Es decir, buscar la manera en que el dinero invertido en la industria minera sea más rentable y determine un beneficio tanto para el Estado como para el inversionista. En este sentido planteamos las siguientes reformas:

- **Que se reforme el artículo 93 de la Ley de Minería y 86.3 del Reglamento a fin de que se consideren todos los tributos que paga el concesionario minero para el cálculo de la participación del Estado en los beneficios que reporte la actividad minera:**

Cuando los beneficios del concesionario minero superen a los del Estado, a fin de dar cumplimiento al artículo 408 de la Constitución, se aplicará la fórmula del Ajuste Soberano que, de conformidad con la

norma constitucional deberá establecerse por ley y no simplemente por una disposición reglamentaria.

Para el cálculo de este tributo, se consideran como ingresos del Estado únicamente los cinco tributos determinados en el artículo 93 de la Ley de Minería, esto son: regalías, impuesto a la renta, porcentaje de utilidades atribuidas al Estado, el impuesto sobre las ganancias extraordinarias y el impuesto al valor agregado, dejando de lado, de forma arbitraria, al resto de tributos efectivamente pagados por el concesionario y recibidos por el Estado; estos son, por ejemplo: patentes de conservación, patentes municipales, 1.5 por mil sobre los activos totales, impuesto a los predios urbanos, impuesto a los predios rurales, impuesto a las tierras rurales, , aranceles de importación, impuesto a la salida de divisas, y contribuciones a la Superintendencia de Compañías.

En consecuencia, el Ajuste Soberano se calcula en base a un valor incompleto, discriminatorio e inferior al real. Pero si el Estado reconocería como beneficio a la totalidad de los tributos indicados anteriormente, conseguiría incrementar sus ingresos y evitar el pago del Ajuste Soberano que ni siquiera se halla establecido por ley, contraviniendo norma constitucional expresa y, de esta manera, se incrementaría la Tasa Interna de Retorno, convirtiendo a la minería en una industria más atractiva.

- **Que se reforme el artículo 86.4 del Reglamento General a la Ley de Minería a fin de que se considere para el cálculo de la participación del Estado en los beneficios mineros, a las inversiones realizadas en la etapa de exploración:** Para el cálculo del Ajuste Soberano, de conformidad con el artículo 86.4. del Reglamento General a la Ley de Minería, se considera que de los beneficios del concesionario minero se restará únicamente las obligaciones inherentes al contrato de explotación. Es decir, solo se considera a los gastos y costos generados para el desarrollo de la mina en etapa de explotación, dejando a un lado al resto de gastos y costos realizados en exploración.

Del mismo modo que el punto anterior, si para el cálculo de los beneficios del concesionario minero se reconocería a los gastos y costos realizados en la etapa de exploración, generaría aplazar aún más en el tiempo el pago del Ajuste Soberano consiguiendo incrementar la Tasa Interna de Retorno.

- **Que el órgano de control (Servicios de Rentas Internas) emita una resolución en la que aclare el artículo 30 de la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley de Minería y considere a la Tasa de Descuento en el Cálculo del Impuesto a las Ganancias Extraordinarias:** De conformidad con el artículo antes citado, se considera ingresos extraordinarios únicamente aquellos percibidos después de haber recuperado las inversiones realizadas antes del inicio de la etapa de explotación. El organismo competente declarará cuando las inversiones hayan sido recuperadas desde una perspectiva financiera.

Al incluir el término “desde una perspectiva financiera” se sobre entiende que se considerará a la tasa de descuento en las inversiones realizadas. Dicho de otro modo, la suma entre las inversiones realizadas antes de la producción y sus respectivas tasas de descuento dará como resultado el valor sobre el cual el concesionario deberá recuperar para que el impuesto a las ganancias extraordinarias pueda ser aplicado. Sin embargo, el organismo competente ha omitido esta disposición.

Si el organismo competente consideraría a la tasa de descuento para el cálculo del impuesto a los ingresos extraordinarios, conseguiría aplazar aún más en el tiempo el pago de este impuesto y de esta manera, incrementaría la Tasa Interna de Retorno de las inversiones en proyecto mineros.

d. Realizar una reforma integral respecto del mecanismo a través del cual se otorgan nuevas concesiones:

El mecanismo para el otorgamiento de concesiones mineras metálicas es un procedimiento inadecuado, tanto así, que desde la emisión de la vigente Ley de

Minería ni una sola área de minerales metálicos ha sido concesionada. Las principales falencias que tiene y que hace irrealizable el otorgamiento de nuevas concesiones son las siguientes:

- La diferenciación que debe hacer el Ministerio Sectorial de las áreas susceptibles de concesionamiento para pequeña minería, minería artesanal y minería a gran escala. Esta exigencia como ya se indicó podrá ser cumplida, en la medida de lo posible, cuando se trate de un remate público. Pero cuando se trate de una subasta pública, el Ministerio no tendrá la capacidad ni la forma para determinar el régimen bajo el que deberá calificarse, puesto que no existe información geológica suficiente para poder establecer esta distinción.
- La forma en la que el Ministerio Sectorial determinará el valor base de la inversión de exploración y explotación para el área a subastarse o rematarse. Si no se conoce el área minera que va a ser subastada o rematada, tampoco se le podrá asignar el valor base de la inversión en las etapas de exploración y explotación.
- La forma en la que el oferente establecerá la propuesta técnica y ambiental para el proceso de exploración y explotación. Al igual que el punto anterior, para plantear una propuesta técnica y ambiental adecuada se debe primero explorar y conocer el área minera.

Este mecanismo es inaplicable a la industria. No es posible asignar un precio a la concesión que no ha sido explorada. Para permitir que nuevas concesiones de metálicos sean otorgadas, se requerirá derogar los artículos de la Ley de Minería y del Reglamento General a la Ley de Minería que regulan el mecanismo vigente y adoptar uno nuevo. El mecanismo establecido en la Ley anterior funcionaba bastante bien y permitió que varios yacimientos sean descubiertos. Había una libertad para los sujetos de derecho minero para que soliciten al Ministerio Sectorial la concesión de un área definida. Ciertamente se presto para abusos, pero se podrá evitar aquello a través de requerimientos mínimos de inversiones y derechos de trámite que impidan la especulación de áreas.

Ecuador es, sin duda, uno de los países de América del Sur más ricos en recursos naturales no renovables. El petróleo ha jugado un papel importante en nuestra economía, sin embargo, no podemos continuar siendo dependientes de este. Razón por la cual, el Estado ha intentado (sin éxito) promover y desarrollar a la industria minera. El marco legal vigente no logra generar el ambiente de seguridad y promoción que busca el inversionista privado internacional, así como tampoco consigue estimular la inversión ecuatoriana, privada ó pública, en una industria que por su naturaleza, es de alto riesgo.

Los cuatro puntos analizados en el presente trabajo son modificaciones indispensables que deben ser implementados en la Ley respectiva para impulsar y promover la Industria Minera en el Ecuador y, en especial a la minería a gran escala. Caso contrario, esta industria será nuevamente un intento fallido.

REFERENCIAS

- Cabanellas, G. (2009). Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo VII. Buenos Aires, Argentina: Heliasta.
- Claro, L. (1992). Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Tomo de los Bienes I. Bogotá, Colombia: Editorial Jurídica de Chile.
- Código Civil. (2010). Quito, Ecuador: Registro Oficial Suplemento No. 46 del 24 de junio de 2005.
- Código de Comercio. (2010). Quito, Ecuador: Registro Oficial Suplemento No. 351 del 29 de diciembre de 2010.
- Código de Minería. (1983). Santiago de Chile, Chile: 14 de octubre de 1983.
- Código de Procedimiento Civil. (2005). Quito, Ecuador: Registro Oficial Suplemento No. 58 de 12 de julio de 2005.
- Código Orgánico Organización Territorial Autonomía Descentralización. (2010). Quito, Ecuador: Registro Oficial Suplemento No. 303 de 19 de octubre de 2010.
- Constitución de la República del Ecuador. (2008). Quito, Ecuador: Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre de 2008.
- Diskill S.A. (1979). Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo VIII. Sarandí, Argentina: Driskill S.A.
- Eguiguren, E. (1987). Curso de Derecho Civil: De los Bienes. Quito, Ecuador: Ediciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.
- Kluger, V. (2003). Historia del Derecho: ¿Para qué? Recuperado el 16 de octubre de 2014 de <http://www.vivianakluger.com.ar/articulos/umsa.pdf>
- Larrea, J. (1969). Derecho Civil del Ecuador: Los Bienes y la Posesión. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Larrea, J. (2005). Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana. Tomo III. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Ley de Compañías. (1999). Quito, Ecuador: Registro Oficial No. 312 del 5 de noviembre de 1999.
- Ley de Minería. (1985). Quito, Ecuador: Registro Oficial No. 255 del 22 de agosto de 1985.

- Ley de Minería. (1991). Quito, Ecuador: Registro Oficial Suplemento No. 695 del 31 de mayo de 1991.
- Ley de Minería. (2009). Quito, Ecuador: Registro Oficial-S No. 517 del 29 de enero de 2009.
- Ley de Régimen Tributario Interno. (2004). Quito, Ecuador: Registro Oficial 463 del 17 de noviembre de 2004.
- Ley General de Minería. (1992). Lima, Perú: 4 de junio de 1992.
- Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. (2008). Quito, Ecuador: Registro Oficial Suplemento No. 395 del 22 de julio de 2008.
- Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador y a la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno. (2013). Quito, Ecuador: Segundo Suplemento del Registro Oficial 037 del 16 de julio de 2013.
- Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador. (2013). Quito, Ecuador: Registro Oficial Suplemento No. 037 del 16 de julio de 2013.
- Pérez, E. (2012). Elementos de Derecho Público Económico. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones (CEP).
- Reglamento General a la Ley de Minería. (2009). Quito, Ecuador: Registro Oficial Suplemento 67 del 16 de noviembre de 2009.
- Salvat, R. (1953). Tratado de Derecho Civil Argentino. Tomo II. Buenos Aires, Argentina: Ed. TEA
- Sentencia No. 001-12-SIC-CC. (2012). Quito, Ecuador: Registro Oficial Suplemento 629 del 30 de enero de 2012.
- Zumárraga, C. (2013). Arbitraje Sobre Potestades Públicas en el Derecho Minero Ecuatoriano. Revista Ecuatoriana de Arbitraje, 2012, 15 – 40.