

Fecha: 15 de septiembre de 2014

De: Cristián Conejero/Francesco Campora

Para: Consejo Minero A.G.

Asunto: Derogación a DL 600. Informe de implicancias y alternativas

MEMORANDUM

I. INTRODUCCIÓN

1. Consejo Minero A.G (“CM”) nos ha solicitado (i) informar acerca del impacto de la derogación del Estatuto de la Inversión Extranjera (“DL 600”); (ii) recoger experiencia comparada en países que compiten con Chile en la recepción de inversión minera; y (iii) generar una propuesta de trabajo que contenga alternativas tendiente a remover obstáculos a la inversión extranjera en materia minera en Chile.
2. Se hace presente que este documento, en lo respectivo, no constituye asesoría legal en Derecho extranjero. Por consiguiente, toda alusión a legislación externa es meramente referencial y obtenida a través de fuente de libre acceso.

II. CAPÍTULO PRIMERO: MARCO LEGAL DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA EN CHILE. IMPACTO DE LA DEROGACIÓN DEL DL 600

A. MARCO LEGAL

3. El marco jurídico de la inversión extranjera en Chile está constituido por (i) el DL 600; (ii) los diversos acuerdos bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones (“APPRI”) suscritos por Chile; (iii) por los capítulos de inversión de los distintos tratados de libre comercio (“TDLCs”) firmados por Chile; y (iv) en lo relativo a la internación y remesa de divisas, por las normas del Capítulo XIV del Compendio de Normas de Cambios Internacionales del Banco Central (“Capítulo XIV”).
4. En general, los distintos APPRI, TDLCs, y algunas legislaciones domésticas de promoción a la inversión extranjera, a fin de remover los obstáculos a que ésta se enfrenta otorgan ciertas medidas específicas aplicables a los inversores extranjeros¹. Entre ellas, a nivel comparado se encuentran:
 - (i) Amplitud o forma del concepto. La Inversión Extranjera puede adoptar distintas formas. Mientras más amplio sea el concepto de “Inversión” recogido en el acuerdo o tratado de que se trate, mayor el ámbito de protección para el inversionista;
 - (ii) Acceso a mercado cambiario y el derecho a remesar el capital y las utilidades. Al alero de esta medida el inversionista tiene garantizado el acceso al mercado cambiario, tanto para

¹ Sin embargo, a diferencia de lo dispuesto en los capítulos de inversión de APPRI y TDLCs, varias legislaciones domésticas promotoras de inversión aplican tanto a inversores nacionales como extranjeros.

liquidar las divisas constitutivas del aporte de capital como para adquirir las divisas a remesar por concepto de capital o utilidades;

- (iii) Acceso a jurisdicción arbitral internacional. En caso de controversias entre el Estado y el inversionista, entregando la decisión del asunto a un tribunal arbitral internacional se logra imparcialidad y calidad técnica de la decisión del tribunal;
- (iv) No arbitrariedad de los procedimientos internos (administrativos u otros). Esta garantía se construye como un estándar mínimo de razonabilidad que debe adoptar el Estado receptor de la inversión respecto de la aplicación de procedimientos internos que afecten a los inversionistas;
- (v) No discriminación del inversionista extranjero. Este principio tiene dos dimensiones: (i) El trato nacional, que requiere al Estado receptor de la inversión tratar a los inversionistas extranjeros de una forma no menos favorable que a sus inversionistas nacionales; y (ii) trato de la nación más favorecida, que exige al Estado receptor de la inversión tratar a los inversionistas extranjeros provenientes de un determinado país de una manera igual o mejor que a los inversionistas provenientes de otros Estados;
- (vi) Expropiación y previo pago de indemnización. La protección del inversionista contra las expropiaciones depende en parte de qué quede comprendido en el concepto de expropiación. Así, mayor protección existe si se incluyen formas de expropiación indirectas y no solo directas. Sin embargo, por lo general los tratados no definen lo que se entiende por expropiación y esto debe ser interpretado por el Tribunal Arbitral que conozca la disputa. En general, las cláusulas de expropiación en acuerdos de inversión disponen que, cuando el Estado realiza una privación total o sustancial de la propiedad del inversionista, procede compensarlo, independiente que un interés público relevante haya exigido la medida;
- (vii) Invariabilidad tributaria. Esta garantía para el inversionista implica que el Estado receptor de la inversión se compromete con el inversionista extranjero a mantener sin modificación alguna una determinada tasa impositiva durante un período determinado. A nivel comparado, dentro de los estatutos nacionales revisados para efectos de este informe, solo es ofrecida por Perú a través de legislación interna;
- (viii) Determinadas medidas tributarias por aportes a la economía local, tales como exenciones u otras, pueden ser otorgados por el Estado del país receptor de la inversión a los inversionistas en caso de que estos focalicen sus inversiones en ciertos sectores considerados por el Estado como prioritarios, o por generar beneficio a la economía o comunidad local; y
- (ix) Otras medidas tributarias o arancelarias. Corresponden a todas las franquicias que otorga el Estado a los inversionistas extranjeros, tales como exenciones o deducciones de impuestos, créditos o periodos de gracia para el pago de los impuestos, depreciación acelerada excepcional, subvenciones, tasas especiales, rebajas arancelarias².

5. Por consiguiente, la determinación del impacto de la derogación del DL 600 supone previamente identificar cuál de sus instrumentos o medidas no están contenidas en los APPRI y TDLCs suscritos por Chile, ni el Capítulo XIV. En lo relativo a acuerdos internacionales de inversión, consideraremos como referencia solo acuerdos firmados con los países a que

² En general, las medidas de (i) invariabilidad tributaria; (ii) medidas por aportes a las economías locales; y (iii) otras medidas tributarias o arancelarias, se presentan solo a nivel de legislación doméstica; no en APPRI ni TDLCs. Además –a excepción del caso peruano de invariabilidad tributaria a favor de inversionistas extranjeros, los países que las contemplan no discriminan entre inversores nacionales y extranjeros.

pertenecen los principales inversionistas extranjeros en minería en Chile, esto es, Australia, Canadá, Estados Unidos y Japón.

B. DL 600

6. El DL 600 pone a disposición de los inversionistas extranjeros, a través de la suscripción del respectivo contrato de inversión extranjera, los siguientes instrumentos:

- (i) Acceso al mercado cambiario formal³: El inversionista tiene garantizado el acceso al mercado cambiario formal, tanto para liquidar las divisas constitutivas del aporte de capital como para adquirir las divisas a remesar por concepto de capital o utilidades;
- (ii) Remesa de capital y utilidades⁴. El inversionista tiene derecho a remesar el capital una vez transcurrido un año desde su ingreso. Dicha remesa está exenta de toda contribución, impuesto o gravamen, hasta el monto de la inversión materializada.
La remesa de utilidades podrá efectuarse en cualquier momento, previo cumplimiento de las obligaciones tributarias correspondientes, lo que debe ser acreditado con el comprobante de pago del impuesto.
Ambos tipos de remesas podrán acceder al tipo de cambio más favorable que se obtenga en el mercado cambiario formal, previo certificado del Vicepresidente Ejecutivo del Comité de Inversión Extranjera;
- (iii) Igualdad de trato respecto del inversionista nacional en materia normativa⁵. Se establece igualdad de trato en materia legislativa y reglamentaria, salvo ciertas restricciones de acceso al crédito interno⁶; Para el efectivo cumplimiento del principio de no discriminación, los artículos 5 y 6 del DL 600 establecen un procedimiento administrativo que busca evitar o eliminar actos que no cumplan con dicho principio. El artículo 6 del DL 600 reglamenta la tramitación de este recurso administrativo de reclamación por discriminación, exigiendo que el reclamo se dirija contra “*normas jurídicas*” que se “*estimaren discriminatorias*”.
- (iv) Invariabilidad tributaria sobre impuesto al valor agregado y régimen arancelario. Se aplica exclusivamente a la importación de máquinas que no se produzcan en Chile que formen parte de un proyecto de inversión al alero del DL 600, y que formen parte de una lista confeccionada al efecto por el Ministerio de Economía⁷; e
- (v) Invariabilidad del impuesto específico a la actividad minera. Sin perjuicio que el DL 600 recoge, en sus artículo 7 y 11 bis, medidas generales de estabilidad tributaria, el artículo 11 ter del DL 600 establece un régimen de invariabilidad del impuesto específico a la actividad minera para aquellos inversionistas que suscriban nuevos contratos de inversión extranjera relativos a proyectos mineros que tengan un valor no inferior a US\$50 millones.

C. APPRIs / TDLCs

7. A continuación se repasan someramente los acuerdos de inversión entre Chile y los países de nuestros mayores inversores extranjeros en materia minera.

³ Artículo 4.

⁴ Ibid.

⁵ Artículo 9.

⁶ Artículo 11.

⁷ Artículo 8, con referencia al Artículo 12, N° 10, letra (b), del DL 825 de 1974 (ley de IVA).

- (i) Australia. El TDLC Chile- Australia⁸, de 30 de julio de 2008, regula la inversión extranjera en su Capítulo 10. Entre las protecciones que otorga a los inversionistas, no se encuentra ningún régimen de invariabilidad tributaria, que sí otorga el DL 600;
- (ii) Canadá. El TDLC Chile- Canadá⁹, regula la inversión extranjera en su Capítulo G. Entre las protecciones que otorga a los inversionistas, tampoco se encuentra ningún régimen de invariabilidad tributaria, que sí otorga el DL 600;
- (iii) Estados Unidos. El TDLC Chile- EE.UU¹⁰, regula la inversión extranjera en su Capítulo 10. Entre las protecciones que otorga a los inversionistas, tampoco se encuentra ningún régimen de invariabilidad tributaria, que sí otorga el DL 600;
- (iv) Japón. El TDLC Chile- Japón¹¹, regula la inversión extranjera en su Capítulo G. Entre las protecciones que otorga a los inversionistas, tampoco se encuentra ningún régimen de invariabilidad tributaria, que sí otorga el DL 600¹².

D. CAPÍTULO XIV

- 8. En rigor, el Capítulo XIV no es un estatuto de inversión extranjera propiamente tal por cuanto su ámbito de operación se restringe estrictamente al ámbito cambiario:
- 9. En efecto, las medidas que contempla son:
 - (i) Permitir el ingreso de divisas, otorgando acceso al mercado cambiario formal;
 - (ii) Permitir remesar el capital al exterior inmediatamente, siempre que el inversionista haya vendido sus acciones, intereses o bienes antes de la transferencia; y
 - (iii) Permitir remesar las utilidades al exterior en cualquier momento después de que el capital haya ingresado a Chile.

⁸ Tratado de Libre Comercio Chile- Australia, de 30 de julio de 2008. Este tratado, mediante su Anexo 10-E, puso fin al Acuerdo entre el Gobierno de Australia y el Gobierno de la República de Chile para la Promoción y Protección Recíprocas de las Inversiones, de 9 de julio de 1996. Las principales garantías contempladas por este APPRI son: trato nacional; cláusula de la nación más favorecida; trato justo y equitativo; protección y seguridad plenas; proscripción de imponer determinados requisitos o condiciones de desempeño, libre transferencia de fondos; expropiación sujeta a causales y a debida compensación; y acceso a jurisdicción arbitral internacional.

⁹ Tratado de Libre Comercio entre El Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de Canadá, de 5 de diciembre de 1996. Las principales garantías contempladas por este APPRI son: trato nacional y cláusula de la nación más favorecida; trato justo y equitativo; protección y seguridad plena; proscripción de imponer determinados requisitos o condiciones de desempeño; libre transferencia de fondos; expropiación sujeta a causales y a debida compensación; y acceso a jurisdicción arbitral internacional.

¹⁰ Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de los Estados Unidos de América, de 6 de junio de 2003. Las principales garantías contempladas por este APPRI son: trato nacional; cláusula de la nación más favorecida; trato justo y equitativo; protección y seguridad plenas; proscripción de imponer determinados requisitos o condiciones de desempeño, libre transferencia de fondos; expropiación sujeta a causales y a debida compensación; y acceso a jurisdicción arbitral internacional.

¹¹ Acuerdo entre la República de Chile y Japón para una Asociación Económica Estratégica, de 4 de mayo de 2007. Las principales garantías contempladas por este APPRI son: trato nacional y cláusula de la nación más favorecida; trato justo y equitativo; protección y seguridad plena; proscripción de imponer determinados requisitos o condiciones de desempeño; libre transferencia de fondos; expropiación sujeta a causales y a debida compensación; mantención o adopción de salvaguardias bajo determinadas condiciones; y acceso a jurisdicción arbitral internacional.

¹² Como consta de las notas inmediatamente anteriores, las medidas adoptadas por los TDLCs con Australia, Canadá, Estados Unidos y Japón en materia de inversión son, sustancialmente, las mismas.

E. CONCLUSIONES AL CAPÍTULO PRIMERO. IMPACTO DE LA DEROGACIÓN DEL DL 600

10. En primer lugar, para inversionistas mineros extranjeros provenientes de Australia, Canadá, Estados Unidos y Japón, la derogación del DL 600 significará la imposibilidad de acogerse a regímenes de invariabilidad tributaria en Chile.
11. En segundo lugar, la derogación del DL 600 privará a los inversionistas de países no amparados en un APPRI o TDLC con Chile de la posibilidad de acogerse al régimen de invariabilidad tributaria e igualdad de trato que aquél les confería.
12. En tercer lugar, los inversionistas extranjeros perderán el recurso administrativo de reclamación por discriminación que contemplaba el DL 600, quedando en consecuencia privados de una acción doméstica especial para reclamar contra los actos de discriminación realizados en su perjuicio.
13. En cuarto lugar, incluso los APPRIs y los TDLCs suscritos por Chile pueden perder su vigencia en caso que cualquiera de sus partes (no solo Chile) decida ponerles fin. Por lo tanto, los inversores de países con que Chile ha suscrito APPRIs o TDLCs tampoco gozan de total estabilidad.
14. Finalmente, considerando que las medidas del Capítulo XIV constituyen regulación meramente local, su vigencia es aún más precaria que la de las medidas contenidas en los APPRIs y TDLCs suscritos por Chile.

III. CAPÍTULO SEGUNDO: MEDIDAS ADOPTADAS POR PRINCIPALES PAÍSES RECEPTORES DE INVERSIÓN EXTRANJERA MINERA**A. DESVENTAJAS COMPETITIVAS**

15. La derogación del DL 600, además de los impactos recién descritos bajo el título II.E anterior, genera una desventaja competitiva en perjuicio de Chile respecto de otros países competidores en materia de recepción de inversión extranjera minera.
16. El presente capítulo revisa los regímenes de inversión de Perú; Colombia; Sudáfrica; Canadá –y British Columbia-; Indonesia; Zambia; Estados Unidos – y Utah y Arizona-; Australia –y Queensland -, y República Democrática de El Congo, todos países competidores de Chile en materia de captación de inversión extranjera minera.
17. El objetivo es determinar, y en su caso resaltar, cuál o cuáles medidas de estímulo a la inversión no ofrecidas por Chile, sí lo son por parte de nuestros países competidores, identificando así desventajas competitivas concretas en materia de captación de inversión extranjera minera.
18. Por consiguiente, el presente memorandum no individualiza ni analiza las medidas que tanto Chile como sus países competidores, tras la derogación del DL 600, siguen ofreciendo a los principales inversionistas mineros extranjeros (Australia, Canadá, Estados Unidos y Japón), toda vez que no constituyen fuente de potenciales desventajas competitivas.

B. PERÚ

19. El régimen de inversión extranjera en Perú se integra de los siguientes cuerpos normativos: (i) DL 662, sobre Tratamiento a las Inversiones Extranjeras (“DL 662”); (ii) DL 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada; (iii) DS 162-92-EF, Reglamento de los Regímenes de Garantía a la Inversión Privada; (iv) Ley General de Minería; (v) sus APPRI; y (vi) sus TDLCs.
20. Perú ha suscrito APPRI con Australia y Canadá, y TDLCs con Canadá, Japón y Estados Unidos, cuyos términos en materia de inversión son similares a los contenidos en los instrumentos que a su vez Chile ha suscrito con tales países.
21. La principal ventaja competitiva que ofrece la institucionalidad peruana frente a la chilena sin DL 600 es la posibilidad de celebrar “convenios de estabilidad jurídica” (similares a los contratos leyes de inversión extranjera del DL 600), los que incluyen el pacto invariabilidad tributaria¹³, tanto respecto del inversionista como de la compañía receptora de la inversión. Específicamente, tras la suscripción del convenio respectivo, ofrece un plazo de invariabilidad tributaria a la renta de 10 años, estándose a la tasa vigente al momento de suscribirse el acuerdo.
22. Además, como otras medidas a ser destacadas, el Artículo 1 de DL 662 (i) compromete al Estado a promover y garantizar la inversión extranjera, acogiendo un concepto amplio de “inversión”; (ii) consagra la no discriminación en el trato a inversionistas extranjeros respecto a los nacionales; (iii) otorga incentivos a cambio de aportes a la economía local, al ofrecer por ejemplo acuerdos de invariabilidad tributaria también a pequeñas inversiones (entre US \$500.000 y US \$2.000.000) en la medida que, entre otras cosas, genere más de 20 puestos de trabajo permanentes; y (iv) ofrece acceso directo a jurisdicción arbitral internacional en caso de controversias relativas a los convenios de estabilidad jurídica.
23. Adicionalmente, Perú también ofrece, y en su caso reitera, otras medidas en su Ley General de Minería: (i) mantener la contabilidad en la moneda extranjera señalada por períodos de cinco (05) ejercicios como mínimo cada vez. Al cabo de dicho período, el inversionista podrá escoger entre seguir con el mismo sistema o cambiar a moneda nacional; (ii) la no aplicación de un tratamiento discriminatorio respecto de otros sectores de la actividad económica; (iii) simplificación administrativa para la celeridad procesal, en base a la presunción de veracidad y silencio administrativo positivo ficto en los trámites administrativos; (iv) libertad de remisión de utilidades, dividendos, recursos financieros y libre disponibilidad de moneda extranjera en general; (v) No discriminación en materia cambiaria, en lo referente a regulación, tipo de cambio, u otras medidas de política económica; (vi) la compensación del costo de las prestaciones de salud a sus trabajadores y dependientes, respecto a las contribuciones a que se refiere el artículo 14o de la Constitución Política del Perú; y (vii) estabilidad tributaria, cambiaria y administrativa.

C. COLOMBIA

24. El régimen de inversión extranjera de Colombia se integra de los siguientes cuerpos normativos: (i) Ley 9 de 1991; (ii) Decreto 1735 de 1993; (iii) Decreto 2080 de 2000 (Estatuto de Inversiones

¹³ Artículos 10-18 DL 662, y Cap. V Ley General de Minería.

Internacionales; (iv) Resolución Externa No. 8 de 2000 de la Junta Directiva del Banco de la República (R.E.8/00 J.D.); (v) Circular Reglamentaria DCIN – 83; (vi) sus APPRI; y (vii) sus TDLCs.

25. En materia de instrumentos internacionales de inversión respecto de los países de mayores inversionistas mineros, Colombia ha firmado un APPRI (con Japón, actualmente en proceso de ratificación parlamentaria), y TDLCs con Canadá y Estados Unidos, más uno suscrito también con Japón que no ha entrado aún en vigencia.
26. Destaca en Colombia la medida contenida en el Artículo 11 del Decreto 2080, que establece que las condiciones de reembolso de la inversión y de la remisión de utilidades legalmente vigentes a la fecha del registro de la inversión del exterior, no podrán ser cambiadas de manera que afecten desfavorablemente al inversionista¹⁴.
27. Sin perjuicio de la medida anterior, Colombia no ofrece regímenes de invariabilidad tributaria ni otras que representen una diferencia significativa con respecto a las contenidas en los instrumentos suscritos por Chile con los países de mayores inversionistas mineros.

D. SUDÁFRICA

28. Sin perjuicio de la suscripción de algunos tratados comerciales (en su mayoría regionales), Sudáfrica no presenta una regulación orgánica en materia de inversión extranjera¹⁵. Hasta ahora su modelo se ha caracterizado por la multiplicidad de incentivos atomizados, cada uno de ellos relativos a industrias específicas, que no pertenecen al ámbito exclusivo de la inversión extranjera.
29. Entre esos modelos de incentivo sectorial a la inversión, no hemos detectado en fuentes de libre acceso ninguno referido a la industria minera¹⁶.
30. En relación a los países de los mayores inversionistas mineros, Sudáfrica solo presenta un APPRI no vigente con Canadá, y acuerdos comerciales de cooperación con Canadá y Estados Unidos, ambos carentes de las protecciones substantivas propias de un APPRI o un TDLC.
31. Por tanto, Sudáfrica no ofrece ventajas competitivas ostensibles en materia de inversión extranjera respecto de Chile.

E. CANADÁ

32. Se trata de un país del cual provienen grandes inversores mineros y que, a su vez, presenta actividad minera relevante dentro de su territorio. En lo substantivo, su red normativa en materia de inversión extranjera se integra por (i) la *Investment Canada Act*, ley federal de inversión extranjera; (ii) *Mining Exploration Tax Credit Act* (“METC”); (iii) sus APPRI; y (iv) sus TDLCs.

¹⁴ Salvo temporalmente cuando las reservas internacionales sean inferiores a tres (3) meses de importaciones.

¹⁵ Investing in South Africa and Africa, KPMG, 2013.

¹⁶ Con excepción de un programa de estímulo financiero a la pequeña y mediana empresa minera, refinadora o manufacturera de joyas (“*Mining and Beneficiation*”).

33. En materia de instrumentos internacionales de inversión respecto de otros países de mayores inversionistas mineros, Canadá solo¹⁷ es parte del NAFTA, instrumento que contiene un acápite de inversiones¹⁸ (N°11) extensivo a los otros miembros suscriptores, esto es, a México y Estados Unidos.
34. Dentro de las medidas que ofrece Canadá a todo inversionista, a través del METC se establece un 15% de descuento a los impuestos imputables a gastos netos subsumibles al concepto de “exploración minera”.
35. Sin perjuicio de lo anterior, la estructura federal de Canadá permite encontrar ciertas regulaciones estatales. A modo de ejemplo, el Estado *British Columbia*:
 - (i) A través de su *Mining Exploration Tax Credit* agrega un 5% (alcanzando el 20%) de crédito fiscal en subsidio a la actividad de exploración minera en British Columbia para todo inversionista. El crédito se aumenta a un 30% en el caso de la exploración en zonas que se determinen como afectadas por el Escarabajo del Pino de Montaña^{19 20};
 - (ii) Mediante la sección *New Mine Allowance & other Provisions* de su *Mineral Tax Act* se permite a los nuevos mineros y a los proyectos en expansión, locales y extranjeros, bajo ciertas condiciones, reducir en un tercio su carga tributaria respecto del impuesto al mineral en el Estado de British Columbia.

F. INDONESIA

36. La regulación del régimen de inversión extranjera en Indonesia se concentra en la (i) Ley de Inversión N°25/2007 (*Law N° 25/2007 Concerning Investment*); en (ii) sus APPRI; y en (iii) sus TDLCs.
37. En relación a los países de mayores inversionistas mineros, Indonesia comparte, con Estados Unidos, un acuerdo multilateral con los países del Sudeste Asiático. Sin embargo, en ese acuerdo no se establecen normas específicas que regulen la inversión extranjera. Por su parte, Indonesia y Australia forman parte del acuerdo multilateral entre Australia, Nueva Zelanda y la Asociación de Países del Sudeste Asiático, que en su Capítulo 11 sí contiene protecciones substantivas a la inversión extranjera²¹. A su vez, Indonesia y Japón suscribieron el *Agreement Between Japan and the Republic of Indonesia for an Economic Partnership*, que en su Capítulo 5

¹⁷ Sin perjuicio de lo anterior, en los años 60' Canadá y Australia suscribieron un tratado denominado *Canada-Australia Trade Agreement*. Se trata de un acuerdo de rebaja arancelaria respecto de bienes de manufactura canadiense. Este acuerdo carece de disposiciones relativas a inversión. Asimismo, en 1995, ambos países firmaron un acuerdo de cooperación comercial denominado *Trade and Economic Cooperation Arrangement Between the Government of Canada and the Government of Australia*, que tampoco contiene protecciones substantivas de inversión.

¹⁸ Substantialmente: Trato nacional; cláusula de la nación más favorecida; trato justo y equitativo; protección y seguridad plenas; proscripción de imponer determinados requisitos o condiciones de desempeño, libre transferencia de fondos; expropiación ceñida a causales y sujeta a debida compensación; acceso a jurisdicción arbitral internacional.

¹⁹ www.sbr.gov.bc.ca/documents_library/bulletins/cit_006.pdf

²⁰ Por su parte, Ontario también agrega un 5% más de crédito por actividades de exploración.

²¹ Substantialmente: Trato nacional; cláusula de la nación más favorecida; trato justo y equitativo; protección y seguridad plenas; proscripción de imponer determinados requisitos o condiciones de desempeño, libre transferencia de fondos; expropiación ceñida a causales y sujeta a debida compensación; y acceso a jurisdicción internacional.

contempla protecciones del mismo tipo²². Actualmente no existen APPRI ni TDLC suscritos entre Indonesia y Canadá.

38. Del análisis de tales acuerdos y tratados podemos desprender que sus términos en materia de inversión son similares a los contenidos en los instrumentos que a su vez Chile ha suscrito con Australia, Estados Unidos y Japón.
39. Sin embargo, el régimen indonesio presenta aspectos a destacar. Por ejemplo, la jurisdicción arbitral internacional a disposición del inversionista extranjero está referida en la Ley de Inversión N°25/2007, esto es, a nivel de legislación local. En efectos, el respectivo Artículo 32 (4) establece que en caso de disputas de inversión entre el inversor extranjero y el gobierno local, las partes podrán resolverla a través de arbitraje internacional fundado en el acuerdo entre ambas.
40. Además, el artículo 7(3) de la misma Ley de Inversión N°25/2007 otorga al inversionista extranjero la posibilidad de acceder a un arbitraje nacional en el caso que exista disconformidad del inversor respecto del precio pagado en el caso de una expropiación.
41. Adicionalmente, destacan ciertas medidas tributarias aplicables a inversionistas bajo ciertas condiciones²³: (i) deducción neta del ingreso tributable hasta cierto nivel de inversión dentro de cierto periodo; (ii) exención o reducción del impuesto a la importación de bienes de capital, maquinaria, o equipos domésticos para la producción que no se encuentren disponibles; (iii) exención o reducción para la adquisición de materiales productivos o de soporte a la producción dentro de cierto periodo de tiempo y bajo ciertas condiciones; y (iv) exención o prórroga del pago de IVA para bienes de capital, maquinaria o equipamiento importado.

G. ZAMBIA

42. Zambia presenta una variada legislación interna referente a inversión²⁴. El sistema de Zambia se caracteriza por no presentar diferencias entre inversores domésticos y extranjeros. Unos y otros pueden invertir libremente en cualquier sector de la economía, y acceder a las medidas que otorga la *Zambia Development Agency Act, 2006* (“ZDA Act”).
43. La ZDA Act ofrece un amplio rango de incentivos en forma de reducciones fiscales, exenciones y concesiones para las empresas, tanto a nacionales como extranjeros.
44. Dentro de las medidas que se ofrecen a las empresas que inviertan en sectores considerados prioritarios²⁵, se encuentran:

²² Substancialmente: Trato nacional; cláusula de la nación más favorecida; trato justo y equitativo; protección y seguridad plenas; proscripción de imponer determinados requisitos o condiciones de desempeño, libre transferencia de fondos; expropiación sujeta a causales y a debida compensación; y acceso a jurisdicción internacional.

²³ Estas medidas se otorgan en base a los siguientes criterios: (a) emplear su máxima capacidad de trabajadores; (b) tratarse de una industria de alta prioridad; (c) tratarse de una industria de desarrollo de infraestructura; (d) promover la transferencia de tecnología; (e) ser pioneros en una nueva industria; (f) domiciliarse en un área remota, desierta, fronteriza, o cualquier otra área considerada necesaria; (g) preservar el medioambiente; (h) conducir investigación, desarrollo o innovación; (i) asociarse con micro, pequeños y medianos empresarios o cooperativas; y (j) utilizar capital o maquinaria producida dentro del país.

²⁴ The Zambia Development Agency Act of 2006; The Public-Private Partnership Act of 2009; Customs and Excise Act; Income Tax Act of 1966; and the Value Added Tax Act of 1995.

²⁵ Agricultura, manufactura, minería y turismo.

- (i) 0% de impuesto a los dividendos por el plazo de 5 años desde el primer año en que se declararen;
 - (ii) 0% de impuesto a las ganancias por el plazo de 5 años, contados desde el primer año en que se tuvieron. Para los años 5 a 8, sólo un 50% de las ganancias son gravables; y para los años 9 y 10 sólo un 75% de las ganancias son gravables;
 - (iii) 0% de gravamen a la importación de materiales, bienes de capital y maquinaria, por el plazo de 5 años;
 - (iv) Aplazamiento del IVA en maquinaria, equipos y vehículos motorizados.
45. Actualmente no existen APPRI's ni TDLCs entre Zambia y Australia, Canadá o Japón. Zambia y Estados Unidos forman parte del tratado multilateral suscrito entre Estados Unidos y el Mercado Común para el África del Este y del Sur (COMESA), pero éste no tiene regulación específica sobre protección a la inversión.
46. Con respecto a medidas tributarias específicas para la industria minera²⁶, en Zambia la actividad minera tiene un tratamiento tributario diferenciado, según si se trata de exploración o explotación, sea éstas desarrolladas por inversionistas locales o extranjeros. Junto con ello, recientemente Zambia derogó el *impuesto adicional* a las ganancias en la actividad minera, tanto para inversionistas nacionales como extranjeros, lo que le otorga una ventaja competitiva sobre países que si contemplan esa clase de tributos.

H. ESTADOS UNIDOS

47. El principal cuerpo legal federal de EE.UU. en material de inversión extranjera es la *Foreign Investment and National Security Act* de 2007. Sin embargo, su fin no es el otorgamiento de medidas de estímulo a la inversión sino la regulación de algunos de sus aspectos a fin de proveer a la seguridad nacional.
48. Por consiguiente, su red normativa federal se completa a través de los múltiples APPRI's y TDLCs que ha suscrito.
49. Respecto del resto de los países de mayores inversores mineros, Estados Unidos es suscriptor del NAFTA (Canadá), y suscribió un TDLC con Australia, ambos contenedores de protecciones substantivas de inversión ya referidas en general.
50. Sin perjuicio de lo anterior, a nivel estadual EE.UU ofrece incentivos para atraer inversión, local o extranjera. A continuación se revisan algunos incentivos dados por los Estados de Utah y Arizona, ambos conocidos receptores de inversión minera.
51. Utah ofrece exenciones tributarias a través de su programa *Economic Development Tax Increment Financing*²⁷ ("EDTIF"), que otorga un crédito de hasta un 30% de la carga impositiva durante toda la vida del proyecto minero, sea desarrollado por inversionistas locales o extranjeros, siempre y cuando se cumplan condiciones tales como la firma de un acuerdo con la oficina de desarrollo económico de la gobernación (*Governor's Office of Economic Development Board*,

²⁶ Zambia Mining Guide, KPMG, 2013. Disponible en: <http://www.kpmg.com/Global/en/IssuesAndInsights/ArticlesPublications/Documents/zambian-country-guide.pdf>

²⁷ <http://goed.utah.gov/relocate/incentives/edtif/>

“GOED”), que se creen empleos con remuneraciones mayores al promedio estatal, y que se trate de inversiones significativas de capital; entre otros requisitos.

52. Utah presenta también el programa *Industrial Assistance Fund*²⁸ (“IAF”), que ofrece a los inversores extranjeros y locales otros incentivos, luego de desarrollado el proyecto, para aquellas inversiones que hayan creado trabajos de alta remuneración. Debe contarse previamente con la venia del gobierno local para el desarrollo del negocio y suscribirse un acuerdo con el GOED relativo al otorgamiento del estímulo.
53. Arizona adopta medidas tributarias específicas para la industria manufacturera, permitiendo reducciones de impuestos en el uso de electricidad o gas a las empresas locales y extranjeras en sus operaciones de fabricación o fundición de minerales²⁹.

I. AUSTRALIA

54. La regulación de la inversión extranjera en Australia está concentrada en la *Foreign Acquisitions and Takeovers Act* de 1975 (FATA) y en la *Foreign Acquisitions and Takeovers Regulation* de 1989 (FATR).
55. En 2003 suscribió en materia de inversión extranjera el “*Australia-Japan Framework Agreement*”, y en 2014 el “*Agreement Between Australia And Japan for an Economic Partnership*”. No existe Acuerdo de Protección y Promoción firmado por Australia con Canadá o Estados Unidos. Además, hay suscrito y vigente un tratado de libre comercio entre Australia y Estados Unidos. Sin embargo, estos tratados no dan garantías significativas adicionales a las contempladas en los APPRI y TDLC suscritos por Chile.
56. El gobierno australiano establece medidas para los inversionistas extranjeros que van desde exenciones y subvenciones, hasta oferta de descuentos en servicios de infraestructura. Al mismo tiempo, se adoptan medidas tributarias en relación a la inversión extranjera en materia extractiva, por ejemplo, depreciación acelerada para capitales invertidos en la exploración de petróleo u otros minerales y exención de impuesto de estampillas.
57. Destaca también la franquicia denominada “*Group Taxation*” o consolidación fiscal, sistema poco común en el mundo que considera los ingresos de un grupo de empresas (de igual o distintas nacionalidades) como si se tratase de una sola entidad. En general, esto significa que la entidad responsable del grupo es responsable de la totalidad o la mayor parte de las obligaciones tributarias del grupo.
58. Sin perjuicio de lo anterior, la estructura federal de Australia permite encontrar ciertas regulaciones estatales. A modo de ejemplo, en el Estado de Queensland las compañías, locales y extranjeras, pagan un impuesto sobre la nómina de salarios de solo un 4.75%, constituyendo la tasa más baja en toda Australia. Además, este impuesto no debe ser pagado salvo que el monto total de los salarios exceda el monto de USD\$ 1.1 millones en el año.

²⁸ <http://business.utah.gov/programs/incentives/iaf/>

²⁹ ARS 42-5063(C)(6), 42-5159(G).

J. REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DEL CONGO

59. La República Democrática del Congo (“RDC”) cuenta con una ley sobre inversión llamada *Investment Code*. Ésta asegura un trato justo e igualitario para todo inversor y el pago de compensaciones justas por causa de expropiación³⁰. Para acceder a las medidas estipuladas en el *Investment Code*, se requiere: (i) organizarse como una entidad económica conforme a la ley del Congo; (ii) que se trate de una inversión de al menos US\$200.000; (iii) cumplir con las regulaciones medioambientales vigentes; y (iv) la inversión debe proveer de un valor agregado de un 35%³¹.
60. La RDC y Estados Unidos mantienen vigente un acuerdo bilateral referente a la inversión³². No existen APPRI o TDLC entre RDC y Australia, Japón o Canadá.
61. El *Investment Code*, introdujo un régimen tributario especial en ciertas regiones y sectores específicos de la economía, aplicable a todo inversionista. Este régimen especial permite exenciones en las siguientes regiones y se garantiza por un tiempo limitado de años³³:
- (i) 3 años de exención tributaria en las áreas económicas letra A (*Kinshasa*);
 - (ii) 4 años para las áreas económicas letra B (*Bas-Congo, Lubumbashi, Likisa and Kolwezi*);
 - (iii) 5 años para las áreas económicas letra C (*Bandundu, Equateur, Kasai-Occidental, Maniema, Nord-Kivu, Sud-Kivu, Province Orientale en Katanga*).
62. Se adoptan también medidas tributarias específicas para la inversión minera, local o extranjera; por ejemplo³⁴:
- (i) las compañías mineras se encuentran exentas del pago de impuestos de cualquier naturaleza por las exportaciones relacionadas al proyecto minero;
 - (ii) Antes del período de explotación de la mina, todos los bienes y productos importados para la actividad se sujetan a una tasa preferencial de impuesto a la importación del 2%; y
 - (iii) Se otorga una tasa preferencial a las compañías mineras por los servicios recibidos que tengan directa relación con el propósito de la industria³⁵.

³⁰ RD Congo, Code des investissements, Loi n°004 du 21 février 2002, Titre 5 - Des garanties et de la sécurité de l'investisseur.

³¹ RD Congo, Code des investissements, Loi n°004 du 21 février 2002, Titre 3 - Du régime général, Art. 8.-

³² Substancialmente: Promoción y admisión de inversiones a favor de los nacionales de los países contratantes mediante normativa y política interna; protección de la inversión dentro del territorio; libre ingreso; permanencia y abandono del territorio de trabajadores relacionados con -y para efectos del desarrollo de- la inversión; opción por ley o política más favorable que el APPRI; cláusula de la nación más favorecida; trato justo y equitativo; expropiación ceñida a causales y sujeta a debida compensación; y libre transferencia de fondos.

³³ RD Congo, Code des investissements, Loi n°004 du 21 février 2002, Titre 3 - Du régime general, Chapitre 2 - Desavantages, Art. 9.-

³⁴ Democratic Republic of Congo, Country Mining Guide, KPMG, 2014. Disponible en: <http://www.kpmg.com/Global/en/IssuesAndInsights/ArticlesPublications/mining-country-guides/Documents/democratic-republic-congo-mining-guide.pdf>.

También disponible en: <http://www.investindrc.cd/en/spip.php?article618>

³⁵ Para un resumen comparado de las diversas protecciones substantivas ofrecidas por Chile y el resto de los países revisados, véase Anexo I de este memorandum.

IV. CAPÍTULO TERCERO: PROPUESTA DE TRABAJO

63. Luego del análisis de la regulación de cada uno de los países considerados en nuestro estudio, concluimos que en materia de estímulo a la inversión extranjera, tras la derogación del DL 600 Chile se encuentra en una posición de inferioridad competitiva en relación a Perú, Australia, Estados Unidos, Zambia, El Congo e Indonesia.
64. La derogación del DL 600 tiene como consecuencia principal la pérdida de la posibilidad que tenían los inversionistas extranjeros de acogerse a un régimen de invariabilidad tributaria. Se trata de una pérdida sensible para Chile pues Perú, país que representa una de sus competencias más cercanas y directas, sí ofrece a sus inversionistas extranjeros ese tipo de invariabilidad.
65. Resulta fundamental que, en ausencia del DL 600, Chile adopte nuevos incentivos a la inversión extranjera a fin de no perjudicar aún más sus actuales desventajas competitivas en la materia, sea a nivel general, o en beneficio de industrias estratégicas para el desarrollo del país, como la industria minera.
66. En términos generales, entre los incentivos que mediante legislación local inyectarían competitividad a Chile en la recepción de inversión minera identificamos³⁶:
- (i) Invariabilidad del royalty minero y otros impuestos que graven a la minería (Perú);
 - (ii) La adopción de medidas tributarias asociados a aportes realizados a la comunidad (Perú; Estados Unidos; Zambia; e Indonesia); y
 - (iii) La adopción de medidas tributarias que incentiven la actividad de exploración minera³⁷;
 - (iv) La adopción de exenciones, prórrogas, créditos y/o descuentos tributarios bajo ciertas condiciones o respecto de ciertas actividades (Canadá; Indonesia; Zambia; y Estados Unidos).
67. Específicamente, solo a modos de ejemplo, proponemos la implementación a nivel de legislación local de los siguientes incentivos a la inversión, previstos por la Ley General de Minería Peruana y la Ley de Inversión N°25/2007 de Indonesia establecen para sus inversionistas. Estos son³⁸:
- (i) Mantener la contabilidad en la moneda extranjera señalada por períodos de cinco (05) ejercicios como mínimo cada vez. Al cabo de dicho período, se podría escoger entre seguir con el mismo sistema o cambiar a moneda nacional. Los saldos pendientes al momento de la conversión quedarían contabilizados en la moneda original³⁹;
 - (ii) La no aplicación de un tratamiento discriminatorio respecto de otros sectores de la actividad económica. El Estado garantizaría contractualmente la estabilidad de estas medidas;
 - (iii) Simplificación administrativa para la celeridad procesal, en base a la presunción de veracidad y silencio

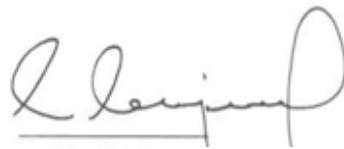
³⁶ Los países que han adoptado las medidas que a continuación se individualizan las han hecho extensivas tanto a inversión extranjera como local.

³⁷ Como por ejemplo lo hace Canadá. Ver párrafos 34 y 35 de este memorandum.

³⁸ Ambas leyes declaran ser aplicables a toda inversión (Artículo 71 de la Ley General de Minería Peruana; y Artículo 2 de la Ley de Inversión N°25/2007 de Indonesia).

³⁹ Si bien actualmente es posible en Chile llevar contabilidad en moneda extranjera, de conformidad con el Artículo 18 del Código Tributario dicha posibilidad está restringida a casos calificados, cuando el capital de una empresa se haya aportado en moneda extranjera o la mayor parte de su movimiento sea en esa moneda, sujeto además a que el Director Regional del SII lo autorice y siempre y cuando con ello no se disminuya o desvirtúe la base sobre la cual deban pagarse los impuestos.

administrativo positivo ficto en los trámites administrativos; **(iv)** Libertad de remisión de utilidades, dividendos, recursos financieros y libre disponibilidad de moneda extranjera en general; **(v)** No discriminación en materia cambiaria, en lo referente a regulación, tipo de cambio, u otras medidas de política económica; **(vi)** Dedución neta del ingreso tributable hasta cierto nivel de inversión dentro de cierto periodo; **(vii)** exención o reducción del impuesto a la importación de bienes de capital, maquinaria, o equipos domésticos para la producción que no se encuentren disponibles; **(viii)** exención o reducción para la adquisición de materiales productivos o de soporte a la producción dentro de cierto periodo de tiempo y bajo ciertas condiciones; y **(ix)** exención o diferimiento del pago de IVA para bienes de capital, maquinaria o equipamiento importado.



Cristián Conejero
Francesco Campora